

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/6745/2013

ACJC/1503/2015

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 7 DECEMBRE 2015

Entre

A _____ SA, ayant son siège _____, Genève, appelante et intimée sur appel joint contre un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 10 décembre 2014, pour adresse et représentée par GRANGE & CIE SA, agence immobilière, chemin de Grange-Canal 21-23, case postale 6180, 1211 Genève 6, en les bureaux de laquelle elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Madame B _____ et **Monsieur C _____**, domiciliés _____, Genève, intimés et appelants sur appel joint, représentés par l'ASLOCA, rue du Lac 12, case postale 6150, 1211 Genève 6, en les bureaux de laquelle ils font élection de domicile aux fins des présentes.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 9 décembre 2015.

EN FAIT

- A. Par jugement du 10 décembre 2014, expédié pour notification aux parties le 12 décembre 2014, le Tribunal des baux et loyers (ci-après : le Tribunal) a fixé à 2'250 fr., charges non comprises, dès le 16 février 2012, le loyer mensuel de l'appartement de 3 pièces au _____ étage de l'immeuble sis 1_____ à Genève loué à B_____ et C_____ (chiffre 1 du dispositif), a condamné A_____SA à rembourser à B_____ et C_____ le trop perçu de loyer en découlant avec intérêt à 5% dès le 1^{er} juin 2013, date moyenne, (ch. 2), a dit que la garantie bancaire serait libérée en faveur de B_____ et C_____ en tant qu'elle dépasse trois mois du loyer fixé ci-dessus (ch. 3), a débouté B_____ et C_____ de leurs conclusions en exécution de travaux (ch. 4), a donné acte à A_____SA de ce qu'elle accordait à B_____ et C_____ un montant de 1'000 fr. pour solde de tout compte au titre de réduction de loyer pour les travaux intervenus en 2012 et a condamné A_____SA, en tant que de besoin, à verser ledit montant à B_____ et C_____ (ch. 5), a ordonné aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer à A_____SA la totalité des sommes consignées (compte _____) (ch. 6), a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 7), et a dit que la procédure était gratuite (ch. 8) et a indiqué les voies de droit.

En substance, les premiers juges ont retenu, s'agissant de la question litigieuse de la fixation du loyer, que l'avis de fixation du loyer initial était nul, car non motivé. La ratio legis de l'art. 270 CO n'était pas de vérifier la validité d'une éventuelle augmentation du loyer par rapport au loyer précédent, mais de vérifier si le loyer, tel que nouvellement fixé, excédait ou non la norme, afin d'éviter qu'un abus ne se perpétue au-delà du changement de locataires. Cela fait, il a estimé qu'il n'était pas possible de procéder à un calcul de rendement, la bailleresse n'ayant pas versé à la procédure l'intégralité des pièces requises. Le Tribunal a relevé que la structure foncière particulière de l'immeuble ne permettait en outre pas de déterminer le coût de revient de l'appartement objet de la présente procédure.

Le Tribunal a ainsi procédé à la fixation du loyer sur une base statistique, prenant en compte la moyenne entre les statistiques des baux nouvellement conclus et la statistique des loyers au mètre carré pour les baux en cours. Il a tenu compte d'une surface de 100.1 m². Considérant que l'appartement disposait de deux terrasses, de deux salles de bains et qu'il se situait au dernier étage d'un immeuble au centre ville proche du lac et des commodités, il a fixé *ex aequo et bono* le loyer à 2'250 fr., charges non comprises, avec effet au début du bail.

- B. a. Par acte expédié le 30 janvier 2015 à la Cour de justice, A_____SA (ci-après : la bailleresse) forme appel contre ce jugement. Elle conclut à l'annulation des chiffres 1, 2 et 3 du dispositif et à ce que les locataires soient déboutés de toutes leurs conclusions en contestation du loyer initial. Elle conclut également à la confirmation du jugement pour le surplus, soit sur les questions

relatives aux demandes de travaux et réductions de loyer pour les travaux intervenus en 2012.

L'appelante conteste tout d'abord que les conditions de recevabilité, de la contestation du loyer initial, soient réalisées, considérant, d'une part, que c'est la hausse de loyer par rapport au loyer précédent qui doit être motivée, de telle sorte qu'à défaut d'une telle hausse, si l'avis de fixation du loyer initial n'est pas motivé, il n'est pas nul. D'autre part, elle fait valoir que les revenus des locataires sont confortables au point d'écarter toute situation de contrainte liée à la pénurie du logement. A titre subsidiaire, elle explique que, dans le cadre de l'application des statistiques, il convient de retenir celles plus significatives, soit celles déterminant le loyer moyen selon la surface, en lieu et place de la moyenne opérée par le Tribunal. Ce montant devait encore être majoré pour tenir compte des caractéristiques propres du logement, de telle manière à ce que le loyer soit finalement fixé à 2'750 fr. par mois.

