

ARTICLE

LA CONTESTATION DU LOYER INITIAL ET SA NOTIFICATION SUR FORMULE OFFICIELLE

*Par Mark Muller, avocat,
Protection juridique immobilière, Genève.*

I. INTRODUCTION

A. Historique

Dès l'adoption, en votation populaire du 5 mars 1972, de l'art. 34 septies de la Constitution fédérale, le Conseil fédéral proposa un arrêté fédéral urgent concernant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL)¹. Son art. 17 était libellé ainsi:

«Le locataire d'un logement loué pour la première fois peut contester le montant du loyer qu'il estime abusif devant la Commission de conciliation dans les 30 jours qui suivent la conclusion du bail. Lors d'un changement de locataire, le montant du loyer ne peut faire l'objet d'une contestation que lorsqu'il est plus élevé que celui qui figure dans le bail précédent.»

La dernière phrase de la disposition fut supprimée lors des débats parlementaires, au motif qu'un preneur ne devait pas souffrir de la carence de son prédécesseur².

L'AMSL fut adopté le 30 juin 1972 par les Chambres fédérales, pour une durée initiale de 5 ans. A l'occasion de sa première prorogation, l'art. 17 AMSL fut modifié, afin de tenir compte, notamment, des critiques des bailleurs à son encontre³.

1. FF 1970 II pp. 1217 ss. Pour un historique plus complet de la politique de la Confédération en matière de loyers, cf. Richard Barbey, L'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, Payot, Lausanne, 1984, pp. 9 ss.

2. RO 1972 III p. 1535; BO CN 1972, pp. 983 ss, en particulier 987; Barbey, op. cit., p. 26, note 74.

3. FF 1976 III pp. 866 ss, en particulier 877.

Sa nouvelle teneur, qui subsista jusqu'à l'adoption du droit du bail actuellement en vigueur, était la suivante:

«Le locataire d'un logement peut contester le montant du loyer qu'il estime abusif devant la Commission de conciliation dans les 30 jours qui suivent la conclusion du bail, si la situation difficile dans laquelle il se trouve l'a contraint à conclure le bail.»⁴

En 1985, le Conseil fédéral a proposé une révision complète du droit du bail⁵. L'art. 13 du projet de loi fédérale instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (LMSL) était libellé comme suit:

«Si le locataire estime le montant du loyer initial abusif au sens des articles 11 et 12, il peut le contester devant la Commission de conciliation dans les 30 jours qui suivent la délivrance de la chose et en demander la diminution.»

Il s'agissait d'un retour au statu quo ante puisque le texte proposé était très proche de l'art. 17 AMSL de 1972. Les conditions de situation difficile et de contrainte dans lesquelles devait se trouver le preneur étaient abandonnées.

Au cours des travaux parlementaires, l'intégration de la LMSL au CO a été proposée. C'est ainsi qu'a finalement été adopté l'art. 270 CO actuel.

B. Les innovations du nouveau droit

Les innovations que comporte cette disposition par rapport à l'art. 17 AMSL sont au nombre de quatre.

1. Le droit de contester le loyer initial n'est plus réservé aux locataires de logements. Les locataires de locaux commerciaux peuvent également exercer ce droit.
2. Le délai pour contester le loyer initial court dès la réception de la chose louée et non plus dès la conclusion du contrat. Cette modification a été motivée par la difficulté que rencontre le locataire de se faire une idée exacte des prestations effectives du bailleur avant la remise des locaux loués. Ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il est en mesure de prendre la décision de contester le loyer initial ou de s'en contenter⁶.
3. Le nouveau droit a élargi les cas de contestation du loyer initial à la situation où le loyer a été sensiblement augmenté par rapport au précédent loyer.
4. Le législateur a octroyé la compétence aux cantons de rendre obligatoire, en cas de pénurie de logements, la notification de l'avis officiel prévu à l'art. 269 d CO lors de la conclusion d'un nouveau bail. Une compétence en matière de droit civil est ainsi réservée aux cantons, en application de l'art. 5 al. 1 CC. Cette nouveauté sera examinée au chapitre III.

4. RO 1977 II p. 1270.

5. FF 1985 I pp. 1369 ss.

6. FF 1985 I p. 1473.

II. LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 270 AL. 1 CO

L'admission de la requête en contestation du loyer initial suppose la réunion de trois catégories de conditions.

