

# **BGer 4A\_185/2008 vom 24. September 2008**

Bundesgericht, 2008-09-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_185\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_185_2008)

FR: TF 4A\_185/2008 du 24 septembre 2008

IT: TF 4A\_185/2008 del 24 settembre 2008

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Interjeté par la recourante qui a été déboutée de ses conclusions ( art. 76 al. 1 LTF ) et dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ) par une autorité cantonale de dernière instance ( art. 75 al. 1 LTF ) dans une affaire dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 15'000 fr. (cf. art. 51 al. 4 LTF ; ATF 118 II 422 consid. 1) déterminant dans les causes de droit du bail à loyer ( art. 74 al. 1 let. a LTF ), le présent recours en matière civile est en principe recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai, compte tenu des fêtes ( art. 46 al. 1 let. a et art. 100 al. 1 LTF ), et la forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi.

### **E. 1.2**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral ( art. 95 let. a LTF ), y compris les droits constitutionnels ( ATF 134 III 379 consid. 1.2 p. 382). Saisi d'un tel recours, le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ) sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), que le recours ne peut critiquer que s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 134 V 53 consid. 4.3) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF , et pour autant que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). En l'occurrence, les considérations factuelles présentées par la recourante ne seront prises en compte que si elles ressortent de l'arrêt entrepris ou si celle-ci démontre qu'une exception telle que définie ci-dessus est réalisée.

### **E. 1.3**

Le Tribunal fédéral n'est lié ni par les moyens invoqués par les parties ni par l'argumentation juridique retenue par la juridiction cantonale; il peut dès lors admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par la partie recourante, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 134 III 102 consid. 1.1 p. 104).

## **E. 2**

Invoquant l'art. 19 al. 1 et 3 de l'ordonnance fédérale sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990 (OBLF; RS 221.213.11), l' art. 11 al. 2 CC , le pouvoir de cognition étendu du juge en cas de vice de forme ainsi que l' art. 270 al. 2 CO , la recourante reproche en substance à la cour cantonale d'avoir violé le droit fédéral en ignorant que l'intimée n'avait indiqué, sur l'avis officiel, ni l'ancien locataire ni le montant de l'ancien loyer, vice qui aurait pour conséquence la nullité du loyer initial et l'obligation pour le juge de le fixer à nouveau sur la base des éléments de preuve fournis par les parties ainsi que les circonstances du cas.

### **E. 2.1**

Dans le canton de Genève, le bailleur a l'obligation de communiquer au locataire le montant du loyer antérieurement perçu; à cette fin, il doit user d'une formule agréée par l'autorité (cf. art. 270 al. 2 CO et art. 24 de la loi genevoise d'application du code civil et du code des obligations du 7 mai 1981 [LaCC/GE; RSG E 1 05]).

Lorsqu'un appartement fait l'objet d'une première location, il convient de faire figurer sur la formule officielle qu'il n'y a pas de précédent locataire et qu'il s'agit d'une première location, en lieu et place du précédent loyer. La situation est analogue lorsque la chose louée n'est plus la même par rapport au précédent bail, c'est-à-dire lorsque le logement a subi des transformations telles que sa surface s'en trouve notablement modifiée ou que le nombre de pièces n'est plus identique (sur la notion de "même chose" au sens de l' art. 270 al. 1 let. b CO , cf. arrêt 4C.169/2002 du 16 octobre 2002, reproduit in MietRecht Aktuell [MRA] 2003 p. 1, consid. 3.2 p. 5 s.). En revanche, des travaux d'entretien ou de rénovation plus ou moins lourds ne permettent pas à eux seuls de considérer qu'il s'agit d'une première location. L'indication du montant du précédent loyer sur la formule officielle est alors impérative (FETTER, La contestation du loyer initial, Etude de l'article 270 CO, thèse Berne, Berne 2005, n. 189 p. 87; contra HIGI, Commentaire zurichois, n. 56 ad art. 270 CO ).

