

Laurent Bieri

Formule officielle et présomption d'ignorance du locataire

Depuis plusieurs décennies, le Tribunal fédéral considère qu'un locataire est présumé ignorer le caractère obligatoire de la formule officielle de notification du loyer initial prévue à l'art. 270 al. 2 CO. Dans un arrêt rendu en février 2020, il a toutefois laissé ouverte la question d'un éventuel changement de jurisprudence. Cette contribution explique pourquoi la présomption d'ignorance du locataire se justifie et rappelle à quelles conditions celle-ci peut être renversée.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Contrat de bail et de bail à ferme

Proposition de citation : Laurent Bieri, Formule officielle et présomption d'ignorance du locataire, in : Jusletter 12 octobre 2020

Table des matières

- Introduction
- I. La justification de la présomption
- II. Le renversement de la présomption
- Conclusion

Introduction

[1] Selon l'art. 270 al. 2 CO, en cas de pénurie de logements, les cantons peuvent rendre obligatoire l'usage d'une formule officielle¹. L'absence d'usage de cette formule officielle entraîne la nullité du loyer², qui peut être invoquée en tout temps, sous réserve d'un abus de droit manifeste³.

[2] En cas de nullité du loyer, le locataire peut agir en fixation judiciaire du loyer initial et en restitution de l'éventuel trop-versé selon les règles sur l'enrichissement illégitime⁴. La créance en restitution du trop-versé se prescrit par trois ans 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 (art. 67 al. 1 CO)⁵.

[3] Depuis plusieurs décennies, le Tribunal fédéral considère que le locataire est présumé ignorer le caractère obligatoire de la formule officielle prévue à l'art. 270 al. 2 CO, ainsi que les conséquences attachées à l'absence de celle-ci⁶.

[4] Dans un arrêt rendu le 28 février 2020, qui concernait un bail d'habitation dans le canton de Vaud, où il est obligatoire d'utiliser une formule officielle, le Tribunal fédéral a toutefois laissé ouverte la question d'un changement de jurisprudence, affirmant qu'on pouvait « 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 répétitions 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 »⁷.

¹ Sur le champ d'application de cette disposition, voir DAVID LACHAT/PIERRE STASTNY, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, p. 489 s. N 3.1.1 ss. Pour une liste des cantons ayant rendu obligatoire l'usage de la formule officielle, voir : <https://www.bwo.admin.ch/bwo/fr/home/mietrecht/mietrecht-politik.html> (consulté le 3 août 2020).

² ATF 146 III 82 consid. 4.1.3; ATF 140 III 583 consid. 3.2; ATF 120 II 341 consid. 5.

³ Sur l'abus de droit à se prévaloir du vice de forme, voir ATF 140 III 583 consid. 3.2.4; ATF 138 III 401 consid. 2.4; PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, in : François Bohnet/Blaise Carron/Marino Montini (édit.), *Commentaire Pratique – Droit du bail à loyer et à ferme*, 2^{ème} éd., Bâle 2017, art. 270 N 81b; LACHAT/STASTNY (note 1), p. 495 N 3.5.4. Le délai de 30 jours prévu à l'art. 270 al. 1 CO ne s'applique pas en cas de nullité du loyer. Voir à cet égard l'arrêt du TF 4A_674/2012 du 23 septembre 2013 consid. 2; DIETSCHY-MARTENET (note 3), art. 270 N 81b; LACHAT/STASTNY (note 1), p. 496 N 3.5.5.

⁴ ATF 140 III 583 consid. 3.2.3.

⁵ ATF 140 III 583 consid. 3.2.3.

⁶ Voir par exemple l'ATF 140 III 583 consid. 3.2.2, qui renvoie à l'ATF 113 II 187 consid. 1a). L'ATF 113 II 187 concernait la nullité d'une hausse de loyer, pas la nullité du loyer initial. La possibilité de rendre obligatoire l'usage d'une formule officielle lors de la conclusion d'un bail a été introduite par la révision du droit du bail de 1989. Voir SÉBASTIEN FETTER, *La contestation du loyer initial*, Berne 2005, p. 59 N 122; DAVID LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, p. 44, n. 42.

⁷ ATF 146 III 82 consid. 4.1.3.

[5] Si le Tribunal fédéral devait renoncer à la présomption d'ignorance du locataire, cela aurait deux conséquences principales en cas d'omission de la formule officielle. Premièrement, sauf réserves exprimées par le locataire, les loyers payés par celui-ci devraient être considérés comme des versements effectués sans erreur au sens de l'art. 63 al. 1 CO. Deuxièmement, le délai de prescription de trois ans de l'art. 67 al. 1 CO applicable à l'éventuelle créance en remboursement du trop-versé commencerait à courir au moment où intervient chaque versement.