Elle produit deux nouvelles pièces à l'appui de son appel, soit des formules officielles vierges de fixation du loyer initial dans les cantons de Vaud (pièce B) et de Fribourg (pièce C).

b. Dans leur réponse et appel joint du 5 mars 2015, B_____ et C_____ (ci-après : les locataires) concluent à ce que les pièces nouvellement produites par l'appelante soient déclarées irrecevables, à ce qu'il soit ordonné à cette dernière de produire le ou les acte(s) d'acquisition de différents lots et parts de copropriété et toute pièce pertinente permettant d'établir la part du prix de revient total de l'acquisition de la bailleuse qui correspond à l'appartement des locataires, et à ce qu'elle soit condamnée à produire un plan de l'appartement litigieux, précisant les surfaces. Sur le fond, les intimés concluent à l'annulation du chiffre 1 du jugement et à la fixation du loyer à 14'820 fr. par an, charges non comprises, avec effet au début du bail, et à ce qu'il soit dit que les chiffres 2 et 3 du jugement s'appliqueront audit loyer. A titre subsidiaire, ils concluent au renvoi de la cause au Tribunal pour instruction complémentaire.

Les intimés considèrent que la contestation du loyer initial est recevable. Ils font valoir que le calcul de rendement serait possible pour peu que l'on puisse déterminer quelle part du prix de revient total du prix d'acquisition correspond à l'appartement loué. A ce sujet, ils reprochent aux premiers juges de n'avoir pas sollicité la production de pièces complémentaires. Selon eux, le fait que la structure foncière particulière de l'immeuble soit compliquée n'est pas comparable au cas où le coût de revient ne peut être déterminé en raison du fait que l'acquisition immobilière serait ancienne. Ils relèvent par ailleurs que leur logement n'a pas une surface de 100.1 m², comme retenu par le Tribunal, mais d'environ 50 m², selon le plan produit par la bailleuse, ce qui modifie la fixation du loyer selon les statistiques. Enfin, ils expliquent que la *majoration ex aequo et*

bono de 365 fr. par mois, opérée par le Tribunal, serait arbitraire, le quartier des Pâquis n'étant pas réputé pour son standing et les terrasses étant mal orientées (nord-est).

c. Dans sa réponse à l'appel joint du 27 avril 2015, la bailleresse persiste dans ses précédentes conclusions sur l'appel principal et conclut au rejet de l'appel joint. Elle explique que le prix d'acquisition global de plusieurs biens immobiliers pour un montant de 72'560'000 fr. a eu lieu par voie d'enchères, de sorte qu'il n'existe pas d'acte d'acquisition notarié. Elle produit le tableau des ventes sur la base desquels l'adjudication a eu lieu, expliquant que l'estimation du logement litigieux s'élevait à 590'000 fr. et que le total des estimations faites par l'Office des poursuites du bien acquis aux enchères s'élevait à 40'870'000 fr. Elle explique que la PPE a été constituée sur un droit de superficie, conférant à l'ensemble une forme de propriété complexe. Quant à la question des surfaces, elle explique que le calcul des locataires est erroné, puisqu'il a été effectué sur la base d'un plan au 1/300 millièmes, qui n'est pas le plan original, et qui a été produit dans une version réduite, ce que la reproduction du timbre fiscal démontre.

Le tableau des ventes de l'Office des poursuites du 27 mars 2007 était joint.

d. Les intimés ont répliqué le 19 mai 2015, persistant dans leurs conclusions. Ils estiment que la surface totale de leur appartement, terrasses comprises, serait au maximum de 80 m², soit au maximum 65 m² sans les terrasses, la mention de 100.1 m² correspondant à une surface pondérée prenant en considération les parties communes de l'immeuble. La pièce nouvellement produite par la bailleresse était par ailleurs qualifiée d'inapte à déterminer le prix de revient de l'appartement litigieux.

e. Les parties ont été avisées le 12 août 2015 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments suivants résultent de la procédure :

a. Les parties sont liées par contrat de bail à loyer du 27 janvier 2012, portant sur un logement de 3 pièces n° _____ au _____ étage de l'immeuble sis 1 _____ à Genève.

Le contrat a été conclu pour une durée initiale de 5 ans et 15 jours, soit du 16 février 2012 au 28 février 2017, par la suite renouvelable tacitement de 5 ans en 5 ans.

