

# TRIBUNAL FÉDÉRAL

## Contestation du loyer initial. Cumul d'actions. Transaction judiciaire. Autorité de la chose jugée.

**Bail à loyer. – Transfert de propriété. – Litige concernant une baisse de loyer. – Transaction extrajudiciaire. – Procédure liée à une résiliation de bail. – Acquiescement du bailleur à l'action en nullité. – Troisième procédure liée à la contestation du loyer initial, faute d'usage de la formule de notification du loyer. – Rejet des instances cantonales. – Saisine du Tribunal fédéral.**

Art. 62, 67 al. 1, 128 ch. 1, 142, 270 CO; 59 al. 1 et 2, 60, 90, 208 al. 1 CPC.

1. *L'action en contestation du loyer initial et en restitution de l'éventuel trop-perçu constitue un cumul d'actions: la première tend, après constatation de la nullité du loyer convenu, à la fixation judiciaire de celui-ci; la seconde action, en tant que conséquence de la première, vise à la restitution des prestations effectuées sans cause, conformément aux règles de l'enrichissement illégitime (3.1.3.1).*
2. *Puisque le législateur n'a pas prévu de règle limitant l'invocation du vice de forme dans le temps, par exemple la durée du bail, seules les règles de la prescription de l'action en enrichissement illégitime constituent une limite à l'intérêt du locataire à agir en fixation du loyer initial (3.1.3.1).*
3. *L'invocation de la nullité du loyer initial en temps utile peut constituer un abus manifeste de droit en tant qu'elle consacre une attitude contradictoire du locataire, notamment lorsqu'il s'est rendu compte du vice de forme et s'est abstenu de protester dans le but d'en tirer profit ultérieurement (3.1.3.2).*
4. *L'action en enrichissement illégitime se prescrit par un an 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 (3.1.3.1).*
5. *Une transaction entre parties concluant une procédure en baisse de loyer n'empêche pas, au motif de l'autorité de la chose jugée, l'ouverture d'une action en contestation du loyer initial (4.2.1).*

## Anfechtung des Anfangsmietzinsens. Klagehäufung. Gerichtlicher Vergleich. Rechtskräftiger Entscheid.

**Wohnungsmiete. – Eigentumsübertragung. – Streit betreffend Mietzinsherabsetzung. – Aussergerichtlicher Vergleich. – Rechtsverfahren betreffend Kündigung eines Mietvertrages. – Nachgeben des Vermieters in der Klage auf Nichtigkeit der Kündigung. – Drittes Verfahren zwecks Anfechtung des Anfangsmietzinsens mangels Verwendung des für die Mietzinsmitteilung vorgesehenen offiziellen Formulars. – Abweisung der Klage durch die kantonalen Instanzen. – Berufung ans Bundesgericht.**

Art. 62, 67 Abs. 1, 128 Ziff. 1, 142, 270 OR; Art. 59 Abs. 1 und 2, 60, 90, 208 Abs. 1 ZPO.

1. *Eine Klage auf Anfechtung des Anfangsmietzinses und auf Rückgabe des allenfalls zu viel Bezahlten stellt eine Klagehäufung dar: nach Feststellung der Nichtigkeit des vereinbarten Mietzinses, zielt die erste Klage darauf ab die Höhe des Mietzinses gerichtlich feststellen zu lassen; die zweite Klage zielt, den Regeln der unberechtigten Bereicherung folgend und als Folge der ersten Klage, daraufhin ab, Rückerstattung des ohne Rechtsgrund Bezahlten zu verlangen (3.1.3.1).*
2. *Da der Gesetzgeber keine zeitliche Beschränkung für die Geltendmachung eines Formfehlers vorgesehen hat, zum Beispiel beschränkt auf die Dauer des bestehenden Mietverhältnisses, stellt nur die für die Klage auf ungerechtfertigte Bereicherung geltende Verjährungsregel für den Mieter eine Einschränkung der Geltendmachung seiner Interessen in Bezug auf die gerichtliche Feststellung des Anfangsmietzinses dar (3.1.3.1).*
3. *Die fristgerechte Geltendmachung der Nichtigkeit des Anfangsmietzinses kann insbesondere dann rechtsmissbräuchlich sein, wenn der geltend gemachte Formmangel frühzeitig bemerkt wurde, jedoch deswegen nicht unmittelbar geltend gemacht wurde, um zu einem späteren Zeitpunkt daraus Nutzen zu ziehen (3.1.3.2).*
4. *Die Klage auf ungerechtfertigte Bereicherung verjährt innerhalb eines Jahres ab dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Mieters auf sein Rückforderungsrecht, spätestens jedoch zehn Jahren nach Entstehung des Anspruchs (3.1.3.1).*
5. *Der Abschluss einer Vergleichsvereinbarung unter den Parteien, in welcher die Herabsetzung des Mietzinses vereinbart wird, schliesst die spätere Anfechtung des Anfangsmietzinses, mit der Begründung des Bestehens eines rechtskräftigen Entscheides, nicht aus (4.2.1).*

**Source:** Arrêt de la 1<sup>re</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 10 juillet 2017 dans la cause F.X. et H.X. c/ A. et B. (4A\_254/2016).