S'il advient que cette communication soit omise entièrement, différée plus de trente jours après la délivrance des locaux ou entachée d'un vice de forme, le contrat est nul en tant qu'il détermine le loyer ( ATF 124 III 62 p. 64 in initio; 121 III 56 consid. 2c p. 58; 120 II 341 consid. 5b à 5d p. 348). En pareille situation, même si aucune des conditions particulières de l' art. 270 al. 1 let. a ou b CO n'est réalisée, le locataire peut saisir d'abord l'autorité de conciliation, puis le juge, en vue de faire fixer le loyer (cf. arrêt 4C.428/2004 du 1er avril 2005, reproduit in SJ 2006 I 19, consid. 3.1).

## **E. 2.2**

En l'espèce, il a été constaté en fait que l'avis officiel de fixation du loyer ne mentionnait pas le montant du loyer payé par l'ancien locataire et il n'apparaît pas que l'appartement litigieux ait subi des rénovations telles qu'il ne s'agisse plus de la "même chose", de sorte que l'indication, sur la formule officielle, de l'ancien loyer du logement en question était nécessaire.

Or, dans un avis de ce genre, avec l'indication des motifs d'une éventuelle hausse, l'indication du loyer antérieur est essentielle pour permettre au nouveau locataire de se déterminer en toute connaissance de cause et de choisir entre contester le loyer convenu ou, au contraire, s'en accommoder ( ATF 121 III 364 consid. 4b p. 366 et les arrêts cités). Par conséquent, même si le locataire reçoit l'information manquante par une autre voie, l'absence de l'indication du loyer antérieur, dans l'avis de fixation du loyer initial, constitue un vice dirimant de la communication régie par l' art. 270 al. 2 CO (cf. ATF 120 II 341 consid. 5b p. 348).

En l'occurrence, il s'ensuit donc la nullité partielle du contrat litigieux pour ce qui est de la fixation du montant du loyer initial.

Cela étant, l'intimée plaide vainement que la recourante commettrait un abus de droit en invoquant le vice de forme en question. A cet égard, elle allègue d'ailleurs à tort que son adverse partie l'aurait fait pour la première fois devant le Tribunal fédéral, dès lors qu'il ressort de l'état de fait de la décision entreprise que devant la Commission de conciliation, la recourante avait également relevé que l'avis officiel de fixation du loyer lors de la conclusion du nouveau bail qui lui avait été présenté ne comportait pas l'indication du

dernier loyer annuel. Quoi qu'il en soit, il n'apparaît pas que la recourante ait eu conscience d'emblée du vice de forme et qu'elle se soit abstenue intentionnellement de le faire valoir immédiatement afin d'en tirer avantage par la suite, conditions auxquelles un abus de droit aurait le cas échéant pu entrer en considération (cf. ATF 123 III 70 consid. 3c p. 75; 113 II 187 consid. 1b; plus récemment arrêt 4C.428/2004 du 1er avril 2005, reproduit in SJ 2006 I 19, consid. 3.1).

### **E. 2.3**

En cas de nullité partielle du contrat pour ce qui est de la fixation du montant du loyer initial, le juge a l'obligation de compléter le contrat.