Il s'agit en premier lieu de conditions de recevabilité formelle (A). Deuxièmement, il faut que l'un des cas de contestation de l'art. 270 al. 1 CO soit réalisé (B). Le juge doit enfin constater, sur la base des art. 269 et 269 a CO, que le loyer initial est abusif (C).

A. Conditions de recevabilité

1. Respect du délai de contestation

a. Nature du délai

Le locataire qui veut contester le loyer initial doit le faire «dans les 30 jours qui suivent la réception de la chose» (art. 270 al. 1 CO).

Il s'agit d'un délai de péremption⁷ dont l'inobservation ne peut être réparée. Le non-respect du délai n'a cependant pas à être relevé d'office par le juge⁸.

b. Départ du délai

Il faut distinguer deux situations. Lorsque l'usage de la formule officielle prévue par l'art. 270 al. 2 CO n'est pas obligatoire, le dies a quo du délai de 30 jours est le jour suivant la réception de la chose. Il s'agira dans la plupart des cas du lendemain du jour de l'entrée en vigueur du bail.

Il arrive cependant que le locataire reçoive les clés quelques jours avant cette date si les locaux sont vacants, afin de disposer de plus de temps pour emménager. Dans ces cas, le délai de 30 jours commence à courir le lendemain du jour où le locataire a effectivement pris possession des lieux, mais au plus tôt le lendemain de la conclusion du bail. Cette solution se justifie par le but du délai qui est de permettre au locataire d'apprécier l'adéquation du loyer payé à la chose louée. Dès le moment où il entre en possession de cette dernière, l'évaluation peut être faite.

Un problème de preuve peut se poser. En cas de contestation sur la date de délivrance de la chose louée, la date de l'état des lieux d'entrée fait foi⁹.

La situation est-elle différente dans les cantons où l'usage de la formule officielle est obligatoire lors de la conclusion d'un nouveau bail?

Cette question sera traitée plus en détail au chapitre III.

2. Nouveau bail

La voie de la contestation du loyer initial n'est ouverte que lors de la conclusion d'un nouveau bail. Tel n'est pas le cas lorsque, à l'occasion du renouvellement

7. JT 1983 I 211; SJ 1979 p. 606, n° 272.

8. JT 1983 I 211; cf. cependant, Barbey, op. cit., p. 40, note 131 a.

9. Lachat/Micheli, Le nouveau droit du bail, 2^e éd., ASLOCA, Lausanne, 1992, p. 195.

d'un bail, un nouveau contrat est formellement signé¹⁰. Cette formalité peut avoir pour but, par exemple, d'adapter le contrat à de nouvelles dispositions légales. Si le loyer est majoré à l'occasion de ce «nouveau bail», le bailleur devra notifier un avis de majoration de loyer au locataire, en application de l'art. 269 d CO¹¹. Tel ne sera pas le cas, à notre avis, si les parties conviennent de modifications du contrat au détriment du locataire. En effet, dans ce cas, la modification n'est pas le fait unilatéral du bailleur, au sens de l'art. 269 d al. 3 CO¹².

La voie de la contestation du loyer initial n'est pas ouverte en cas de transfert de bail¹³ ni, à notre avis, lorsque la chose louée a fait l'objet d'une vente et que les parties au bail concrétisent la situation juridique nouvelle par la signature d'un nouveau contrat. L'acquéreur de l'immeuble se substitue simplement à l'aliénateur dans le rapport de bail (art. 261 CO).

En revanche, lorsque le bailleur conclut un contrat avec la fille du précédent locataire, laquelle occupait déjà les lieux avec son père, l'on se trouve en présence d'un nouveau bail¹⁴. Cela ne sera pas le cas si la fille succède à son père dans le rapport de bail suite au décès de ce dernier.

B. Les cas de contestation du loyer initial

Le locataire peut contester le loyer initial dans les deux situations suivantes:

- s'il a 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 litt. a CO);
- si le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial pour la même chose par rapport au précédent loyer (art. 270 al. 1 litt. b CO).

Certains auteurs admettent que la réalisation d'un cas de contestation du loyer initial est présumée lorsque le bailleur a refusé de communiquer le loyer payé par l'ancien locataire, ainsi que l'art. 256 a al. 2 CO permet au locataire de l'exiger¹⁵. Nous ne partageons pas cet avis qui ne trouve de fondement ni dans la loi, ni dans les travaux préparatoires.