**Faits:** Par contrat des 19 et 27 mai 2009, F.X. et H.X. ont pris à bail un appartement de trois pièces et demie d'environ 97 m<sup>2</sup>, correspondant à une part d'étage qui appartenait à C., dans un immeuble sis à..., pour un loyer initial de Fr. 1'500.-, charges en sus. Le bail porte également sur une place de parc intérieure et sur une place de parc extérieure; en 2012, ils ont pris à bail une seconde place de parc intérieure et ont restitué la place de parc extérieure. Le contrat a été conclu pour la durée initiale du 1<sup>er</sup> juillet 2009 au 30 juin 2012, se renouvelant ensuite tacitement pour un an, puis de trois mois en trois mois, sauf avis de résiliation donné par l'une ou l'autre des parties trois mois à l'avance.

La formule officielle de notification du loyer initial pour la conclusion d'un nouveau bail n'a pas été remise aux locataires.

A. et B. sont devenus propriétaires de la part d'étage le 2 mars 2010 et le bail leur a passé en vertu de l'art. 261 al. 1 CO.

Une première procédure, de baisse de loyer, a opposé les parties.

Le 5 décembre 2011, les locataires ont sollicité une réduction de leur loyer net à Fr. 1'380.60 dès le 1<sup>er</sup> juillet 2012, en raison de la baisse du taux hypothécaire de référé-

rence et de l'indice suisse des prix à la consommation. Les bailleurs n'ont que partiellement admis la demande de baisse, soit à Fr. 1'426.–, par courrier du 3 janvier 2012.

Le 31 janvier 2012, les locataires ont consulté l'ASLOCA en vue de préparer la réponse à donner à leurs bailleurs. A cette occasion, ils étaient munis d'un exemplaire du contrat de bail qu'ils ont présenté au consultant juridique de l'ASLOCA.

Par courrier du 1<sup>er</sup> février 2012, préparé par ce dernier, les locataires ont demandé une baisse plus importante, à Fr. 1'340.–.

Le même jour, les locataires ont saisi la Commission de conciliation en matière de baux à loyer du district du Gros-de-Vaud d'une requête de conciliation, sollicitant une baisse de loyer de Fr. 160.– (à Fr. 1'340.–) et indiquant que leur dossier était suivi par l'ASLOCA.

Par courrier du 2 février 2012, les bailleurs ont rectifié leur précédent courrier du 3 janvier 2012 et accepté une baisse du loyer à Fr. 1'358.–.

Le 13 février 2012, les locataires ont accepté cette proposition et ont retourné aux bailleurs un exemplaire contresigné de leur courrier.

Le même jour, ils ont informé la Commission de l'accord passé (i.e. de cette transaction judiciaire) et ont « retiré » leur requête, ce dont la Commission a pris acte par ordonnance du 14 février 2012.

Puis, une seconde procédure, de résiliation (ordinaire) du bail, a opposé les locataires aux bailleurs.

Le 31 octobre 2012, le bailleur B. a communiqué aux locataires une résiliation ordinaire de leur contrat de bail pour le 31 mars 2013.

Les locataires ont consulté l'ASLOCA le 12 novembre 2012.

Les locataires ont saisi la Commission de conciliation d'une requête tendant à la constatation de la nullité de cette résiliation, respectivement à son annulation.

Les locataires étaient assistés d'une consultante de l'ASLOCA lors de l'audience de conciliation devant la Commission le 29 janvier 2013, audience au cours de laquelle la question du loyer initial n'a pas été abordée.

Une proposition de jugement a été rendue par la Commission. Cette proposition de jugement n'ayant pas été acceptée par les locataires, la Commission leur a délivré une autorisation de procéder.

Le 11 avril 2013, les locataires, agissant par l'intermédiaire d'un avocat, ont déposé leur demande devant le Tribunal des baux du canton de Vaud, concluant à la nullité, subsidiairement à l'annulation de la résiliation et plus subsidiairement à la prolongation de leur bail jusqu'au 31 mars 2017.

Le 3 septembre 2013, le procès a pris fin par acquiescement du défendeur B. à l'action en nullité de la résiliation ordinaire.

Dans l'intervalle, le 24 avril 2013, les locataires ont introduit une troisième procédure devant la Commission de conciliation, concluant (préjudiciellement) à la constatation de la nullité du loyer initial, faute de notification de la formule officielle, à la fixation du loyer initial à Fr. 900.– dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009 et au remboursement des parts de loyer perçues en trop depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2009.

La conciliation ayant échoué et une autorisation de procéder leur ayant été délivrée, les locataires ont déposé leur demande contre les bailleurs et l'ancien propriétaire C. devant le Tribunal des baux le 6 septembre 2013. Ils ont conclu notamment (préjudiciellement) à la constatation de la nullité du loyer initial, à la fixation du loyer à Fr. 900.– dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009, montant qu'ils ont ensuite modifié à Fr. 750.–, et à la restitution du trop-perçu. Les loyers des places de parc ont également fait l'objet de plusieurs modifications de conclusions.

Les locataires, qui n'ont pas reçu la formule officielle de notification du loyer initial, invoquent la nullité du loyer initial et l'invalidité de la transaction passée au sujet de la baisse de loyer le 13 février 2012. Ils font valoir qu'ils n'ont eu connaissance de la nullité du loyer en raison du défaut de communication de la formule officielle qu'en mars 2013 lorsqu'ils ont consulté leur avocat dans le cadre de la résiliation ordinaire du bail; ils ont signé la procuration de celui-ci le 12 mars 2013 et ont ouvert action par requête de citation en conciliation le 24 avril 2013.