Le loyer initial a été fixé à 36'000 fr. avec effet au 16 février 2012, par avis officiel de fixation du loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail du 30 janvier 2012, dont il ressort que le loyer du précédent locataire s'élevait déjà à 36'000 fr.

Aucune motivation ne figure sous la rubrique «*motif précis des prétentions ci-dessus*».

b. En vue de la location de ce logement, les locataires avaient complété des demandes de logement, laissant apparaître des revenus mensuels, hors bonus, de 80'150 fr.

c. Ni le bail, ni la formule de fixation du loyer, ni les demandes de logement ne mentionnent la surface de l'appartement loué.

d. Les locataires ont produit un plan de leur logement qui ne mentionne pas les surfaces. Si le plan est à l'échelle, et que les quelques mesures qui y figurent sont exactes, il en découlerait une surface totale, balcon compris, d'environ 70m².

La bailleresse a, quant à elle, produit un plan de l'étage, qui est toutefois une reproduction réduite (ce que la reproduction réduite du timbre fiscal confirme), de sorte que l'échelle qui y est mentionnée n'est pas utilisable.

Il ressort des cahiers de répartition une surface de 100.1 m². Ce cahier est toutefois produit de manière partielle et l'on ignore si la surface précitée a fait l'objet d'une vérification.

e. Dans le courant de l'année 2012, un litige est survenu entre les parties en lien avec un certain nombre de défaut et des demandes de réduction de loyer, qui ne sont plus litigieuses en appel.

f. Les locataires ont saisi la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, le 27 mars 2013, d'une requête en validation de consignation, en exécution de travaux et en réduction de loyer pour diminution d'usage, et le 8 avril 2013 d'une requête en fixation judiciaire du loyer, faisant valoir le défaut de motivation de l'avis de fixation du loyer initial.

Faute d'accord entre les parties, l'autorisation de procéder a été délivrée dans les deux procédures le 21 mai 2013 par la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, et introduite au Tribunal le 18 juin 2013.

g. Dans sa réponse du 10 septembre 2013, s'agissant de la question du loyer, la bailleresse a conclu à ce que les locataires soient déboutés de toutes leurs conclusions, considérant que leur requête était irrecevable, la formule officielle n'étant pas nulle. S'agissant du plan produit par les locataires, la bailleresse a confirmé que ce dernier correspondait à la distribution de l'appartement, étant précisé qu'aucune des parties n'a formulé d'allégués quant à la surface dudit logement.

h. Lors de l'audience du 17 décembre 2013 du Tribunal, la présente cause a été jointe à la cause C/7551/2013 relative à la question des défauts. Cette audience, de

même que celle du 29 avril 2014, à l'occasion de laquelle différents témoins ont été entendus, ont fait l'objet de questions liées aux défauts de la chose louée.

i. Par ordonnance du 23 juin 2014, le Tribunal a dit qu'il incombait à la baillesse de mettre à disposition des locataires les pièces justificatives afférentes aux charges de l'immeuble et lui a fixé un délai pour produire un calcul de rendement ainsi que déposer toutes les pièces requises, étant précisé que la liste des pièces attendues figurait dans les considérants de l'ordonnance, et que l'attention de la baillesse y était attirée sur les conséquences d'un refus de produire les pièces, à savoir l'indice de ce que le rendement serait abusif. Des délais de procédure, en particulier pour permettre aux locataires de se déterminer sur le calcul de rendement, ont également été fixés.

j. Par écriture du 26 août 2014, la baillesse a persisté à considérer que la contestation du loyer initial était irrecevable. S'agissant du calcul de rendement, elle a expliqué que l'appartement litigieux était le lot PPE n° _____ constitué sur un droit de superficie grevant un bien fond, lui-même constitué en plusieurs parts de copropriété. Elle avait acquis, en janvier 2008, toutes les parts de copropriété du bien-fonds, ainsi que plusieurs lots de copropriétés par étage du droit de superficie, pour un prix de revient total de 72'560'000 fr. entièrement investi au moyen de fonds propres. La baillesse a indiqué encore avoir exécuté des travaux d'amélioration pour plus de 2'000'000 fr. Elle a expliqué que compte tenu de la nature disparate des immeubles acquis en bloc, il n'était pas possible de reconstituer la valeur, respectivement le prix de revient de l'immeuble occupé par les locataires, sauf à répartir le prix d'acquisition selon une clé qui tiendrait compte de tous les paramètres qui font la valeur d'un bien immobilier. Aucune autre pièce que le plan du _____ étage de l'immeuble n'a été produite à l'appui de ces explications.