1. L'article 270 alinéa 1 lettre a CO

La réalisation des conditions d'application de l'art. 270 al. 1 litt. a CO suppose que le preneur ait été contraint de signer le bail (infra c.) par nécessité personnelle

10. ATF 99 II 300 = JT 1974 I 371; Barbey, op. cit., p. 25.

11. ATF 99 II 300 = JT 1974 I 371; Barbey, op. cit., p. 25; CVI, Fiche de jurisprudence n° 63.

12. Contra, semble-t-il, Lachat/Michelii, op. cit., p. 194.

13. TBL Ge R. c/ SI R. du 31.3.1993; Barbey, op. cit., p. 26, note 74; Barbey, Le transfert du bail commercial, in SJ 1992 p. 50; Comm. 8, n° 10.

14. DB 1990 p. 22, n° 33.

15. Lachat, La protection contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur, 6^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, 1990, p. 21; Jeanprêtre, La protection contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur in Il nuovo diritto di locazione, Atti della giornata di studio del 10 giugno 1991, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, p. 6.

ou familiale (infra a.) ou en raison de la situation sur le marché local du logement ou des locaux commerciaux (infra b.). Un lien de causalité doit de plus exister entre l'une de ces circonstances et la contrainte de signer le bail (infra d.).

La jurisprudence relative à l'art. 17 AMSL, citée ci-après, conserve toute sa pertinence en l'espèce¹⁶.

a. Nécessité personnelle ou familiale

Pour juger si le locataire se trouve en situation de nécessité personnelle ou familiale, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances¹⁷. Il appartient au locataire d'en faire la preuve¹⁸.

La jurisprudence a admis la nécessité personnelle ou familiale dans les cas suivants:

- La requérante louait une chambre aménagée au sous-sol d'une villa et attenante à la chaufferie, avec une fenêtre donnant sur un talus, d'une surface exiguë et d'un mobilier sommaire. Elle occupait cette chambre trois jours par semaine avec son ami. Le reste du temps, elle habitait chez ses parents. Elle a conclu un bail portant sur un appartement de deux pièces. La cour cantonale a admis qu'elle se trouvait en situation difficile et que son désir de tout faire pour quitter cette chambre se justifiait¹⁹.
- Les requérants logeaient dans un appartement sans chauffage avec leurs enfants. Au cours de l'hiver, ils ont conclu un bail portant sur un appartement chauffé. La cour cantonale a admis leur situation difficile. La santé des enfants doit prévaloir sur toute autre considération²⁰.
- Le requérant habitait un appartement de quatre pièces avec sa femme et ses deux enfants en bas âge. Le logement était extrêmement bruyant. De plus, les enfants devaient dormir dans des lits superposés, vu l'exiguïté de leur chambre. La santé psychique des époux était affectée par les conditions d'habitat. Ils ont déménagé dans un appartement de six pièces moins bruyant. La Cour a admis la situation difficile²¹.

La nécessité personnelle ou familiale n'a pas été admise dans les cas suivants:

- La requérante exploitait un salon de coiffure en gérance libre. La faillite du locataire des locaux a été prononcée. Plusieurs mois plus tard, les propriétaires ont proposé à la requérante de conclure un bail portant sur ces locaux. Dans les 30 jours suivant la signature du bail, elle a contesté le loyer initial.

16. Habermacher-Droz, Pratique récente en matière de loyers, 7^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, 1992, p. 20; Jeanprêtre, op. cit., p. 5.

17. ATF du 1.10.1991 F. c/ l. (non publié); CdB 1992 N° 1 p. 11; ATF 114 II 74 = JT 1988 I 382 = SJ 1988 p. 513 = DB 1989 p. 29, n° 40.

18. Communication de l'Office fédéral du logement concernant le droit du loyer (ci-après Comm.) 22, n° 9.

19. ACJ Ge du 1.10.1990 SI L. c/ M.

20. ACJ Ge du 19.6.1992 SI E. c/ Epoux L.

21. ACJ Ge du 11.8.1992 SI C. c/ L.

Elle prétendait avoir été contrainte de signer le bail par nécessité personnelle, parce que si elle ne l'avait pas fait, elle aurait perdu les années de travail investies dans le salon de coiffure. La cour cantonale a refusé d'admettre la nécessité personnelle, car la requérante avait disposé de nombreux mois pour réfléchir et examiner la situation. Il lui aurait été possible de faire des contre-offres aux intimés, ce qui n'a pas été le cas. Par ailleurs, la Cour relève que les conditions financières de la location sont en l'espèce meilleures que celles de la gérance libre²².