Les bailleurs défendeurs ont conclu au rejet de la demande, invoquant l'abus de droit; ils ont soulevé l'exception de prescription. Ils ont appelé en cause l'ancien propriétaire C.

Par courrier aux bailleurs du 9 janvier 2014, les locataires ont déclaré invalider l'accord passé le 13 février 2012 au sujet de la baisse de loyer, invoquant leur ignorance, à la date de la transaction, de la nullité du loyer initial.

Le Tribunal des baux a tenu deux audiences, au cours desquelles il a interrogé comme témoin les deux consultants de l'ASLOCA, puis une audience de jugement le 11 septembre 2014.

Par jugement du 13 novembre 2014, le Tribunal des baux a rejeté la demande.

Statuant le 5 février 2016, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a rejeté l'appel formé par les demandeurs et a confirmé le jugement de première instance.

Contre cet arrêt cantonal, les locataires demandeurs exercent un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Ils concluent à l'admission de leur recours et à la réforme de l'arrêt attaqué en ce sens que leur appel est admis et que le jugement de première instance est annulé. Ils ne contestent pas l'état de fait de l'arrêt attaqué, mais soutiennent qu'il est insuffisant eu égard à l'abus de droit et doit être complété sur la base d'éléments du dossier. Ils reprochent à la cour cantonale de n'avoir pas constaté les faits en relation avec le contenu des entretiens qui ont eu lieu à l'ASLOCA, de n'avoir pas retenu qu'ils ont appris que le loyer initial était nul uniquement au mois de mars 2013 lorsqu'ils ont consulté leur avocat. Ils soutiennent qu'ils ont agi dans le délai d'un an et qu'il n'y a pas d'abus de droit de leur part.

L'assistance judiciaire a été accordée aux recourants par décision du 26 septembre 2016.

Les bailleurs intimés (A. et B.) concluent au rejet du recours. La cour cantonale se réfère aux considérants de son arrêt.

C., en tant que partie intéressée (ancien bailleur appelé en cause), conclut au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt entrepris (*résumé*).

**Droit: (...)**

3.1. A titre préliminaire, il convient de rappeler l'importance de la communication de la formule officielle de notification du loyer initial (art. 270 al. 2 CO; ci-après: la formule officielle) et les conséquences que la jurisprudence a attachées au fait qu'elle n'a pas été communiquée.

3.1.1 La formule officielle doit être notifiée au locataire au moment de la conclusion du bail ou, au plus tard, le jour de la remise de la chose louée (sur le contenu de la formule, cf. art. 19 al. 1 et 1bis OBLF [RS 221.213.11], applicable par analogie lors de la conclusion d'un nouveau contrat de bail en vertu de l'art. 19 al. 3 OBLF). Elle a pour but de l'informer, en lui fournissant toutes les indications utiles, de sa possibilité de saisir l'autorité de conciliation afin de contester le montant du loyer. Elle sert, par ce biais, à empêcher les hausses abusives de loyer lors d'un changement de locataires. L'indication du loyer versé par le précédent locataire doit y figurer (ATF 140 III 583 cons. 3.1 p. 586 et les arrêts cités; arrêt 4A\_398/2015 du 19 mai 2016 cons. 3, non publié in ATF 142 III 369).

3.1.2 Si la formule officielle lui a été communiquée, le locataire peut saisir, dans les 30 jours qui suivent la réception de la chose, l'autorité de conciliation pour contester le loyer initial et en demander la diminution, pour autant que le montant convenu soit abusif et que les autres conditions de l'art. 270 al. 1 CO soient remplies (ATF 142 III 442 cons. 3). A défaut, il est réputé avoir accepté le loyer et il est déchu du droit de le contester (délai de péremption; ATF 131 III 566 cons. 3.2 p. 570). Selon la jurisprudence, si la formule officielle lui est communiquée plus tard, mais dans les 30 jours après son entrée dans les locaux, le point de départ du délai pour agir est reporté au moment de cette communication. En revanche, une communication intervenant au-delà de ce délai de 30 jours équivaut à une absence de notification (ATF 140 III 583 cons. 3.1 p. 586 s. et les arrêts cités; arrêt 4A\_398/2015 déjà cité cons. 3).

3.1.3 Lorsque le bail a été conclu sans que soit communiquée la formule officielle ou sans que la hausse de loyer par rapport à celui payé par le précédent locataire n'y soit motivée, le loyer fixé est nul (nullité partielle du contrat) (ATF 140 III 583 cons. 3.2.1 et 3.2.2; arrêt 4A\_398/2015 déjà cité cons. 3).

Comme, en matière de bail, le législateur présume l'ignorance du locataire quant à l'obligation du bailleur d'utiliser la formule officielle, contrairement au principe général « nul n'est censé ignorer la loi », il appartient au bailleur de prouver, s'il y a contestation, la remise de la formule officielle au locataire (art. 8 CC; ATF 142 III 369 cons. 4.1; cf. Sébastien Fetter, *La contestation du loyer initial*, 2005, n° 202 p. 94).