La baillesse a fait encore valoir que les charges d'exploitation de la PPE totaliseraient 162'971,20 fr. en 2011, ce qui correspondait, pour l'appartement des locataires, à 815 fr. (5 millièmes). A l'appui de ce qui précède, elle a produit un relevé non détaillé des charges d'exploitation de la copropriété pour les années 2010 à 2014, ainsi qu'une clé de répartition des charges de copropriété. La baillesse a expliqué encore que l'impôt immobilier complémentaire était notifié globalement selon la fiduciaire qui s'en occupait, le montant global pour tous les biens immobiliers s'élevant à 256'020 fr. pour l'année 2012. Elle a produit un bordereau d'impôt pour l'année 2012 ne comportant pas la feuille correspondant aux immeubles.

Elle a proposé d'évaluer le montant de l'investissement par extrapolation du loyer actuel et d'un rendement non abusif, l'investissement s'élevant ainsi à 1'400'000 fr. en fonds propres.

k. Par écriture du 16 septembre 2014, les locataires ont persisté dans leurs conclusions s'agissant de la nullité de l'avis de fixation du loyer initial. S'agissant du calcul de rendement, ils ont expliqué qu'un calcul de rendement pouvait être effectué et qu'il convenait de procéder à une répartition du coût de revient de l'ensemble des lots acquis pour la somme de 72'560'000 fr., soit un prix de revient pour l'appartement, compté à hauteur de 5 millièmes, soit 362'800 fr. Précisant qu'il n'était pas prouvé que le bien ait été acquis au moyen de fonds propres uniquement, et que les charges de l'appartement n'étaient pas non plus prouvées, il en découlait un rendement annuel de l'objet loué de 11'736 fr.

l. Les parties déposèrent des plaidoiries finales écrites le 21 octobre 2014 et ont persisté dans leurs précédentes explications.

D. L'argumentation juridique des parties sera examinée dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. 1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC). Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les contestations portant sur l'usage d'une chose louée sont de nature pécuniaire (arrêt du Tribunal fédéral 4C.310/1996 du 16 avril 1997 = SJ 1997 p. 493 consid. 1).

Lorsque l'action ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal détermine la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point ou si la valeur qu'elles avancent est manifestement erronée (art. 91 al. 2 CPC). La détermination de la valeur litigieuse suit les mêmes règles que pour la procédure devant le Tribunal fédéral (RETORNAZ in : Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel, 2010, p. 363; SPÜHLER BSK ZPO, 2^{em} éd. no 9 ad art. 308 CPC).

S'agissant de la contestation du loyer fixé au début du bail, la valeur litigieuse correspond à la différence entre le montant annuel du loyer initial tel que fixé dans le contrat de bail et le montant requis par l'appelant, sans les charges, multiplié par vingt (art. 92 al. 2 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 4A_475/2012 du 6 décembre 2012 consid. 1.1).

1.2 En l'espèce, la bailleresse conclut au maintien du loyer annuel du logement, charges non comprises, soit 36'000 fr. et les dernières conclusions des locataires visent à porter ce loyer à 14'820 fr., soit une différence de 21'180 fr.

La valeur litigieuse est ainsi largement supérieure à 10'000 fr. (21'180 fr. x 20 = 423'600 fr.).

1.3 L'appel et l'appel joint ont été interjetés dans les délais et suivant les formes prescrites par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1, 313 al. 3 CPC). Ils sont ainsi recevables.

1.4 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ, op. cit., p. 349 ss, n. 121).

2. 2.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 6 ad art. 317 CPC).

2.2 En l'espèce, la Cour retient que les pièces B et C produites en appel par la bailleuse sont des avis officiels de fixation du loyer initial vierges dans les cantons de Vaud et Fribourg, que la bailleuse pouvait fort bien produire à l'appui de son argumentation devant les premiers juges.

Quant à la pièce D, produite à l'appui de la réponse à l'appel joint, il s'agit d'une annonce de vente immobilière du 10 janvier 2007 de l'Office des poursuites, portant sur une vente immobilière qui s'est déroulée le 27 mars 2007. Il s'agit donc d'une pièce ancienne. Cette pièce, qui reprend la liste des différents biens immobiliers faisant l'objet de la vente immobilière du 25 mars 2007, aurait dû être produite devant les premières juges, qui avaient d'ailleurs expressément rendu une ordonnance visant à la production de l'ensemble des documents attestant du coût d'acquisition de l'objet loué.

La question de la surface du bien loué, également objet du litige en première instance, imposait aux parties de faire preuve de la diligence requise à cet égard, et produire tous les éléments utiles en première instance.

