

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/27773/2006

ACJC/1040/2008

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre d'appel en matière de baux et loyers**

**AUDIENCE DU LUNDI 8 SEPTEMBRE 2008**

Entre

**X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_**, appelants d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 3 décembre 2007, comparant par l'ASLOCA, rue du Lac 12, case postale 6150, 1211 Genève 6, en les bureaux de laquelle ils font élection de domicile,

d'une part

et

**Z\_\_\_\_\_ SA**, intimée

d'autre part

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du

---

## **EN FAIT**

- A.** Par jugement du 3 décembre 2007, communiqué aux parties le 10 décembre 2007, le Tribunal des baux et loyers a ordonné la rectification de la qualité de la partie bailleuse, soit Z\_\_\_\_\_ SA en lieu et place de A\_\_\_\_\_ SA et a déclaré irrecevable la requête en contestation du loyer initial formée par X\_\_\_\_\_ le 9 novembre 2006. Il a débouté les parties de toutes autres conclusions.

Le Tribunal a considéré que X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_, en tant que colocataires, n'avaient pas valablement contesté le loyer initial, dès lors qu'ils n'avaient pas saisi conjointement la Commission de conciliation, seule X\_\_\_\_\_ ayant rédigé et signé le formulaire idoine. La ratification ultérieure de cette démarche par Y\_\_\_\_\_, survenue après le délai de 30 jours prévu à l'art. 270 CO, était tardive et donc dénuée d'effet.

- B.** Dans leur acte d'appel, expédié le 24 janvier 2008 au greffe de la Cour, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ concluent à l'annulation du jugement entrepris et à ce que le dossier soit renvoyé au Tribunal pour qu'il poursuive l'instruction de l'affaire et statue sur le fond de la demande ou si mieux n'aime la Cour, à ce que celle-ci déclare leur requête recevable, constate la nullité de l'avis de fixation du loyer initial, prononce que le loyer annuel de 11'400 fr., charges non comprises, est abusif, le fixe dès lors à 6'000 fr. par année dès le 16 octobre 2006, condamne la bailleuse à restituer aux locataires le trop-perçu et réduise la garantie bancaire à 1'500 fr., le surplus devant être restitué aux locataires.

Aux termes de son mémoire de réponse du 25 février 2008, Z\_\_\_\_\_ SA conclut à la confirmation du jugement entrepris avec suite de dépens.

- C.** Les faits suivants résultent de la procédure :

**a.** X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ sont titulaires d'un bail conclu le 11 octobre 2006 initialement avec A\_\_\_\_\_ SA, portant sur un appartement de 2 pièces situé au 4ème étage de l'immeuble sis boulevard \_\_\_\_\_. Le contrat a été conclu avec effet au 16 octobre 2006.

Y\_\_\_\_\_ est le père de X\_\_\_\_\_.

Même si le contrat mentionne que les précités agissent conjointement et solidairement entre eux, la mention « garant » figure immédiatement après le nom de Y\_\_\_\_\_.

Le loyer annuel a été fixé à 11'400 fr., soit 950 fr. par mois, charges non comprises.

---

L'art. 7 des clauses particulières stipule que : "*Le locataire déclare avoir reçu lors de la signature du bail, l'avis officiel de fixation du loyer*".

**b.** L'avis de fixation du loyer initial produit est daté du 11 octobre 2006 et signé par X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ à l'exclusion de la régie mandataire. Il mentionne que le précédent loyer, fixé à 8'220 fr. depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2002, a été augmenté à 11'400 fr. en application de l'art. 269a let. a CO. L'avis indique par ailleurs que le taux hypothécaire est de 3% et l'ISPC de 100.3 (septembre 2006, base 12/2005).

**c.** Le 9 novembre 2006, X\_\_\_\_\_ a rempli et envoyé le formulaire usuel de contestation du loyer initial au greffe de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers. Y\_\_\_\_\_ n'est pas mentionné sur ce document. Il n'a pas davantage signé le formulaire en question. X\_\_\_\_\_ a indiqué que les clés du logement lui avaient été remises le 14 octobre 2006, ce qui n'a pas été contesté. Elle a motivé sa démarche par le caractère abusif du nouveau loyer et a conclu à ce qu'il soit ramené à 6'000 fr. par an, le trop-perçu devant lui être restitué de même que la garantie réduite à due concurrence. Elle a sollicité préalablement la présentation d'un calcul de rendement. Elle a joint une copie du bail et de l'avis de fixation du loyer initial.