3.1.3.1 Le locataire qui n'a pas reçu la formule officielle peut agir en fixation judiciaire du loyer initial et en restitution de l'éventuel trop-perçu. Il s'agit-là d'un cumul d'actions (art. 90 CPC): la première action tend, après constatation, à titre préjudiciel, de la nullité du loyer convenu, à la fixation judiciaire de celui-ci et la seconde action, en tant que conséquence de la première, vise à la restitution des prestations effectuées sans cause conformément aux règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) (ATF 140 III 583 cons. 3.2.3 p. 588 et les arrêts cités). Puisque le législateur n'a pas prévu de règle limitant l'invocation du vice de forme dans le temps, par exemple à la

durée du bail, seules les règles de la prescription de l'action en enrichissement illégitime peuvent constituer une limite à l'intérêt du locataire à agir en fixation judiciaire du loyer. L'action en enrichissement illégitime se prescrit par un an 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 CO – l'art. 128 ch. 1 CO ne s'appliquant pas. Par conséquent, tant que cette action n'est pas prescrite ou que le débiteur n'a pas soulevé l'exception de prescription (art. 142 CO), le locataire a également un intérêt à son action en fixation judiciaire du loyer (ATF 140 III 583 cons. 3.2.3 p. 588 s.; 4A\_398/2015 déjà cité cons. 3).

Le créancier a connaissance de son droit de répétition – et le délai de prescription relatif d'un an commence à courir (art. 67 al. 1 CO) – lorsqu'il connaît suffisamment d'éléments pour fonder et motiver son action en justice, laquelle n'a pas besoin d'être chiffrée (art. 85 CPC). Cela suppose qu'il ait connaissance de la mesure approximative de l'atteinte à son patrimoine, de l'absence de cause du déplacement de patrimoine et de la personne de l'enrichi. Est déterminant le moment de la connaissance effective de sa prétention, et non celui où il aurait pu connaître son droit en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances (ATF 129 III 503 cons. 3.4; 109 II 433 cons. 2). Dans le cas du locataire qui n'a pas reçu la formule officielle, obligatoire en vertu de l'art. 270 al. 2 CO, et dont l'ignorance est présumée, la connaissance effective intervient lorsqu'il 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 (ATF 140 III 583 cons. 3.2.2; arrêt 4A\_517/2014 du 2 février 2015 cons. 4.1.2 et 4.2 in fine).

La constatation de ce qu'une personne savait ou ignorait à un moment donné relève du fait et, sauf arbitraire (art. 97 al. 1 LTF; art. 9 Cst.), lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF). Relève en revanche du droit la question de savoir si cette constatation remplit les conditions de la connaissance au sens de l'art. 67 al. 1 CO.

3.1.3.2 Même si le locataire a invoqué la nullité partielle en temps utile, l'abus manifeste de droit (art. 2 al. 2 CC) demeure réservé (ATF 140 précité cons. 3.2.4 p. 589).

Ce principe permet de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice du droit allégué créerait une injustice manifeste. Le juge apprécie la question au regard des circonstances concrètes, qui sont déterminantes. L'emploi dans le texte légal du qualificatif « manifeste » démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (ATF 137 III 625 cons. 4.3; 135 III 162 cons. 3.3.1).

Au titre de l'attitude contradictoire du locataire, la jurisprudence a retenu qu'une exception au droit de répétition des art. 62 ss CO peut être admise, par exemple, lorsque le preneur s'est rendu compte du vice de forme et s'est abstenu de protester dans le dessein d'en tirer, le cas échéant, ultérieurement profit (ATF 113 II 187 cons. 1a p. 189, cité notamment dans les arrêts 4C.134/2001 du 18 octobre 2001 cons. 3b et 4A\_647/2011 du 26 janvier 2012 cons. 4.1; cf. également ATF 138 III 401 cons. 2.3.2) ou encore

lorsque le locataire a renoncé expressément et en toute connaissance de cause à la notification de la formule officielle et a exécuté de son plein gré l'accord conclu (ATF 123 III 70 cons. 3c et 3d, cité notamment dans l'arrêt 4C.134/2001 déjà cité cons. 3b). En revanche, le seul fait d'avoir payé, sans discuter, le loyer pendant un long laps de temps ne saurait, à lui seul, conduire à la conclusion que le locataire commet un abus de droit (ATF 138 III 401 cons. 2.3.3; arrêts 4A\_38/2013 du 12 avril 2013 cons. 2.1, non publié in ATF 139 III 249, mais in Pra 2013 n° 113 p. 876; 4A\_647/2011 déjà cité cons. 4.2; 4A\_490/2011 du 10 janvier 2012 cons. 3.2; 4A\_129/2011 du 28 avril 2011 cons. 2.3, résumé in JdT 2012 II 113).

Au titre de l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la jurisprudence a retenu, entre autres exemples, que le locataire qui soulève la nullité du loyer convenu pour s'opposer à la résiliation immédiate du contrat et à son expulsion commet un abus de droit (ATF 137 III 547 cons. 2.3 p. 549; arrêts 4C.315/2000 du 5 février 2001 cons. 4c, publié in CdB 2001 p. 77, mentionné dans l'arrêt 4A\_129/2011 déjà cité cons. 2.3; cf. également ATF 138 III 401 cons. 2.4).

3.1.3.3 Il faut bien distinguer ces deux étapes du raisonnement lors de l'examen de la nullité du loyer initial : d'une part, lorsque le bailleur a soulevé l'exception de prescription à l'action en enrichissement illégitime (art. 142 CO), il convient d'examiner si le délai d'un an (art. 67 al. 1 CO) dans lequel le locataire doit agir en nullité a été respecté et, d'autre part, lorsque ce délai est respecté, si le locataire commet un abus de droit en invoquant la nullité.