En conséquence, les pièces B, C et D produites en appel seront écartées de la procédure ainsi que les allégués de fait s'y rapportant.

3. A titre liminaire, la Cour rappelle que seule est ici litigieuse la question de la fixation du loyer depuis le début du bail. Il ne sera ainsi pas traité de la question liée aux défauts survenus en 2012, que les parties ne remettent pas en cause en appel, de sorte qu'elles ne font pas l'objet de la procédure d'appel et ont été tranchées définitivement par les premiers juges.

4. **4.1** En premier lieu, le désaccord des parties porte sur la recevabilité de la contestation du loyer initial, la bailleresse faisant valoir, d'une part, que l'avis de fixation du loyer initial n'est pas nul comme le prétendent les locataires, faute de motivation, puisque le loyer appliqué aux locataires est le même que celui appliqué au précédent locataire, et, d'autre part, que les revenus des locataires sont si confortables qu'ils excluent toute possibilité de contrainte liée à la situation sur le marché du logement.

4.2 Le locataire qui estime que le montant du loyer initial est abusif, au sens des art. 269 et 269a CO, peut le contester devant l'autorité de conciliation, dans un délai de 30 jours suivants la réception de la chose et en demander la diminution, ceci pour autant qu'il ait été contraint de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale ou en raison de la situation sur le marché local du logement et des locaux commerciaux (art. 270 al. 1 lit. a CO), ou encore si le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial pour la même chose par rapport au loyer précédent (lit. b).

Selon la jurisprudence, dans les cantons où la pénurie est constatée sur la base d'une étude statistique sérieuse, comme c'est le cas à Genève, l'articulation entre l'art. 270 al. 1 let. a in fine CO et l'art. 270 al. 2 CO, ainsi que le but de protection des locataires poursuivi par ces dispositions, permettent d'admettre comme établie la situation difficile sur le marché local du logement et la recevabilité de la contestation du loyer initial (arrêt du Tribunal fédéral 4C.367/2001 du 12 mars 2002 consid. 3b dd, in SJ 2002 I 589). Il s'ensuit que la pénurie constatée conformément aux exigences du Tribunal fédéral, comme c'est le cas à Genève, suffit à admettre la recevabilité de l'action en contestation du loyer initial.

En application de l'art. 270 al. 2 CO, en cas de pénurie de logement, les cantons peuvent rendre obligatoire, sur toute ou partie de leur territoire, l'usage de la formule officielle mentionnée à l'art. 269d pour la conclusion de tout nouveau bail. Le canton de Genève a fait usage de cette possibilité en adoptant l'art. 207 de la Loi d'application du Code civil et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC; RSG E 1 05).

L'art. 207 al. 4 LaCC prévoit que le Conseil d'Etat précise par règlement la notion de pénurie et définit les modalités d'application de la présente disposition.

Ce faisant, le Conseil d'Etat a régulièrement pris des Arrêtés déterminant les catégories de logement où sévit la pénurie au sens de l'art. 207 LaCC, ceci toutefois à l'exception de l'année 2012, durant laquelle le bail litigieux a été conclu.

Cela étant, pour les années 2011 et 2013, le Conseil d'Etat a pris des arrêtés les 27 juillet 2011, respectivement 20 mars 2013, déterminant qu'il y avait pénurie au sens de l'art. 207 LaCC dans toutes les catégories de logement de 1 à 7 pièces

(et plus, pour l'année 2013). Il s'est fondé sur le fait que le taux de vacances de ces catégories de logement était inférieur à 2%.

Ces arrêtés mentionnent qu'ils sont valables pour une année particulière et aucun arrêté n'a été pris concernant l'année 2012.

L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une véritable ou authentique lacune (lacune proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle, de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATF 129 III 656, consid. 4.1; 125 III 425 consid. 3a p. 427; 128 I 34 consid. 3b p. 42 et les arrêts cités).

Cela étant, il faut considérer que l'absence d'arrêté du Conseil d'Etat pour l'année 2012 constitue une lacune proprement dite, puisque l'art. 207 al. 4 LaCC impose au Conseil d'Etat de préciser la notion de pénurie, qu'il n'a pas fait du tout pour l'année 2012, ne serait-ce que pour restreindre la notion de catégorie de logement ou sévit la pénurie.

Il s'impose ainsi de combler cette lacune.