**d.** La cause a été déclarée non conciliée le 26 avril 2007 puis introduite le 29 mai 2007 devant le Tribunal. A cette occasion, la requête a été complétée par un mémoire de l'ASLOCA, laquelle s'est constituée pour la défense des intérêts de X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_. Les mêmes conclusions ont été reprises. Tant A\_\_\_\_\_ SA que Z\_\_\_\_\_ SA ont été assignées, en raison du changement de raison sociale de la société survenu le 26 février 2007. Aucun grief n'a été soulevé au sujet de la validité formelle de l'avis de fixation du loyer initial.

**e.** Par mémoire du 27 août 2007, la bailleresse s'est opposée à la présentation d'un calcul de rendement vu l'âge de l'immeuble (entre 1921 et 1946) et a conclu au déboutement des locataires. Elle n'a pas soulevé de griefs au sujet de la recevabilité de la requête.

**f.** Les parties ont persisté dans leurs conclusions aux termes de nouvelles écritures des 5 et 11 octobre 2007, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ faisant valoir que la bailleresse était en mesure de présenter un calcul de rendement, et ont sollicité l'ouverture d'enquêtes.

**g.** La cause a été gardée à juger au terme de l'audience de plaidoiries du 15 octobre 2007.

**D.** L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

---

## EN DROIT

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 443, 30 al.1 lit. c et art. 444 LPC).
2. Les dernières conclusions prises en première instance ayant porté sur une contestation ayant trait à la protection contre les loyers abusifs, le Tribunal a statué en dernier ressort. Seul est en conséquence ouvert l'appel extraordinaire en violation de la loi (art. 292 LPC), dans le cadre duquel la Cour est liée par les faits constatés par le Tribunal, sous réserve d'une appréciation juridique erronée d'un point de fait (art. 292 al. 1 let. d LPC), à savoir manifestement insoutenable, en contradiction formelle avec les preuves recueillies et causale dans la décision incriminée (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile, ad art. 445, n. 2; ad art. 292, n. 6 ss).

Pour examiner les griefs allégués, la Cour se place dans la situation où se trouvait le premier juge lorsqu'il a rendu sa décision, ce qui implique la prohibition d'allégués ou de moyens de preuve nouveaux, pour autant que l'ordre public ne soit pas en cause ou qu'il ne s'agisse pas de faits dont les tribunaux doivent connaître d'office (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., et les réf. citées).

La Cour apprécie librement le droit dans le cadre des moyens que lui présentent les parties (SCHMIDT, Le pouvoir d'examen en droit de la Cour en cas d'appel pour violation de la loi, SJ 1995 p. 521 ss).

3. Les appelants invoquent la nullité de l'avis de fixation du loyer initial, dès lors que celui-ci n'a pas été signé par la bailleuse, respectivement sa régie mandataire. Ils font valoir que s'agissant d'un cas de nullité absolue, celle-ci devait être constatée d'office par le Tribunal, indépendamment de la question de savoir si l'action formée par X\_\_\_\_\_ était recevable ou non.

**3.1** A teneur de l'art. 270 al. 2 CO, en cas de pénurie de logements, les cantons peuvent rendre obligatoire, sur tout ou partie de leur territoire, l'usage de la formule officielle mentionnée à l'art. 269d CO pour la conclusion de tout nouveau bail. Tel est le cas à Genève (art. 94B LACC). Par conséquent, pour être valable à la forme, l'avis de fixation du loyer initial doit contenir l'ensemble des informations requises par la loi et respecter les exigences de l'art. 269d CO, complété par l'art. 19 OBLF, lequel est applicable par analogie à la fixation du loyer initial (art. 19 al. 3 OBLF). Un vice de forme dans la notification du loyer initial entraîne la nullité de celui-ci, conformément à l'art. 20 al. 2 CO.