3.2 En l'espèce, il est établi que la formule officielle de notification du loyer initial n'a pas été remise aux locataires. Et les bailleurs ont soulevé l'exception de prescription de l'action.

3.2.1 Il y a donc lieu de vérifier si les locataires ont invoqué la nullité du loyer initial, faute de notification de la formule officielle, dans le délai d'un an dès qu'ils ont eu connaissance de leur droit à la restitution (art. 67 al. 1 CO). Comme ils ont ouvert action le 24 avril 2013 par requête de conciliation adressée à la Commission de conciliation, le moment où ils ont eu connaissance de leur droit doit être postérieur au 24 avril 2012, à défaut de quoi leur action doit être rejetée.

3.2.2 La cour cantonale n'a pas constaté en fait si les locataires ou leur représentant ont eu une connaissance effective avant ou après le 24 avril 2012. En signalant que « la validité des bases de calcul des loyers devait obligatoirement être abordée par le consultant pour déterminer la baisse des loyers », elle s'est en réalité contentée d'admettre en droit, en se fondant sur l'art. 3 al. 2 CC, que les locataires devaient savoir depuis le 31 janvier 2012 que le loyer initial était nul, parce que leur consultant auprès de l'ASLOCA aurait dû vérifier la validité du bail à ce moment-là et que cette omission leur est imputable.

Ce faisant, la cour cantonale mélange la connaissance effective déterminante pour le calcul du délai de l'art. 67 al. 1 CO et l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Lorsqu'elle admet sur cette base une attitude contradictoire des locataires, constitutive d'un abus de droit, elle confond en outre les conditions de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) et celles du droit à la protection de la bonne foi (art. 3 al. 2 CC). Or l'art. 3 al. 2 CC ne s'ap-

plique pas en l'espèce, car, selon la volonté du législateur, l'ignorance du locataire quant à l'obligation d'utiliser la formule officielle est présumée. Contrairement à ce que croit la cour cantonale, il était décisif de savoir si la question de la nullité du loyer initial avait été ou non effectivement abordée lors de la consultation de l'ASLOCA le 31 janvier 2012.

C'est ce sur quoi les bailleurs intimés semblent insister lorsqu'ils soutiennent que le premier consultant a forcément abordé la question du loyer initial lors de l'entretien avec les locataires le 31 janvier 2012, que l'affirmation inverse est inconcevable et mensongère.

3.2.3 C'est à tort que la cour cantonale croit que la nullité peut être invoquée en tout temps. Comme on l'a vu, l'action en restitution de l'enrichissement illégitime se prescrit dans le délai d'un an dès la connaissance du droit à la restitution (art. 67 al. 1 CO) et, partant, l'intérêt à la constatation de la nullité du loyer initial en raison du vice de forme (absence de formule officielle) cesse dans ce même délai si le débiteur a invoqué la prescription. Dans l'ATF 140 III 583 cons. 3.2.2, le Tribunal fédéral a recherché si le législateur avait prévu une règle limitant l'invocation du vice de forme, par exemple à la durée du bail. Il a constaté que tel n'est pas le cas et que l'intérêt du locataire à invoquer le vice de forme n'est limité que par les règles sur la prescription qui régissent son action en enrichissement illégitime, dans laquelle est examiné préjudiciellement la nullité partielle du loyer. Tant que son action en enrichissement illégitime n'est pas prescrite ou tant que le débiteur n'a pas soulevé l'exception de prescription, le locataire a donc un intérêt à invoquer la nullité.

Contrairement à ce que croit la cour cantonale, il n'y a donc pas non plus abus de droit si le locataire ne proteste pas dans un délai raisonnable, mais qu'il agit dans le délai d'un an de l'action en enrichissement illégitime.

3.2.4 La cour cantonale retient encore que les locataires adopteraient une attitude contradictoire constitutive d'un abus de droit puisqu'ils ont conclu la transaction judiciaire le 13 février 2012.

Cette question sera traitée ci-après en relation avec la question de la transaction judiciaire.

4. Dans leur réponse, les bailleurs intimés soutiennent que la transaction (judiciaire) conclue en 2012 dans la précédente procédure de baisse de loyer (arrêtant le loyer à Fr. 1'358.– dès le 1<sup>er</sup> juillet 2012) empêcherait les locataires d'agir en contestation du loyer initial fixé selon le contrat de bail des 19 et 27 mai 2009.

4.1 Les bailleurs s'en prennent tout d'abord à l'invalidation de la transaction par les locataires déclarée dans leur courrier du 9 janvier 2014.

4.1.1 D'après l'art. 208 al. 1 CPC, la transaction (judiciaire) passée durant la procédure de conciliation est consignée au procès-verbal et est signée par les parties. En vertu de l'art. 208 al. 2 CPC, elle a les effets d'une décision entrée en force: elle a force exécutoire (art. 80 al. 2 ch. 1 LP) et est revêtue de l'autorité de la chose jugée (Message du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse [CPC], FF 20066841 ch. 5.13 ad art. 205 p. 6940). Les mêmes règles sont prévues pour la transaction passée en procédure ordinaire devant le tribunal (art. 241 CPC; Message précité, ch. 5.13 ad art. 205



p. 6940); elles sont également applicables dans les procédures simplifiée et sommaire (art. 219 CPC).