- Il n'y a pas de situation difficile lorsqu'une société déménage dans de nouveaux locaux par pure convenance personnelle²³.
- Il n'y a pas de nécessité personnelle ni familiale si le locataire est célibataire et au bénéfice d'un revenu d'au moins Fr. 45 000.- par an et sans charges particulières, pour un loyer net de Fr. 10 800.- par an²⁴.

b. L'état du marché du logement ou des locaux commerciaux

Il est aisé de déterminer si la pénurie de logements sévit dans les cantons qui ont fait usage de la compétence que leur accorde l'art. 270 al. 2 CO. Ces cantons doivent en effet déterminer le champ d'application de l'obligation d'utiliser la formule officielle lors de la conclusion d'un nouveau bail²⁵. Dans les autres cantons, ainsi qu'en matière de locaux commerciaux, il appartient au locataire de faire la preuve de la pénurie dans la localité où est sis l'objet du bail dont le loyer initial est contesté²⁶.

Chaque canton est libre de déterminer le taux de vacance limite en-dessous duquel il y a pénurie. En l'absence de réglementation cantonale, on peut considérer qu'il y a pénurie lorsque le taux de vacance dans une catégorie d'objets donnée est inférieur à 1,5%²⁷.

c. Contrainte

Dans un arrêt de 1988, le Tribunal fédéral déclarait que la contrainte ne supposait pas une annihilation de la volonté. Il suffisait que le locataire ait de bonnes raisons de changer de logement et que l'on ne puisse attendre de lui qu'il renonce à une occasion qui se présente, la situation du marché ou encore ses difficultés personnelles étant telles qu'une renonciation de sa part serait déraisonnable.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral considérait que les critères de l'urgence du changement de logement, de la situation financière du locataire et du nombre et de la durée des démarches entreprises pour trouver un autre objet n'étaient pas

22. ACJ Ge du 31.8.1992 K. c/ D.

23. ACJ Ge du 4.12.1992 V. c/ S.

24. CdB 1992 N° 1 p. 27.

25. D'après le règlement genevois relatif à la pénurie en matière d'habitations et de locaux commerciaux, du 27 juin 1990, les catégories de logements où sévit la pénurie sont déterminées chaque année par arrêté du Conseil d'Etat.

26. USPI, Commentaire du bail à loyer, Genève, 1992, p. 520, n° 18.

27. FF 1971 I p. 1688.

déterminants dans l'examen de la réalisation de la condition de la contrainte. D'après le Tribunal fédéral, l'on pouvait avoir de sérieuses raisons de changer de logement, telles que l'agrandissement de la famille ou le déplacement du lieu de travail, sans qu'il y ait caractère d'urgence. Il admettait que le locataire puisse alors être appelé, en cas de pénurie, à saisir une occasion qui se présente à lui indépendamment de sa situation financière et sans que l'on puisse exiger une multiplication des démarches à seule fin de rechercher si une occasion encore meilleure pouvait se présenter²⁸.

La contrainte était admise relativement aisément, alors même que les conditions d'application de l'art. 270 al. 1 litt. a CO doivent être interprétées restrictivement. En effet, le droit de contester le loyer initial constitue une brèche importante dans le principe «pacta sunt servanda», principe cardinal du droit des contrats²⁹. Le Tribunal fédéral admettait la contrainte du locataire dès qu'il était démontré que ce dernier se trouvait en situation difficile, sans qu'il ne soit examiné si cette situation l'avait contraint à signer le bail.

Cette jurisprudence est critiquable, dans la mesure où la loi prévoit clairement que la situation difficile du preneur doit le contraindre à signer le bail. La contrainte est, en soi, une condition d'application distincte de l'art. 270 CO.