La nullité partielle pour vice de forme se constate d'office, est originaire et intervient de plein droit (ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2ème éd., p. 262; SJ 2006 I p. 20). Le locataire peut donc la faire valoir en tout temps, même

---

s'il n'a pas contesté à temps le loyer initial sous la seule réserve de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC; SJ 2006 I p. 19 et ss; Cahiers du bail 3/2005, p. 92 et ss; LACHAT, Le bail à loyer, 1997, p. 263). Une contestation portant sur la validité formelle de la fixation du loyer initial peut donc être formée indépendamment du respect des conditions de recevabilité prévues à l'art. 270 al. 1 CO (SJ 2006 I p. 20).

Selon la doctrine, la nullité absolue d'un congé, par exemple pour vice de forme, peut être invoquée par chaque colocataire seul lorsqu'elle est soulevée sous forme d'exception. En revanche, lorsque cette nullité est invoquée dans le cadre d'une action en contestation de droit, tous les colocataires doivent agir en commun en tant que consorts nécessaires (MICHELI, Les colocataires dans le bail commun, 8ème Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, 1994, p. 13). Il doit en aller de même du vice de forme invoqué dans le cadre d'une action en contestation du loyer initial, laquelle, à l'instar de la contestation du congé, correspond à l'exercice d'un droit formateur (JACQUEMOUD ROSSARI, Jouissance et titularité du bail ou quelques questions choisies en rapport avec le bail commun, Cahiers du bail 4/99, p. 99).

Il convient donc en premier lieu d'examiner la nature du lien contractuel liant les appelants, en particulier si ceux-ci sont liés par un bail commun ou non.

**3.2** Le bail à loyer est conclu généralement entre deux cocontractants. Il se peut toutefois que le bail soit conclu avec plusieurs locataires. Il s'agit alors d'un bail commun. Un tel contrat implique la cession de l'usage des locaux aux colocataires conformément à la définition prévue à l'art. 253 CO (ATF 4C.103/2006 du 3 juillet 2006). Les colocataires forment alors une consorité nécessaire comme on l'a vu supra, notamment pour l'exercice des droits formateurs relatifs au rapport d'obligation. En effet, les colocataires constituent une seule et même partie au contrat et le rapport juridique ne peut être modifié qu'une seule fois et pour tous les contractants.

Il n'y a pas bail commun mais reprise cumulative de dette lorsqu'une personne s'engage, à côté du locataire, uniquement comme débitrice solidaire du loyer, en excluant d'occuper elle-même les locaux. Les circonstances déterminantes à prendre en considération dans le cadre d'une interprétation subjective ou objective du contrat, sont celles qui ont précédé ou accompagné la conclusion du contrat, à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 4C.103/2006 du 3 juillet 2006). Dans certains cas, un contrat de cautionnement peut également être retenu lorsque le débiteur qui s'engage n'a pas un intérêt propre et marqué à l'exécution de l'obligation. C'est en particulier le cas s'il se contente d'intercéder en faveur du débiteur initial, par exemple lorsqu'il garantit la bonne exécution des obligations d'un proche dont la solvabilité pourrait être douteuse (SJ 2002 p. 574; arrêt du Tribunal fédéral du 23 septembre 2003, 4C.136/2003, consid. 2.6 et 2.8;

---

MEIER, Commentaire romand, ad art. 492, n. 32; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 1997, p. 904; Das schweizerische Mietrecht, SVIT Kommentar, 2008, p. 6, n. 13).

La reprise cumulative de dette résulte de la liberté contractuelle. Le reprenant se constitue débiteur aux côtés de l'obligé (et non pas pour le débiteur comme dans l'hypothèse d'un cautionnement), de sorte que le créancier se trouve pourvu de deux débiteurs solidaires au sens des art. 143 et ss CO (ENGEL, op. cit., p. 902-904). Chaque débiteur peut alors faire valoir contre le créancier les exceptions qui résultent de la cause ou de l'objet, c'est-à-dire le contenu de l'obligation solidaire (art. 145 CO), le terme « exception » couvrant les moyens de défense au sens large, exceptions, droits formateurs et objections. Il s'agit notamment des exceptions tirées de la nullité pour vice de forme ou de l'art. 20 CO (ROMY, Commentaire romand, ad art. 145, n. 1 et 4). Lorsqu'un tiers intervient au bail pour garantir la solvabilité du locataire, par exemple lorsqu'il s'oblige à répondre solidairement du paiement du loyer par le titulaire du contrat, celui-ci n'est pas un colocataire du bailleur et ne dispose dès lors pas d'autres droits ou obligations issus du contrat (Das schweizerische Mietrecht, SVIT Kommentar, 2008, p. 6).