La transaction judiciaire au sens des art. 208 et 241 CPC est passée par les parties en cours de procédure, soit directement devant l'autorité ou le juge, soit hors de sa présence, mais pour lui être remise (cf. art. 73 al. 1 PCF; Fabienne Hohl, Procédure civile, Tome I, 2<sup>e</sup> éd. 2016, n° 2387; Jörg Honegger, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm et al. [éd.], 3<sup>e</sup> éd. 2016, n° 8 ad art. 208 CPC et Alvarez/Peter, Berner Kommentar ZPO, 2012, n° 5 ad art. 208 CPC, tous trois avec référence au Message en allemand).

La transaction judiciaire elle-même, en tant qu'acte juridique des parties, met fin au procès (ATF 139 III 133 cons. 1.3 p. 134). L'autorité ou le juge se bornent à en prendre acte; ils ne rendent pas de décision judiciaire, même si, formellement, ils rayent la cause du rôle (art. 241 al. 3 CPC). Toutefois, l'invalidité de la transaction judiciaire ne peut être invoquée, notamment pour vices du consentement (art. 23 ss CO), que comme celle d'un jugement, par la voie de la révision (art. 328 al. 1 litt. c CPC; Message loc. cit.; cf. Hohl, op. cit., n° 2408 ss).

4.1.2 En tant qu'ils font une distinction entre la transaction sur la baisse de loyer signée par les locataires le 13 février 2012 et son invalidation, le «retrait» de la requête de baisse de loyer adressée par ceux-ci à la Commission de conciliation le 13 février 2012 et son invalidation et l'ordonnance de la Commission du 14 février 2012 et sa remise en cause par la voie de la révision, les intimés méconnaissent les règles susmentionnées.

En effet, le seul moyen légal ouvert aux locataires pour invoquer leur erreur lors de la signature de la transaction est la voie de la révision, dans un délai de 90 jours dès la découverte de celle-là. Ils n'ont donc pas valablement invalidé la transaction par leur courrier du 9 janvier 2014. Il est donc superflu d'examiner l'argumentation des bailleurs, en particulier si ceux-ci ont ou non reçu le courrier du 9 janvier 2014.

Il est également inutile d'entrer en matière sur la distinction, opérée par les intimés, entre le retrait d'instance et le désistement d'action puisque la transaction judiciaire, qui met immédiatement fin au procès, consiste en un autre mode – avec le désistement d'action et l'acquiescement – de fin du procès avec autorité de la chose jugée, et non un désistement d'action comme le soutiennent les intimés.

4.2 Les bailleurs soutiennent ensuite que l'existence de cette transaction judiciaire aurait dû entraîner l'admission de leur exception d'autorité de la chose jugée et, partant, l'irrecevabilité de la demande en nullité du loyer initial.

4.2.1 En vertu de l'art. 59 al. 2 litt. e CPC en relation avec l'art. 59 al. 1 CPC, le tribunal n'entre pas en matière sur la nouvelle demande lorsque le litige a déjà fait l'objet d'une décision entrée en force. Il s'agit-là de l'effet de l'autorité de la chose jugée attachée à la décision qui est entrée en force de chose jugée formelle. La partie adverse doit soulever l'exception de l'autorité de la chose jugée (res judicata), mais le juge peut aussi en tenir compte d'office (art. 60 CPC).

Selon la jurisprudence, l'autorité de la chose jugée ne s'attache en principe qu'au seul dispositif de la décision, qui a statué matériellement sur la prétention (ATF 121 III 474

cons. a). Toutefois, pour connaître le sens exact et la portée précise du dispositif de la décision, il faut souvent en examiner les motifs qui permettent de savoir quel a été l'objet de la demande et ce sur quoi le juge s'est réellement prononcé (ATF 116 II 738 cons. 2a in fine); en effet, lorsque le demandeur a réclamé une somme d'argent, il ne résulte pas du dispositif quelle prétention matérielle il a fait valoir (ATF 142 III 683 cons. 5.3 p. 687). L'autorité de la chose jugée s'étend à tous les faits faisant partie de la cause, y compris les faits et preuves dont le juge n'a pas pu tenir compte parce qu'ils n'ont pas été allégués régulièrement et en temps utile (ATF 115 II 187 cons. 3b). L'autorité de la chose jugée est un principe de droit matériel, et non de procédure, pour toutes les prétentions de droit privé fédéral (arrêts 5A\_51/2013 du 10 novembre 2014 cons. 3.2; 4A\_568/2013 du 16 avril 2014 cons. 2.2; ATF 121 III 474 cons. 2 et les arrêts cités).

L'objet de la nouvelle demande est délimité par les conclusions et par le complexe de faits invoqué à l'appui de celles-ci; la cause juridique n'est pas déterminante, le juge appliquant le droit d'office (art. 57 CPC) (ATF 139 III 126 cons. 3.2.3; 136 III 123 cons. 4.3.1). Lorsque le demandeur réclame une somme d'argent, il faut se reporter aux motifs de la demande.

L'identité entre la prétention tranchée dans la précédente décision et la prétention réclamée par la nouvelle demande, qui fonde l'exception de l'autorité de la chose jugée, ne doit pas s'entendre d'un point de vue grammatical, mais matériel (ATF 139 III 126 cons. 3.2.3 in fine; 123 III 16 cons. 2a).

Les mêmes principes d'identité s'appliquent lorsque la précédente procédure s'est terminée par transaction, laquelle est revêtue de l'autorité de la chose jugée (art. 208 al. 2 et 241 al. 2 CPC).