Selon l'annuaire statistique du canton de Genève édité par l'Office cantonal de la statistique pour l'année 2012, les taux de vacances pour les logements, selon le nombre de pièces, s'élevait à 0.22 pour les logements de 1 à 2 pièces et de 2.5 à 3 pièces, à 0.23 pour les logements de 4 pièces, à 0.28 pour les logements de 5 pièces, à 0.49 pour les logements de 6 pièces et à 1.23 pour les logements de 7 pièces et plus, la moyenne s'élevant à 0.33. Si l'on devait tenir compte du lieu de situation, il faudrait constater que le taux de vacances pour les logements sis dans le quartier Pâquis-Navigation, s'élevait à 0.47, toutes tailles de logement confondu.

Dans ces circonstances, et compte tenu du fait que s'agissant d'un logement de 3 pièces, le taux de vacance constaté par l'Office de la statistique est près de 10 fois inférieur à la limite des 2% dont a tenu compte le Conseil d'Etat dans ces différents arrêtés. Il conviendrait de combler le défaut d'arrêté du Conseil d'Etat pour l'année 2012, en retenant que la pénurie est suffisamment constatée au sens

de l'art. 207 LaCC, à tout le moins s'agissant des logements de 3 pièces situés dans le quartier Pâquis-Navigation, comme c'est le cas du logement litigieux.

L'usage de la formule officielle était obligatoire en l'espèce, ce que la bailleresse ne conteste au demeurant pas.

Il est également constant que le défaut de motivation de la formule officielle est un motif de nullité partielle du bail limitée à la question de la fixation du loyer (ATF 120 II 341 consid. 5).

Il a déjà été jugé par la Cour que le but de l'art. 270 CO n'est pas de vérifier si une éventuelle augmentation par rapport à l'ancien loyer est abusive, mais si le loyer, en tant que tel, excède la norme, afin d'éviter qu'un abus se perpétue au-delà du changement de locataire. De la sorte, la motivation de la formule officielle est également nécessaire lorsque le loyer reste inchangé par rapport au précédent locataire (ACJC/1128/2012 du 8 août 2012 consid. 2). C'est du reste également l'opinion de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois (CdB 2/2006, p. 64), qui se fonde notamment sur l'avis de FETTER (La contestation du loyer initial, Berne 2005, p. 232).

4.3 En l'espèce, la Cour constate la nullité partielle du bail limitée à la question de la fixation du loyer puisque, comme rappelé ci-dessus, le défaut de motivation de la formule officielle, y compris en cas d'absence de modification du loyer par rapport au locataire précédent, est un motif de nullité qui n'entraîne pas la nullité totale du contrat.

A cela s'ajoute que comme rappelé plus haut, il découle de la jurisprudence du Tribunal fédéral, que la pénurie suffit à réaliser les conditions de contestation du loyer initial au sens de l'art. 270 al. 1 CO, de sorte que les arguments de l'appelante relatifs à la recevabilité de la fixation judiciaire du loyer sont infondés.

- 5. 5.1** Au vu de la nullité partielle du bail limitée à la fixation du loyer, il convient de fixer ledit loyer. Selon la jurisprudence, en pareille situation, le juge fixe le loyer initial en se fondant sur toutes les circonstances du cas. Parmi les facteurs à prendre en compte, il y a 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. Le juge, lui, jouit d'un pouvoir plus étendu que dans la procédure en contestation d'un loyer fixé selon les formes prescrites, et n'a pas à restreindre son examen au caractère abusif ou non du loyer convenu par les parties, lequel ne constitue que la limite supérieure du loyer à fixer par le juge (ATF 120 II 341 consid. 6c).

Les critères du rendement priment à priori celui des loyers usuels du quartier, à moins de difficultés ou d'impossibilité à déterminer le caractère excessif du

rendement, notamment lorsqu'il s'agit d'immeuble ancien (ATF 124 III 310 consid. 2b).

Selon la jurisprudence, un immeuble est dit «ancien» s'il a été construit ou acquis il y a plusieurs décennies. Cette notion a pour objectif de ne pas péjorer le bailleur qui, au regard des circonstances, ne serait plus en mesure, pour des raisons objectives, de fournir les pièces nécessaires au calcul du rendement (arrêts du Tribunal fédéral 4A_645/2011 du 27 janvier 2012 consid. 3.3, in SJ 2012 I p. 377; 4C.323/2001 du 9 avril 2002 consid. 3a in SJ 2002 I p. 434).

Ainsi, on ne saurait déduire le caractère ancien d'un immeuble suivant un nombre précis d'années ou du fait que les documents nécessaires pour effectuer le calcul du rendement dépassent la période de conservation légale des documents de 10 ans (art. 958f CO notamment), dans la mesure où l'on est en droit d'attendre d'un bailleur, dont l'immeuble est géré par des professionnels de l'immobilier, qu'il conserve les documents pertinents au-delà de ce minima (ATF 140 III 433 consid. 3.1.1 et 3.1.2).