**3.3** En l'espèce, les parties s'accordent à dire que Y\_\_\_\_\_ n'a signé le bail qu'en tant que garant des obligations de sa fille, laquelle occupe seule le logement considéré. La mention « garant » figure du reste expressément à côté du nom de Y\_\_\_\_\_ sur le contrat conclu par les parties. Le logement n'était donc pas destiné à être occupé également par le père de la locataire, ce que le Tribunal a d'ailleurs relevé. Cette constatation n'est pas remise en cause et lie la Cour, vu le caractère extraordinaire de l'appel. Il en résulte que les parties ne sont pas liées par un bail commun. X\_\_\_\_\_ est titulaire de l'ensemble des droits et obligations du bail. Y\_\_\_\_\_ est quant à lui lié par un contrat de reprise cumulative de dette voire de cautionnement à l'égard de la bailleuse, portant sur le paiement du loyer.

Il en résulte que X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ne forment pas une consorité matérielle nécessaire. X\_\_\_\_\_ a donc valablement saisi seule la Commission de conciliation, puis le Tribunal des baux et loyers. Une action conjointe avec son père n'était donc pas nécessaire.

En retenant l'existence d'une consorité matérielle nécessaire, le Tribunal n'a dès lors pas fait une application correcte de la loi et le jugement entrepris devra être annulé sur ce point.

**3.4** L'action étant recevable, il convient d'entrer en matière sur le grief tiré de la nullité de l'avis soulevé par la locataire, les deux parties s'étant prononcées sur le sujet dans leurs écritures d'appel.

Ainsi, la fixation du loyer initial est nulle lorsque la formule officielle n'a pas été remise au locataire, lorsque le montant de l'ancien loyer et/ou du nouveau loyer n'a pas été indiqué, lorsque les motifs précis de la hausse ne sont pas mentionnés, lorsque la date d'entrée en vigueur de la hausse n'a pas été précisée ou lorsque la notification du loyer est accompagnée d'une menace de résiliation du bail. L'avis doit également informer le locataire de la possibilité de contester le loyer et indiquer l'autorité compétente de même que la procédure à suivre.

Il résulte des travaux préparatoires que l'art. 270 al. 2 CO a surtout pour but d'assurer au nouveau preneur une information adéquate sur le loyer précédent ainsi que sur les possibilités et la procédure de contestation du loyer initial. La mention de l'ancien loyer et la motivation contenues dans la formule officielle doivent permettre au locataire de saisir la portée et la justification de la majoration, de manière à ce qu'il puisse décider, en toute connaissance de cause, de contester le nouveau loyer ou de s'en accommoder (ATF 120 II 348 consid. 5a, 5b et 5d).

Lorsqu'il retient la nullité de l'avis, le juge doit alors déterminer le loyer initial en se fondant sur toutes les circonstances du cas. Jouissant d'un pouvoir plus étendu que dans la procédure en contestation d'un loyer fixé selon les formes prescrites, le juge n'a pas à restreindre son examen au caractère abusif ou non du loyer convenu par les parties (ATF 120 II 349, consid. 5 d.; cf. ég. ATF 124 III 62 et ss).

Il découle de la jurisprudence fédérale relative aux majorations de loyer que la forme écrite que doit revêtir l'avis y relatif s'étend à sa signature. Le but d'information des droits du locataire découlant de la hausse de loyer n'exclut ainsi pas la signature qui constitue un élément important de la forme, lorsque sans cela, l'identité du déclarant ou le contenu de la déclaration demeureraient peu clairs. Il est nécessaire de pouvoir attribuer la déclaration à une personne pouvant être identifiée sans ambiguïté (HIGI, Zürcher Kommentar, no 203/206, ad art. 269d CO). Dans le cadre de relations écrites, la signature autographe permet normalement une telle attribution claire. Elle est donc en principe nécessaire, sous réserve de l'exception prévue à l'art. 14 al. 2 CO, non applicable en matière de bail faute d'un usage reconnu (CdB 2003 p. 97, consid. 3.4 et 3.5; arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 2003, 4C.110/2003).