4.2.2 En l'espèce, il s'agit donc d'examiner si la prétention matérielle qui est invoquée dans la présente procédure est identique à celle qui a fait l'objet de la transaction dans la précédente procédure, la cause juridique invoquée n'étant pas déterminante.

Dans la précédente procédure, les locataires ont invoqué une baisse de loyer de Fr. 160.– à Fr. 1'340.– dès le 1<sup>er</sup> juillet 2012; ils se sont fondés uniquement sur la baisse du taux hypothécaire de référence de 3,5 % à 2,5 % et n'ont pas allégué d'autres faits et moyens de preuve qui auraient également justifié une réduction de loyer.

Dans la présente procédure, ils demandent une baisse du loyer à Fr. 750.– dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009; ils se fondent uniquement sur la nullité du loyer initial, faute de notification de la formule officielle.

Force est de constater que les prétentions matérielles ne sont pas les mêmes: dans la précédente procédure, la réduction du loyer en raison de la baisse du taux hypothécaire de référence et de l'indice suisse des prix à la consommation, et dans la présente procédure, la diminution du loyer en raison de la nullité du loyer initial; les périodes de loyers considérées ne sont pas non plus les mêmes.

La transaction judiciaire du 13 février 2012 n'interdit donc pas au tribunal d'entrer en matière sur l'action en fixation du loyer initial et en restitution du trop-perçu.

Les locataires ne commettent donc pas non plus d'abus de droit en introduisant une telle action.

5. Au vu des considérants qui précèdent, la cause doit donc être renvoyée à la cour cantonale pour qu'elle examine la question de savoir si les locataires ou leur représentant ont eu ou non une connaissance effective de la nullité du loyer initial pour défaut de communication de la formule de notification officielle postérieurement au 24 avril 2012.

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 locataires (mandants) devraient alors se laisser imputer. Sur la base des constatations de l'arrêt attaqué, le Tribunal fédéral n'est en effet pas en mesure de résoudre ces questions et, partant, de déterminer si l'action des locataires est prescrite ou non. (...)

**Note:** Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence, selon laquelle le locataire n'a d'intérêt à son action en fixation judiciaire du loyer tant que dite action n'est pas prescrite ou que le débiteur n'a pas soulevé l'exception de prescription (cons. 3.3.1). Cette question a déjà été commentée<sup>1</sup> et nous n'y reviendrons pas.

L'arrêt précité nous donne en revanche l'occasion de nous attarder sur la question du point de départ du délai de l'action en répétition de l'indu, question qui revient fréquemment dans le contentieux du droit du bail, que ce soit, par exemple, à l'occasion de la nullité du loyer initial ou de la restitution de sommes payées au titre de frais accessoires qui ne sont pas valablement mis à la charge du locataire.

Le Tribunal fédéral traite de la question de savoir si le recours à un conseiller spécialisé de l'ASLOCA, à l'occasion d'un litige relatif à une baisse de loyer (cons. 3.2.2), permet de supposer la connaissance effective de son droit par le locataire, et de faire débiter la prescription annale. La Haute Cour considère décisif, pour résoudre cette question, de savoir si la nullité du loyer initial a effectivement été abordée lors de la consultation. Le Tribunal fédéral décide ainsi de renvoyer la cause à la Cour cantonale pour déterminer le moment où le locataire a effectivement eu connaissance de son droit. En réalité, les juridictions cantonales avaient recueilli le témoignage du consultant ASLOCA mandaté dans le cadre du litige relatif à la baisse de loyer. Il était ressorti de son audition qu'il disposait vraisemblablement d'un exemplaire du bail litigieux, dès lors qu'il avait été en mesure de calculer le montant de la baisse de loyer à laquelle les locataires prétendaient. Ce consultant avait en outre indiqué que l'examen d'une éventuelle nullité du loyer initial pour défaut de remise de la formule officielle n'était pas systématiquement entrepris lors de consultation relative à une modification du loyer en cours de bail<sup>2</sup>.

Nonobstant cette instruction, le Tribunal fédéral ne s'estime pas suffisamment renseigné. Il donne deux pistes (cons. 5) pour l'établissement du moment de la connais-

1 Blaise Carron, DB 2015, p. 36 ss; P. Dietschy-Martenet, *Absence de notification du loyer initial par formule officielle: délai de prescription et abus de droit* (arrêt 4A\_254/2016), Newsletterbail.ch août 2017.

2 Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois du 5 février 2016, cons. 15, p. 7.

sance effective, par le locataire, de ses prétentions. Premièrement, il estime que cette connaissance effective pourrait trouver son origine dans la conclusion d'un contrat de bail antérieur, auquel aurait été jointe la formule officielle décrivant les droits des locataires. Deuxièmement, il considère que les locataires pourraient se laisser imputer le comportement du consultant ASLOCA si celui-ci a effectivement eu connaissance de la formule officielle.

En regardant de plus près la jurisprudence, tout porte à croire que les pistes évoquées par le Tribunal fédéral ne sont qu'un miroir aux alouettes.

En effet, la preuve de ce que le locataire avait reçu la formule officielle de notification du loyer initial lors de la conclusion d'un autre bail, postérieur au bail litigieux, n'a pas suffi au Tribunal fédéral pour écarter le témoignage du représentant ASLOCA du locataire, qui prétendait que ce dernier n'avait eu connaissance de ses droits que lorsqu'il l'avait consulté<sup>3</sup>. La première piste évoquée par le Tribunal fédéral est ainsi tuée dans l'œuf par sa propre jurisprudence.