[6] On peut également se demander, même si cela dépasse le cadre de cette contribution, si le changement de jurisprudence évoqué par le Tribunal fédéral ne devrait pas aussi entraîner, s'il devait se concrétiser, une modification similaire s'agissant des conséquences de l'omission de la formule officielle requise lors des augmentations de loyer (art. 269d CO).

[7] La première partie de cette contribution explique pourquoi la présomption d'ignorance du locataire se justifie selon le droit en vigueur. La deuxième partie rappelle les conditions d'un renversement de cette présomption et prend position sur quelques critiques émises récemment à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce point.

I. La justification de la présomption

[8] L'exigence de la notification du loyer initial sur une formule officielle repose sur l'idée que le locataire peut ignorer les droits que lui confère la loi⁸. La présomption que le locataire ignore ses droits est donc la conséquence logique du système mis en place par le législateur⁹. Si le locataire connaît ses droits, la formule officielle est en effet inutile.

[9] Le fait que l'usage de la formule officielle a été rendu obligatoire dans un canton depuis de nombreuses années, 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 » n'y change rien.

[10] En effet, il n'appartient pas aux tribunaux de remettre en question le système prévu par le législateur, sauf si l'on se trouve dans l'hypothèse (vraiment) exceptionnelle, et clairement pas réalisée en l'espèce, où une règle est devenue si insatisfaisante que le fait de l'invoquer constitue un abus de droit, ou plus précisément un abus de norme¹⁰.

[11] Le système prévu par le législateur repose sur l'idée que les locataires, où en tout cas certains locataires, ignorent leurs droits. Il appartient au législateur, et pas aux tribunaux, de juger de l'opportunité d'une modification de ce système. Il n'existe par conséquent aucune raison de modifier la jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce point¹¹.

⁸ Voir déjà ATF 113 II 187 consid. 1a (à propos de la formule exigée pour les hausses de loyer) : « Compte tenu de la ratio legis de l'exigence de la notification sur une formule officielle, exigence qui repose sur l'idée que le locataire peut ignorer les droits que lui confère la loi, la présomption « nul n'est censé ignorer la loi » est ici renversée ». Dans ce sens également, BLAISE CARRON, Nullité du loyer initial : intérêt du locataire à agir en fixation judiciaire du loyer, délais de prescription relatif et absolu de la créance en restitution du trop-perçu (arrêt du TF 4A_495/2019), Newsletter Bail.ch avril 2020, p. 4.

⁹ Dans l'arrêt du TF 4A_254/2016 du 10 juillet 2017 consid. 3.1.3, il est relevé que c'est « le législateur » qui présume l'ignorance du locataire.

¹⁰ Sur l'abus de norme, voir HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Berne 2003, art. 1 N 254 ss ; PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil, Bâle 2009, N 619 ss.

¹¹ Du même avis quant au résultat, mais en relevant surtout qu'on ne peut en principe pas exiger d'un locataire non juriste qu'il connaisse la jurisprudence du Tribunal fédéral et qu'on « pourrait retourner l'argumentation du Tri-

[12] On relèvera au surplus que l'art. 270 al. 2 CO ne prévoit pas une obligation d'utiliser une formule officielle lors de la conclusion d'un bail d'habitation. Il offre seulement aux cantons la possibilité de rendre obligatoire une telle formule en cas de pénurie de logements. Par conséquent, si un canton estime que l'usage de la formule officielle ne se justifie plus sur son territoire, il peut modifier sa législation afin de supprimer l'obligation.

II. Le renversement de la présomption

[13] La présomption d'ignorance est renversée lorsque le locataire connaît effectivement les conséquences de l'omission de la formule officielle. S'agissant du paiement de l'indu, cela résulte du fait que l'erreur dont il est question à l'art. 63 al. 1 CO n'a pas à être excusable¹². Autrement dit, il est sans importance que le locataire qui a effectué la prestation ait fait preuve de l'attention commandée par les circonstances. En ce qui concerne le point de départ du délai de prescription de trois ans de l'art. 67 al. 1 CO, cela provient du fait que c'est la connaissance effective du créancier qui est déterminante, pas le moment où il aurait pu ou dû connaître son droit en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances¹³.

[14] Que se passe-t-il dans l'hypothèse particulière où un locataire consulte un mandataire professionnel dans le cadre d'un litige qui ne concerne pas directement la contestation du loyer initial, mais porte quand même sur un problème lié au bail du locataire, par exemple une demande de baisse de loyer en cours de bail ?