C'est bien dans ce sens qu'a évolué la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui s'est exprimé comme suit dans l'arrêt F.:

«Il ne suffit pas qu'un état de pénurie de logements ou des difficultés personnelles soient constatés. L'art. 17 AMSL exige en plus un rapport de causalité entre l'une ou l'autre de ces circonstances et la conclusion du bail. En d'autres termes, elles doivent avoir pour conséquence, dans le cas d'espèce, une contrainte qui se traduit par le fait qu'une renonciation à conclure le bail apparaîtrait comme déraisonnable.»³⁰

Dans l'arrêt SI R., le Tribunal fédéral admet que le locataire se trouve dans une situation de nécessité. Il n'entre cependant pas en matière sur le montant du loyer et renvoie la cause à la cour cantonale pour qu'elle examine si la possibilité offerte au locataire de vivre chez ses parents lui permettait de ne pas accepter de se lier avec le bailleur ou, plus généralement, si cette situation lui laissait la faculté d'attendre une occasion correspondant mieux à ses besoins et, surtout, à sa capacité financière³¹.

Le Tribunal fédéral reproche de plus à l'instance cantonale de ne pas avoir tenu compte du fait que le locataire, en remplissant le formulaire de demande d'appartement auprès de la régie, avait indiqué qu'il était prêt à payer le loyer finalement fixé pour l'appartement loué. Ainsi, il a modifié sa jurisprudence et considère que l'urgence du changement de logement et la capacité financière du locataire sont des critères déterminants quant à son état de contrainte.

28. ATF 114 II 74 = SJ 1988 p. 169.

29. ACJ Ge du 1.6.1987 G. c/ SI L.

30. ATF du 01.10.1991 F. c/ I. (non publié).

31. CdB 1992 N° 1 p. 11.

Dans le même arrêt, il exige que soit examinée la question des démarches entreprises par le locataire pour se loger. Notre Haute Cour semble ainsi se référer aux conditions de l'octroi d'une seconde prolongation de bail, au sens de l'art. 272 al. 3 CO. Cette analogie doit être approuvée. Si le locataire qui demande une deuxième prolongation de bail doit démontrer qu'il a entrepris toutes les démarches qui pouvaient raisonnablement être exigées de lui afin de remédier aux conséquences pénibles du congé, l'on doit, a fortiori, formuler les mêmes exigences envers le locataire qui conteste le loyer initial. En effet, cette requête porte une grave atteinte aux rapports de confiance établis à l'occasion de la signature du contrat. Elle ne doit être admise qu'à des conditions très strictes quant aux efforts accomplis par celui qui se trouve en situation difficile et cherche à louer un logement ou des locaux commerciaux.

Dans l'arrêt F., le Tribunal fédéral a également retourné le dossier à la cour cantonale, bien que la situation de nécessité ait été reconnue. L'autorité cantonale ne s'était pas prononcée sur la contrainte dans laquelle le locataire se serait trouvé au moment de la conclusion du bail.

En particulier, dit notre Haute Cour, il faut examiner si la situation dans laquelle se trouvait le locataire lui permettait d'attendre une meilleure occasion de conclure un bail et si la pénurie rendait trop aléatoire, au moins jusqu'à la fin de son ancien bail, de trouver une autre occasion dans la catégorie de logement recherché. Le Tribunal fédéral confirme donc que le critère de l'urgence du changement est déterminant.

En résumé, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence de la manière suivante: les critères de l'urgence de la signature du bail, de la situation financière du locataire et des démarches entreprises par celui-ci pour trouver un logement ou des locaux commerciaux avec un loyer mieux adapté sont désormais déterminants dans l'examen de la réalisation de la condition de contrainte. En revanche, ils ne sont pas déterminants pour savoir si le locataire se trouve en situation de nécessité personnelle ou familiale.

d. Le lien de causalité

La contrainte de signer le bail doit se trouver en relation de causalité avec la nécessité personnelle ou familiale ou la pénurie de logements.

2. L'article 270 alinéa 1 lettre b CO

En vertu de l'art. 270 al. 1 litt. b CO, le locataire peut contester le loyer initial «si le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial pour la même chose par rapport au précédent loyer».

Cette disposition ne peut pas être invoquée lorsque la chose est louée pour la première fois³².

D'après certains auteurs, il faut considérer qu'une hausse est «sensible» lorsque le nouveau loyer est supérieur de 10% au dernier loyer payé par le précédent locataire, voire moins³³. Cette quotité est retenue par analogie avec la notion de «diminution notable de jouissance» des art. 254 et 255 ancien CO ou avec celle de «notable modification des bases de calcul» de l'art. 270 a al. 1 CO.