De même, le fait de consulter un avocat spécialisé en droit du bail sur une question de loyer ne permet pas d'établir que le locataire a dû être informé de la non validité de la clause relative aux frais accessoires car, pour le Tribunal fédéral, on ne peut pas présumer que l'avocat, si spécialisé soit-il, soit idéalement compétent et diligent<sup>4</sup>. Dans le même registre, le Tribunal cantonal vaudois avait considéré que l'on ne pouvait pas s'attendre à ce que le conseil du locataire examine la validité du loyer initial lorsqu'il était consulté sur une autre question<sup>5</sup>.

Dans l'arrêt présentement commenté, le Tribunal fédéral va encore plus loin car il refuse de présumer que le consultant ASLOCA, pourtant spécialisé en matière de bail et appelé à conseiller le locataire sur une question relative à une baisse de loyer, examine dans ce cadre comment le loyer a été fixé, et s'il l'a été valablement. En d'autres termes, pour le Tribunal fédéral, il ne suffit pas, pour établir la connaissance effective de son droit par le locataire, respectivement son conseil, que le locataire ait présenté son bail à un consultant ASLOCA aux fins d'examiner une question de fixation du loyer. Le consultant ASLOCA aura pourtant vu, à cette occasion, que le bail n'était pas accompagné de la formule officielle. Que faut-il de plus ? Pour le Tribunal fédéral, il faudrait encore que le consultant ASLOCA ait su que la formule officielle ne lui était pas présentée parce qu'elle n'existait pas. Il n'est apparemment pas attendu de lui qu'il s'en pose la question, nonobstant sa spécialisation et l'objet de la consultation, soit la fixation du loyer.

Autant dire qu'il ne reste pas au bailleur de grands moyens pour établir le point de départ du délai de prescription. La connaissance effective du droit étant un fait interne à sa partie adverse, il se voit réduit à devoir s'en remettre à l'interrogatoire de cette dernière et au témoignage de son mandataire, lequel se trouvera face au dilemme de reconnaître son incompétence ou de ne pas défendre les intérêts de son mandant.

3 ATF 4A\_517/2014 du 2 février 2015, cons. 4.2.

4 Arrêt du 3 juin 2015, 4D\_13/2015, cons. 7.

5 TC VD, arrêt du 16 décembre 2013, Fiches ASLOCA 1214.

La question de savoir si l'interrogatoire des parties est un moyen de preuve à part entière est contestée<sup>6</sup>. Il est néanmoins constant que, en raison de la partialité de leurs auteurs, les dépositions des parties, faites lors de leur interrogatoire n'ont qu'une faible force probante et doivent être corroborées par un autre moyen de preuve<sup>7</sup>.

Lors de son interrogatoire, une partie peut affirmer un fait qui lui est favorable. Même si elle est exhortée à dire la vérité et peut être punie si elle est convaincue de mensonges délibérés, le Tribunal ne peut fonder son jugement sur un tel fait, alors qu'il est contesté et non prouvé<sup>8</sup>.

Par ailleurs, s'il n'est pas arbitraire en soi de prendre en compte la déposition d'un témoin enclin à soutenir les intérêts d'une partie<sup>9</sup>, l'appréciation du témoignage du mandataire sera particulièrement délicate. Par la force des choses, ce dernier, pour rester loyal envers son mandant, devra avouer son incompétence. Apparemment, cela n'a pas posé de difficulté au consultant ASLOCA dans l'affaire dont il est ici question.

En refusant de tenir compte d'une vraisemblance qui confine à la certitude, le Tribunal fédéral a fermé la porte à tout moyen d'établir objectivement la connaissance effective de son droit par le locataire. Le bailleur, qui supporte le fardeau de la preuve, est ainsi condamné à s'en remettre aux déclarations que sa partie adverse voudra bien faire pour soutenir sa propre cause.

Face à de telles perspectives, il va sans dire que le respect par le bailleur de son obligation de joindre au bail la formule officielle de notification du loyer initial est plus important que jamais. Dès lors que le bailleur supporte aussi la preuve de la remise au locataire de cette formule, et nonobstant la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui présume qu'elle est jointe au bail lorsque celui-ci le mentionne<sup>10</sup>, il nous semblerait prudent que les bailleurs prennent désormais l'habitude de faire signer un exemplaire de la formule officielle par leurs locataires, et qu'ils le conservent dans leurs dossiers.

Isabelle Salomé Daïna, avocate associée, BMG Avocats

6 Pro: François Bohnet, CPC annoté, Neuchâtel 2016, N1 ad art. 191; Roesler/Romina/Carcagni SHK ZPO, Berne 2010, N2 ad art. 191; Contra: Philippe Schweizer, Commentaire romand CPC, 2011, N3 ad art. 192.

7 Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au CPC, p. 6394; Roesler/Romina/Carcagni, op. cit. N3 ad art. 191; Alfred Buehler, BeK ZPO, Berne 2012, N21 ad art. 191 et 192.

8 Philippe Schweizer, op. cit. N3, ad art. 192.

9 François Bohnet, op. cit. N5 *in fine*, ad art. 157.

10 ATF 4A\_298/2015, cons. 4.2.