En l'espèce, la bailleuse a allégué, sans être contredite, que l'immeuble avait été acquis en 2008, soit il y a moins d'une décennie, de sorte qu'il ne s'agit pas d'un immeuble ancien.

5.2 L'art. 269 CO implique une analyse du rendement net obtenu par le bailleur. Ce rendement résulte du rapport entre les fonds propres investis dans la chose remise à bail et le loyer, après déduction des charges d'exploitation et des intérêts débiteurs sur les capitaux empruntés (ATF 123 III 171 consid. 6a p. 174). Sont pris en compte les fonds propres réellement investis, sans égard au modèle théorique qui gouverne certaines dispositions légales en consacrant un rapport standardisé de 40% de fonds propres et 60% de fonds étrangers (LCHAT, op. cit., p. 431; ATF 122 III 257 consid. 3a; 120 II 100 consid. 5). Pour déterminer le montant des fonds propres investis, il faut partir du coût de revient effectif de l'immeuble, sauf si le prix d'acquisition est manifestement exagéré, et en soustraire le montant des fonds étrangers (emprunts garantis ou non par hypothèque) (ATF 123 III 171 consid. 6a p. 174). Le coût de revient comprend notamment les frais d'acquisition du terrain et le coût de construction de l'immeuble, ou de son amélioration. Les fonds propres peuvent varier au fil du temps, notamment lorsque le bailleur rembourse ("amortit") des fonds étrangers ou finance des travaux à plus-value; ils sont alors augmentés d'autant (ATF 122 III 257 consid. 3a; LCHAT, op. cit., p. 429-431).

Le prix effectivement payé par l'acheteur est en principe déterminant, même s'il est inférieur à la valeur du marché (TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4e éd. 2009, n. 2594). Toutefois, le bailleur qui a acquis un bien-fonds à un prix préférentiel, par exemple à la suite d'une succession ou dans le cadre d'une donation mixte, est en droit de fonder la valeur de l'immeuble sur le prix effectif

du marché au moment de l'acquisition. Le prix avantageux consenti au bailleur dans les circonstances précitées est en effet destiné exclusivement à le favoriser et non à avantager ses locataires. Seule la prise en compte de la valeur du marché de l'immeuble à l'époque où le bailleur l'a acquis à titre préférentiel, voire à titre gratuit, lui permet de tirer un profit économique de la libéralité qui lui a été délibérément accordée (arrêts du Tribunal fédéral 4A_129/2011 consid. 3.2 et références citées; 4C.285/2005 du 18 janvier 2006 consid. 2.5; 4C.234/1994 du 6 décembre 1994 consid. 3a in MRA 1995 p. 75). Le fardeau de la preuve du prix préférentiel incombe au bailleur (SIEGRIST, *Der missbräuchliche Mietzins, Regel und Ausnahmen*, 1997, p. 26) de même que la valeur d'imputation ou le montant concret du capital propre qu'il a investi (Commentaire SVIT, *Le droit suisse du bail à loyer*, 2011, n. 17, p. 477).

Dès lors que le bailleur détient seul les documents permettant un calcul de rendement, on peut attendre de lui qu'il les produise, la maxime inquisitoriale sociale (cf. supra point 1.4) impliquant un devoir de collaboration active des parties à l'établissement des faits (ATF 125 III 231 consid. 4a = JT 2000 I 194; arrêts du Tribunal fédéral 4A_3/2011 du 28 février 2011; 4A_127/2008 du 2 juin 2008 consid. 3.2).

La sanction du refus du bailleur de produire ces documents relève de l'appréciation des preuves (Arrêt du Tribunal fédéral 4A_576/2008 du 19 février 2008 consid. 2.4). Ainsi, lorsqu'il est ordonné au bailleur de produire les pièces nécessaires au calcul de rendement, on peut inférer de son refus injustifié que la chose louée lui procure selon toute vraisemblance un rendement abusif, faute de quoi il aurait déféré à la demande de production des pièces (arrêts du Tribunal fédéral 4A_3/2011 du 28 février 2011 et 4A_576/2008 précité consid. 2.4; LCHAT, *op. cit.*, p. 428). Le juge est dès lors autorisé à se baser, faute de mieux, sur des données statistiques, même si elles ne sont pas suffisamment différenciées au sens de l'art. 11 al. 4 OBLF (arrêt du Tribunal fédéral 4A_250/2012 du 28 août 2012 consid. 2.4), ou sur son expérience (arrêts du Tribunal fédéral 4A_198/2014 du 17 juillet 2014 consid. 4.5; 4A_517/2015 du 2 février 2015 consid. 5.2). Il est toutefois exclu de fonder un loyer sur les données statistiques si celui-ci procure un rendement abusif au bailleur (arrêt 4C_274/1997 du 27 avril 1998 consid. Ab/aa in SJ 1998 p. 718; arrêt du Tribunal fédéral 4A_276/2011 du 11 octobre 2011, c. 5.2.2).