Dès lors que les raisons avancées pour justifier le respect strict des règles de forme en matière de majoration de loyer en cours de bail sont également valables lors du changement de locataire (ATF 121 III 366), l'absence de la signature du bailleur sur l'avis communiqué au locataire pour signature constitue un vice qui affecte la validité de cette communication (ACJ no 134/2007 du 5 février 2007 dans la cause C/5794/2005; LACHAT, Commentaire romand, ad art. 269d, n. 8;

---

Das schweizerische Mietrecht, SVIT Kommentar, op. cit., ad art. 269d, p. 639; arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 2003, 4C.110/2003).

**3.5** En l'espèce, l'avis de fixation du loyer initial a été signé par les appelants à l'exclusion de la bailleuse ou de l'un de ses représentants. L'intimée ne le nie du reste pas. Ainsi, le défaut de notification d'une formule officielle en fixation du loyer initial dûment valable, devrait conduire à la nullité de la fixation du loyer en vertu de l'art. 20 al. 2 CO.

**3.6** Il convient toutefois d'examiner si les appelants n'ont pas invoqué cette nullité de manière abusive, étant rappelé que l'abus de droit s'examine d'office, sans que la partie qui désire s'en prévaloir doive soulever une exception (Cahiers du bail 3/05, p. 94 et ss et réf. citées). A notamment été considéré comme abusif le comportement du locataire qui, après s'être rendu compte du vice de forme résultant de la non-utilisation de la formule officielle, s'était abstenu de protester dans le dessein d'en tirer ultérieurement profit. Se rend également coupable d'un abus le locataire qui connaît le vice de forme et s'abstient de protester jusqu'au moment où le Tribunal doit statuer sur son expulsion (ACJ no 533/2007 du 7 mai 2007).

**3.7** En l'espèce, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ n'ont pas invoqué la nullité de l'avis devant les premiers juges alors qu'ils étaient déjà assistés d'un conseiller juridique rompu au droit du bail à tout le moins depuis l'introduction de l'action devant le Tribunal, laquelle porte de surcroît précisément sur la fixation du loyer initial. L'absence de signature sur l'exemplaire remis par le bailleur n'a donc pas pu échapper à leur conseil. Ce grief n'a cependant été soulevé qu'à réception du jugement constatant l'irrecevabilité de leur requête. Une telle attitude est constitutive d'un abus de droit. La nullité de l'avis de fixation du loyer initial ne sera donc pas retenue.

- 4.** L'appel est néanmoins admis en partie et la cause ainsi retournée aux premiers juges en vue de statuer sur le bien-fondé du loyer en litige afin de respecter le double degré de juridiction.
- 5.** L'intimée qui succombe essentiellement sera condamnée au paiement d'un émolument de 300 fr. envers l'Etat (art. 447 al. 2 LPC).
- 6.** Au vu des conclusions devant la Cour, la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 fr. (celle-ci correspondant à la différence entre le loyer contesté, soit 11'400 fr. et le loyer réclamé par les appelants, soit 6'000 fr., multiplié par vingt, art. 51 al. 4 LTF).

\* \* \* \* \*

---

**PAR CES MOTIFS,**

**LA COUR :**

**A la forme :**

Reçoit l'appel interjeté par X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ contre le jugement JTBL/1572/2007 rendu par le Tribunal des baux et loyers le 3 décembre 2007 dans la cause C/27773/2006-1-L.

**Au fond :**

Annule ce jugement.

Retourne la cause au Tribunal des baux et loyers pour compléter l'instruction dans le sens des considérants et nouvelle décision.

Condamne Z\_\_\_\_\_ SA à verser à l'Etat de Genève un émolument de 300 fr.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Siégeant :**

Monsieur François CHAIX, président; Mesdames Marguerite JACOT-DES-COMBES et Florence KRAUSKOPF, juges; Mesdames Nathalie THURLER et Nathalie LANDRY, juges assesseurs; Madame Muriel REHFUSS, greffier.

Le président :

François CHAIX

Le greffier :

Muriel REHFUSS

**Indication des voies de recours :**

*Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.*

*Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.*

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr (cf. consid. 6 supra).*