A notre sens, cette analogie néglige la nature particulière de la contestation du loyer initial. Dans les cas auxquels la doctrine se réfère, le locataire invoque des circonstances qui modifient les rapports contractuels en cours (défaut de la chose louée ou diminution des charges du bailleur). En revanche, celui qui conteste le loyer initial en application de l'art. 270 al. 1 litt. b CO se fonde sur la différence entre son loyer initial et une «res inter alios acta», soit le loyer payé par le précédent locataire. Contrairement à la situation du locataire qui se plaint d'un défaut de la chose louée ou d'une diminution des frais incombant au bailleur, le rapport contractuel auquel il est partie n'est en rien modifié par la fixation de son loyer à un niveau plus élevé que celui du précédent loyer.

La réflexion à la base de sa contestation est la suivante: «Si j'avais su, j'aurais pu négocier un loyer plus intéressant» ou bien: «Je signe et je contesterai après». Cette attitude ne doit pas être protégée de la même manière que la situation du locataire qui loue une chose impropre à l'usage convenu ou dont le bailleur voit ses charges baisser. L'«augmentation sensible» du loyer initial par rapport au précédent loyer doit être admise à des conditions plus restrictives que celles proposées par la doctrine³⁴.

C. Le calcul du loyer

Lorsque l'un des cas de contestation du loyer initial est réalisé, le juge doit contrôler si le loyer est abusif, en application des art. 269 et 269 a CO. La détermination de la méthode de calcul à appliquer a fait l'objet de développements en doctrine³⁵.

Le Tribunal fédéral a récemment tranché la question de la manière suivante:

«Le contrôle de l'admissibilité du loyer initial ne peut (...) être effectué qu'au moyen de la méthode absolue, dans laquelle les critères de calcul déterminants ne sont soumis à aucune limite relative.»³⁶

Seuls sont donc applicables les critères du rendement net des fonds propres investis (art. 269 CO) et des loyers du quartier (art. 269 a litt. a CO).

33. Lachat/Micheli, op. cit., p. 195, note 35 et les références citées; Jeanprêtre, op. cit., p. 6.

34. Contra Jeanprêtre, op. cit., p. 6.

35. Lachat, op. cit., p. 22; Lachat/Micheli, op. cit., p. 223, note 33; Barbey, op. cit., p. 46; Jeanprêtre, op. cit., pp. 6-7.

36. ATF 120 II 240 = SJ 1995 p. 46 = CdB 1994 N° 4 p. 106.

III. LA NOTIFICATION DE LA FORMULE OFFICIELLE

D'après 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'article 269 d pour la conclusion de tout nouveau bail».

Les cantons de Genève, Neuchâtel, Vaud, Fribourg et Zurich ont fait usage de cette compétence.

Il convient d'examiner les principales obligations instituées par cette disposition ainsi que les conséquences de leur violation. Le vice peut avoir trait au contenu de la formule officielle (A). Il peut également consister dans l'absence de notification de la formule officielle (B) ou dans sa notification tardive (C).

A. Contenu de la formule officielle et conséquences d'un vice de forme

1. Le but et le contenu de la formule officielle

Le but poursuivi par le législateur est double. En premier lieu, il est de limiter les hausses excessives de loyer en cas de changement de locataire. Le locataire entrant n'a pas connaissance du loyer payé par son prédécesseur. Aux yeux du législateur, la possibilité d'exiger du bailleur que ce dernier communique l'ancien loyer au locataire (art. 256 a al. 2 CO) ne protège pas suffisamment celui-ci contre une augmentation de loyer³⁷.

Le second but visé par le législateur est d'informer le locataire sur son droit de contester le loyer initial et de lui indiquer la procédure à suivre.

La formule officielle, en application des art. 269 d CO et 19 al. 3 OBLF, doit contenir le montant de l'ancien loyer et l'ancien état des charges, le montant du nouveau loyer et le nouvel état des charges, la date d'entrée en vigueur de la hausse, les motifs précis de la hausse, les conditions légales dans lesquelles le locataire peut contester le bien-fondé de la prétention ainsi que la liste des autorités de conciliation existantes dans le canton et leurs compétences à raison du lieu.

2. Les conséquences d'un vice de forme

En pratique, seul pose problème le vice de forme consistant dans un défaut de motivation de la formule officielle.

Le Tribunal fédéral a récemment défini les conséquences d'une absence de motivation d'une majoration du loyer initial par rapport au loyer du précédent locataire³⁸. Rappelons que les motifs doivent figurer sur la formule officielle elle-même. Une lettre d'accompagnement ne peut servir qu'à expliciter un motif contenu dans la formule officielle³⁹.