5.3 En l'espèce, l'appelante a fait état d'une situation complexe relative à l'acquisition immobilière par adjudication aux enchères au début de l'année 2008 de l'immeuble.

Elle n'a produit toutefois aucun élément de preuve au sujet de cette situation.

Elle n'a pas même produit le procès-verbal de la vente aux enchères pourtant prévu par l'art. 61 al. 2 de l'Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation

forcée des immeubles (ORFI, RS 281.42). Il ne produit pas non plus de pièces attestant de son investissement au moyen de fonds propres uniquement.

Dans ces circonstances, et à défaut du moindre élément attestant de la complexité particulière de l'acte d'achat et du mode de financement, il n'est pas possible de procéder à un calcul de rendement, même sommaire.

Ainsi, il convient de procéder à la fixation du loyer à l'aune des statistiques, et de prendre en considération l'absence de collaboration de l'appelante à satisfaction de droit à son obligation de participer à l'établissement des faits, de sorte qu'il convient de tenir compte du fait que son refus cache, selon toute vraisemblance, un rendement abusif.

5.4 Dans le cadre de l'application des données statistiques, la Cour retient que c'est à juste titre que le Tribunal a recherché à appliquer les statistiques avant de tenir compte des caractéristiques propres du logement.

Cela étant, la Cour estime que le dossier n'est pas suffisamment instruit, s'agissant de la surface du logement et de ses qualités propres.

S'agissant de la surface, l'on ne peut retenir, sans autres instruction, celle qui ressort du cahier de répartition produit de manière partielle par l'appelante, sans que l'on puisse déterminer qui l'a établi, et si les surfaces qui y sont mentionnées ont fait l'objet d'une vérification ou d'une mesure quelconque.

Les plans produits par les deux parties ne sont pas plus utiles, puisque l'un est un plan de l'étage entier produit dans une version réduite, et que l'autre est un plan sommaire ne détaillant pas les surfaces et dont on ignore s'il est à l'échelle.

Il convient ainsi d'instruire cette question avant de pouvoir se référer à nouveau aux statistiques.

Il convient également d'instruire la question des qualités propres du logement. En effet, le correctif appliqué par le Tribunal au loyer ressortant selon lui des statistiques ascende à 365 fr., soit environ 20% du loyer ressortant des statistiques.

Cette importante adaptation ne peut se justifier que pour autant qu'elle ressorte de caractéristiques établies avec soin et qu'elle soit motivée non seulement s'agissant des caractéristiques prises en compte, mais également de la justification d'une quotité aussi importante.

A cela s'ajoute, sous l'angle du droit d'être entendu des parties, que celle-ci n'ont pas été invitées par le Tribunal à collaborer à la preuve sur cette question traitée pour la première fois dans le jugement litigieux.

5.5 En conséquence, les chiffres 1 à 3 du dispositif du jugement du Tribunal des baux et loyers seront annulés et le dossier renvoyé aux premiers juges pour instruction au sujet de la surface du logement et de ses qualités propres, notamment s'agissant des terrasses/balcons et de leur situation avant de procéder à l'application des statistiques pour fixer le loyer litigieux.

- 6.** A teneur de l'art. 22 al. 1 LaCC, il n'est pas prélevé de frais dans les causes soumises à la juridiction des baux et loyers, étant rappelé que l'art. 116 al. 1 CPC autorise les cantons à prévoir des dispenses de frais dans d'autres litiges que ceux visés à l'art. 114 CPC (ATF 139 III 182 consid. 2.6).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des baux et loyers :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 30 janvier 2015 par A_____SA et l'appel joint interjeté le 5 mars 2015 par B_____ et C_____ contre les chiffres 1 à 3 du dispositif du jugement JTBL/1455/2014 rendu le 10 décembre 2014 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/6745/2013-9 OSD.

Au fond :

Annule les chiffres 1 à 3 du dispositif de ce jugement.

Cela fait :

Renvoie le dossier au Tribunal des baux et loyers pour instruction complémentaire et nouvelle décision au sens des considérants.

Dit que la procédure est gratuite.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Sylvie DROIN et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Monsieur Mark MULLER et Monsieur Thierry STICHER, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

La greffière :

Maïté VALENTE

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. 1.2).