[15] Selon le Tribunal fédéral, il *ne* faut alors *pas* présumer que le mandataire a effectivement pris connaissance de l'absence d'utilisation de la formule officielle, ce qui serait imputable au locataire¹⁴. Cette position a toutefois été critiquée par une partie de la doctrine, qui considère en substance que dans une telle hypothèse on devrait au contraire présumer la connaissance effective du mandataire¹⁵.

[16] Même si on peut avoir certains doutes quant aux compétences d'un mandataire professionnel qui est consulté pour un problème lié à un contrat de bail et qui ne prend pas la peine d'examiner si la formule officielle a bien été utilisée, il me semble néanmoins que l'approche du Tribunal fédéral se justifie. En effet, ce qui est décisif en l'espèce, ce n'est pas de savoir ce que le mandataire aurait dû faire, mais ce qu'il a fait. Autrement dit, ce qui est fondamental, c'est bien de savoir si la question de la nullité du loyer a effectivement été traitée par le mandataire professionnel.

bunal fédéral et dire que le fait que la formule est exigée depuis 25 ans dans le canton de Vaud, que le Tribunal fédéral a rappelé a maintes reprises cette exigence dans des arrêts publiés et qu'on puisse obtenir facilement des informations sur internet ou en consultant le site officiel consacre au logement devrait avoir pour conséquence qu'un bailleur n'oublie plus en 2020 la formule officielle pour notifier le loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail », voir CARRON (note 8), p. 4. D'un avis contraire, NICOLAS SAVIAUX, Contestation du loyer initial en raison de l'absence de la formule officielle, PJA 2020, p. 484 ss, spécialement p. 488 ss, qui considère en substance que « l'ignorance présumée du locataire n'est plus guère défendable car tout un chacun peut facilement se renseigner ».

¹² ATF 129 III 646 consid. 3.2 ; PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 387 N 1534.

¹³ ATF 129 III 503 consid. 3.4 ; arrêt du TF 4A_254/2016 du 10 juillet 2017 consid. 3.1.3.1 et 3.2.2 ; BENOÎT CHAPPUIS, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Commentaire romand – Code des obligations I, art. 1–529 CO, 2^{ème} éd., Bâle 2012, art. 67 N 4 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (note 12), p. 392 N 1559.

¹⁴ Arrêt du TF 4A_254/2016 du 10 juillet 2017 consid. 3.2.2. Voir aussi DIETSCHY-MARTENET (note 3), art. 270 N 81a ; LCHAT/STASTNY (note 1), p. 498 N 3.6.1. Sur l'imputation de la connaissance du mandataire, voir ATF 45 II 322 consid. 4 ; arrêt du TF 4A_454/2010 du 6 janvier 2011 consid. 3.1.

¹⁵ Voir ISABELLE SALOMÉ DAÏNA, Note publiée dans Cahiers du bail 2017 p. 107 ss ; SAVIAUX (note 11), p. 484 ss.

[17] Afin de déterminer si le mandataire professionnel a effectivement réalisé que le loyer était nul, il faut prendre en compte l'ensemble des circonstances, et notamment essayer de déterminer pourquoi le locataire ne s'est pas prévalu de la nullité du loyer directement après avoir consulté le mandataire professionnel. Si le locataire n'avait pas de raison particulière d'attendre, l'explication la plus vraisemblable sera alors souvent que le mandataire professionnel n'a pas réalisé que le loyer était nul.

[18] L'approche du Tribunal fédéral, qui refuse d'admettre une présomption de connaissance effective du mandataire professionnel, me paraît donc justifiée. Il est vrai que cette approche a pour conséquence qu'il est souvent difficile pour un bailleur de renverser la présomption d'ignorance du locataire¹⁶. Elle a en revanche l'avantage d'encourager les bailleurs à utiliser la formule officielle, et le cas échéant à s'assurer qu'ils sont en mesure de prouver que celle-ci a été utilisée¹⁷.

Conclusion

[19] La présomption d'ignorance du caractère obligatoire de la formule officielle prévue à l'art. 270 al. 2 CO est la conséquence logique du système mis en place par le législateur. Il n'appartient pas aux tribunaux de remettre en question ce système. La présomption peut en revanche être renversée, mais seulement s'il est établi que le locataire connaissait effectivement les conséquences de l'omission de la formule officielle.

LAURENT BIERI, Professeur à l'Université de Lausanne.

L'auteur remercie Mmes Joséphine De Montpellier et Semsija Etemi, assistantes à l'Université de Lausanne, pour leur relecture attentive du manuscrit.

¹⁶ Dans ce sens SALOMÉ DAÏNA (note 15), p. 108 s.

¹⁷ Sur le fardeau de la preuve de l'utilisation de la formule officielle, voir en particulier l'ATF 142 III 369 consid. 4.