Notre Haute Cour, sur la base d'une interprétation téléologique fouillée de l'art. 270 al. 2 CO, aboutit à la conclusion que la sanction d'un tel vice de forme dans la notification du loyer initial est la nullité partielle du contrat, limitée au loyer, au sens de l'art. 20 al. 2 CO. Alors même que l'un des éléments essentiels du contrat est remis en cause, le Tribunal fédéral considère qu'il serait contraire à l'art. 34 septies de la Constitution fédérale, qui vise à protéger les locataires contre les abus, de prononcer la nullité du contrat de bail dans son ensemble.

L'intérêt principal de l'arrêt réside dans la manière dont le loyer doit ultérieurement être fixé. Le Tribunal fédéral rejette l'opinion défendue par une importante partie de la doctrine, selon laquelle le loyer payé par le précédent locataire doit remplacer le loyer convenu entre les parties. D'après le Tribunal fédéral, la loi présente une lacune proprement dite que le juge doit combler en faisant œuvre de législateur, au sens de l'art. 1^{er} al. 2 CC. Le juge doit fixer un loyer approprié dans le cas particulier, en se fondant sur toutes les circonstances du cas d'espèce. Notre Haute Cour s'exprime de la manière suivante:

«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, le loyer payé par le précédent locataire. Jouissant d'un pouvoir plus étendu que dans la procédure en contestation d'un loyer fixé selon les normes prescrites, le juge n'a pas à restreindre son examen au caractère abusif ou non du loyer convenu par les parties. Au demeurant, ce dernier constitue la limite supérieure du loyer à fixer par le juge.»

Le Tribunal fédéral poursuit en précisant ce qui suit:

«Dans cette perspective, il appartient 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 d'augmentation sensible du loyer au sens de l'art. 270 al. 1 litt. b CO, de fixer le loyer à la hauteur du loyer payé par le locataire précédent, par application analogique de l'art. 269 d CO.»

A notre avis, cet obiter dictum vise le cas où le bailleur n'a pas notifié la formule officielle de fixation du loyer initial, ce qui semble indiquer que le Tribunal fédéral considère que la sanction de cette omission est également une nullité partielle du contrat limitée au loyer⁴⁰.

3. Commentaire de l'arrêt

Le Tribunal fédéral se place dans l'hypothèse où le locataire «a introduit une procédure judiciaire pour contester le loyer initial»⁴¹. Le contrat étant frappé de nullité partielle, celle-ci se produit de plein droit. Le juge doit la relever d'office⁴². Ainsi, dans ce cas le locataire n'a pas à contester le loyer initial dans le délai de

37. BO CN 1989 p. 530.

38. ATF du 13.12.1994 C. c/ R., à paraître dans les Cahiers du Bail.

39. ATF 120 II 206; SJ 1994, p. 237 = CdB 1994 N° 1 p. 24.

40. Voir III. B. 1.

41. ATF du 13.12.1994 C. c/ R., p. 16.

42. Gauch/Schluemp/Tercier, Partie générale du droit des obligations, Tome I, 2^e éd. Schulthess, Zurich, 1982, p. 95, n° 502.

30 jours institué par l'art. 270 al. 1 CO pour faire constater la nullité partielle du contrat. L'on se trouverait sinon face à un motif d'annulabilité du loyer initial.

Si le loyer fixé par le juge est inférieur au loyer initial convenu entre les parties, le locataire peut agir en répétition des sommes payées à tort⁴³. Il doit agir dans le délai d'un an dès la connaissance de son droit. La prescription absolue sera atteinte cinq ans après la conclusion du contrat de bail en application de l'art. 128 ch. 1 CO⁴⁴.

L'arrêt ici commenté est critiquable en ceci que la solution retenue par le Tribunal fédéral n'est valable que si le loyer initial n'a pas été contesté dans le délai prescrit. Dans le cas contraire, le vice de forme ne doit pas avoir de conséquences particulières. En effet, le but de la formule officielle, qui est principalement de renseigner le nouveau locataire sur son droit de contester le loyer initial, a été atteint. Le locataire n'ayant pas été lésé par le vice de forme, le juge doit appliquer l'art. 270 al. 1 CO sans en tenir compte. Il serait curieux que le juge saisi d'une contestation du loyer initial doive appliquer une méthode de fixation du loyer différente selon que l'éventuelle hausse de loyer par rapport au précédent loyer ait été correctement motivée ou non! La méthode absolue ordinaire doit s'appliquer dans les deux cas.