La jurisprudence prévoit que le juge appelé à fixer le loyer initial doit fonder sa décision sur toutes les circonstances du cas (arrêt 4C.428/2004 du 1er avril 2005, reproduit in SJ 2006 I 19, consid. 3.1). Les facteurs à prendre en considération comprennent notamment le montant admissible selon l'art. 269 CO, les loyers non abusifs pratiqués dans le quartier et le loyer payé par le précédent locataire (ATF 120 II 341 consid. 6c p. 351; cf. également ATF 124 III 62 consid. 2b p. 64), étant précisé que ce dernier critère n'entre en général en ligne de compte que lorsque le juge ne dispose pas des éléments lui permettant de procéder à un calcul de rendement (arrêt 4C.274/1997 du 27 avril 1998, reproduit in SJ 1998 p. 718, consid. 4b/aa p. 720). Le juge exerce un pouvoir d'appréciation plus étendu que dans la procédure en contestation d'un loyer communiqué selon les formes prescrites; il n'a pas à limiter son intervention au cas où le loyer convenu par les parties est abusif. Le loyer convenu constitue la limite supérieure du loyer à fixer. Conformément aux règles de la bonne foi, le bailleur ne peut en effet pas réclamer plus que la contre-prestation pour laquelle il était prêt à louer les locaux à l'origine. Il ne doit pas non plus tirer un bénéfice du vice qui lui est imputable et se trouver dans une situation plus favorable que s'il avait observé les formes requises. De ce point de vue, il incombe au juge d'examiner si le bailleur n'a pas omis de recourir à la forme prescrite de manière abusive, afin d'empêcher toute contestation de la part du locataire. Face à un tel procédé, il peut alors se justifier, en cas de différence sensible entre le loyer convenu et celui antérieurement perçu, de fixer le loyer initial à la hauteur de ce dernier, par application analogique de l'art. 269d CO (ATF 120 II 341 consid. 6c p. 351; cf. également ATF 124 III 62 consid. 2b p. 64). Ces principes valent sous réserve de circonstances particulières (arrêt 4C.274/1997 du 27 avril 1998, reproduit in SJ 1998 p. 718, consid. 4b/aa p. 720), et il faut en particulier prendre en considération l'éventuelle rénovation de la chose louée (cf. SVIT-Kommentar Mietrecht, 3e éd., Zurich 2008, n. 37 ad art. 270 CO, p. 672 in fine).

Dès lors qu'en l'occurrence, la fixation du loyer était entachée d'un vice de forme et, partant, frappée de nullité, les autorités cantonales auraient dû appliquer la méthode rappelée ci-dessus pour déterminer le loyer adéquat, en fonction de toutes les circonstances du cas, sans se limiter aux moyens invoqués par les parties - étant précisé que la situation diffère de celle où le juge doit uniquement examiner le caractère potentiellement abusif d'un loyer non nul, hypothèse dans laquelle il restreint son examen aux facteurs invoqués par les parties (cf. ATF 121 III 364 consid. 4c), raison pour laquelle l'argumentation de l'intimée fondée notamment sur l'art. 274d al. 3 CO ne résiste pas à l'examen. En ne le faisant pas, elles ont violé le droit fédéral. Dès lors, il convient d'admettre le recours, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer l'affaire à la cour cantonale pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants, à la lumière de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment en tenant compte de la rénovation de l'appartement litigieux.

Il y a encore lieu de préciser qu'alors même qu'en l'espèce, le loyer a été soumis au contrôle étatique prévu par la LDTR/GE, la cause doit être examinée au regard des art. 269 ss CO . En effet, le droit cantonal n'entre pas du tout en ligne de compte. Sous l'angle de la primauté du droit fédéral, les cantons ne peuvent pas intervenir dans les relations entre bailleur et locataire - étant précisé que les cantons demeurent cependant libres d'édicter des mesures destinées à combattre la pénurie sur le marché locatif, par exemple en soumettant à autorisation la démolition, la transformation et la rénovation de maisons d'habitation ( ATF 131 I 333 consid. 2.2. p. 336). La LDTR/GE ne saurait donc empiéter sur un domaine régi par le droit fédéral et en entraver l'application ( ATF 116 Ia 401 consid. 4b/aa; plus récemment arrêt 4C.139/1996 du 13 mars 1997, reproduit in SJ 1997 p. 495, consid. 3b/aa p. 495 s.).

### **E. 3**

Compte tenu de l'issue du litige, les frais et dépens sont mis à la charge de l'intimée, qui succombe ( art. 66 al. 1 et art. 68 al. 1 LTF ). Comme la recourante a obtenu l'assistance judiciaire, les honoraires de son avocat d'office, fixés dans le dispositif du présent arrêt, seront supportés par la Caisse du Tribunal fédéral au cas où les dépens ne pourraient être recouverts (cf. art. 64 al. 2 in fine LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.