Il est à noter que le Tribunal fédéral ne s'est pas expressément prononcé sur les conséquences d'une absence de motivation de la formule officielle lorsque le loyer initial est identique au précédent loyer. Il se place exclusivement dans l'hypothèse où le loyer initial est supérieur au précédent loyer, sans que l'on puisse en déduire, a contrario, que l'absence de motivation en cas de loyer initial identique au précédent loyer ne trouve pas de sanction. Par ailleurs, le Tribunal fédéral relève que l'art. 270 al. 2 CO n'exclut pas l'usage obligatoire de la formule officielle dans un tel cas⁴⁵, sans que cette affirmation ne permette, là non plus, d'en tirer des conclusions. A notre sens, la référence à l'art. 269 d CO faite par l'art. 270 al. 2 CO signifie que seul doit être motivé un loyer initial supérieur au loyer du précédent locataire. On ne voit pas dans quel but la loi imposerait d'indiquer les motifs du maintien du loyer précédent.

B. Absence de notification de la formule officielle

Le Tribunal fédéral a jugé que la non-utilisation de la formule officielle entraînait à l'évidence des conséquences civiles, sans préciser lesquelles⁴⁶.

1. La validité du loyer

A notre sens, les conséquences d'une absence totale de notification de la formule officielle doivent être les mêmes que celles d'un vice de forme entachant

43. Jeanprêtre, op. cit., p. 4.

44. Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und fatal Fristen, 2 vol., Berne, 1975, p. 714; ACJ Ge du 18.3.1994 du G. c/ S.

45. ATF du 13.12.1994 C. c/ R., p. 14.

46. ATF 117 Ia 328.

l'avis officiel⁴⁷. Le juge doit s'employer à fixer le loyer en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

Lorsque le canton a prévu l'obligation de l'usage de la formule officielle même lorsque le nouveau loyer n'est pas plus élevé que le loyer du précédent locataire, comme à Genève⁴⁸, l'absence de notification de la formule officielle entraîne également la nullité partielle du contrat.

Si le bailleur omet de notifier la formule officielle de fixation du loyer initial et notifie ultérieurement un avis de majoration de loyer que le locataire conteste, le juge devra constater la nullité partielle du contrat de bail. Il devra fixer le loyer en fonction de toutes les circonstances du cas, puis vérifier le caractère non abusif de la hausse de loyer en fonction du loyer initial qu'il aura lui-même fixé.

2. Le délai de contestation

Lorsque la formule officielle n'est pas adressée au locataire, le délai de contestation du loyer initial n'est à notre avis pas modifié. D'après le Tribunal fédéral, la sanction, bien plus lourde, est la nullité partielle du contrat. Aucun délai particulier n'a à être respecté pour faire constater cette nullité.

C. Retard dans la notification de la formule officielle

Il est à relever que l'art. 270 al. 2 CO ne dit pas à quel moment doit intervenir la notification de la formule officielle. Le droit genevois prévoit que «la formule officielle doit être notifiée au plus tard le jour de la remise de la chose louée au locataire»⁴⁹.

Quelle sont les conséquences d'un non-respect de cette prescription?

Si un avis de majoration de loyer est notifié tardivement, l'entrée en vigueur de la hausse est reportée à la prochaine échéance du bail, en vertu de l'art. 266 a al. 2 CO, appliqué par analogie⁵⁰. A notre avis, cette solution n'est pas applicable en cas de notification tardive de la formule officielle lors de la conclusion d'un nouveau bail. Elle créerait un vide juridique entre la date d'entrée en vigueur du bail et celle de l'entrée en vigueur du loyer notifié sur formule officielle. Dans un tel cas, la seule conséquence de la notification tardive est le report du délai de contestation du loyer initial. Le contrat de bail n'est pas non plus frappé de nullité partielle, sanction dépourvue de toute base légale.

47. Voir II. A. 2. in fine.

48. ATF du 13.12.1994 C. c/ R., p. 14.

49. Art. 94 B al. 3 de la loi d'application du Code civil et du Code des obligations, du 7 mai 1981.

50. ATF 107 II 189 = JT 1981 I 281 = SJ 1981 p. 497.