

TRIBUNAL FÉDÉRAL

Contestation du loyer initial. Rendement net. Loyers usuels du quartier. Hiérarchie des méthodes absolues. Fardeau de la preuve. Statistique des loyers.

Bail d'habitation. – Loyer inchangé par rapport au précédent loyer. – Contestation du loyer initial. – Rejet de la demande par le Tribunal des baux. – Diminution du loyer initial par la Chambre des recours. – Recours du bailleur au Tribunal fédéral.

Art. 269, 269a, 270 CO; 11 OBLF.

1. Dans l'application de la méthode absolue, les deux critères absolus – le loyer fondé sur les coûts et celui fondé sur les loyers du marché – sont antinomiques, et partant, exclusifs l'un de l'autre (5.1.1).
2. Le critère absolu du rendement net excessif, fondé sur les coûts, est prééminent par rapport au critère des loyers usuels du quartier. S'agissant d'immeubles anciens, construits ou acquis il y a plusieurs décennies, pour lesquels un calcul de rendement est difficile, voire impossible, la hiérarchie des critères est toutefois inversée au profit des loyers usuels (5.1.1).
3. L'analyse des loyers comparatifs doit se faire à l'aune de comparaisons concrètes et non d'une « impression d'ensemble »; elle doit se fonder sur des statistiques officielles fiables ou sur un minimum de cinq objets de comparaison (5.2).
4. Dans l'action en contestation d'un loyer initial, le fardeau de la preuve des loyers usuels incombe au locataire. Lorsque le loyer est augmenté d'au moins dix pourcent, celui-ci est présumé abusif, de sorte qu'il appartient au bailleur d'apporter des contre-preuves fondées sur des éléments comparatifs (5.3.1).

Anfechtung des Anfangsmietzinses. Nettorendite. Quartierüblicher Mietzins. Hierarchie der absoluten Berechnungsmethoden. Beweislast. Mietzinsstatistik.

Wohnungsmiete. – Unverändert gebliebener Mietzins gegenüber dem Vormieter. – Anfechtung des Anfangsmietzinses. – Abweisung des Begehrens durch das

Mietgericht. – Herabsetzung des Anfangsmietzinses durch den Appellationshof. – Berufung des Vermieters an das Bundesgericht.

Art. 269, 269a, 270 OR; 11 VMWG.

1. Bei Anwendung der absoluten Berechnungsmethode stehen sich die beiden absoluten Kriterien – nämlich der sich aus den Gestehungskosten ergebende Mietzins sowie der auf dem quartierüblichen Mietzins berechnete Mietzins – gegensätzlich gegenüber (5.1.1).
2. Das absolute Kriterium der Erzielung einer übermässigen Rendite, basierend auf einer Berechnung der Gestehungskosten, ist gegenüber dem Kriterium der Erzielung eines quartierüblichen Mietzinses vorrangig. Bei älteren Liegenschaften, deren Erstellung oder Erwerb Jahrzehnte zurückliegt und bei denen deshalb eine Berechnung beruhend auf Gestehungskosten schwierig oder gar unmöglich ist, ist die Hierarchie der Kriterien zugunsten des Kriteriums des quartierüblichen Mietzinses umgekehrt (5.1.1).
3. Die Analyse von Vergleichsmieten hat aufgrund konkreter Vergleichsobjekten zu erfolgen und nicht aufgrund eines « Gesamteindrucks »; sie ist auf offizielle, vertrauenswürdige Statistiken abzustellen oder hat zumindest auf einem Vergleich von fünf Vergleichsobjekten zu beruhen (5.2).
4. Bei einer Anfechtung des Anfangsmietzinses, beruht die Beweislast vergleichbarer Mietzinse dem Mieter. Wurde der Mietzins um mindestens 10% erhöht, so ist von einer missbräuchlichen Mietzinserhöhung auszugehen und dem Vermieter obliegt der Beweis des Gegenteils mittels Vorbringen von Vergleichsobjekten (5.3.1).

Source: Arrêt de la I^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 29 novembre 2016 dans la cause X. SA c/ Z. (4A_295/2016).

Faits: Par contrat de bail du 17 décembre 2013, X. SA, propriétaire de l'immeuble (ci-après: la bailleresse, défenderesse et recourante), a loué à Z. (ci-après: le locataire, demandeur et intimé) un appartement au 4^e étage dans un immeuble à Genève, pour le loyer de Fr. 24'720.– par an, soit Fr. 2'060.– par mois, charges non comprises. Les parties discutent de la question de savoir s'il s'agit d'un trois pièces ou d'un trois pièces et demie, de même que celle de savoir s'il a une surface de 60 m² ou une surface PPE de 68 m². Le contrat de bail a été conclu pour une durée d'un an, du 1^{er} février 2014 au 31 janvier 2015, renouvelable d'année en année, sauf résiliation signifiée avec un préavis de trois mois pour l'échéance.

La formule officielle de notification du loyer initial lors de la conclusion d'un nouveau bail, de la même date, mentionne que le loyer payé par l'ancien locataire s'élevait au même montant à compter du 1^{er} janvier 2011 et que le loyer se situe dans les limites des loyers usuels du quartier (art. 269 et 269a CO).

En bref, l'immeuble date de 1929 et est resté en mains de la même propriétaire depuis cette époque. Il est situé à proximité des écoles, des commerces et des transports publics; l'entrée de l'immeuble est sécurisée par un code et un interphone. Des travaux de rénovation ont eu lieu en 2006-2007 (façades, peinture des volets et remplacement des stores, mais pas de travaux à l'intérieur des appartements). L'ascenseur a

été rénové en 2005. L'appartement du locataire comprend une chambre, un salon, un hall, une cuisine, une salle de bains et un réduit, dispose de doubles vitrages, de placards et d'une bibliothèque intégrée et du télé-réseau; il bénéficie d'une bonne isolation phonique. Depuis le salon et depuis le balcon, on a une vue directe sur le lac et le jet d'eau. Cet appartement n'a pas été complètement rénové avant sa remise au locataire, mais il a été repeint.

Le 24 février 2014, le locataire a saisi la Commission de conciliation en matière de baux et loyers du canton de Genève d'une requête en contestation du loyer initial, concluant notamment à ce que le caractère abusif du loyer soit constaté, que le loyer soit fixé à Fr. 840.- par mois, charges non comprises, sous réserve de modification, et que la bailleresse soit condamnée à lui rembourser le trop-perçu.

La conciliation ayant échoué et une autorisation de procéder lui ayant été délivrée, le locataire a déposé sa demande devant le Tribunal des baux et loyers le 25 mai 2014. Il a conclu préalablement qu'il soit ordonné à la bailleresse de produire toutes les pièces permettant d'effectuer un calcul de rendement net de la chose louée. Invoquant les statistiques genevoises de mai 2013 sur le niveau des loyers à Genève, il a relevé que le loyer moyen d'un trois pièces situé dans un immeuble construit entre 1910 et 1945 en ville de Genève s'élève à Fr. 1'143.- et a conclu que, pour son appartement, tout loyer qui serait supérieur à Fr. 840.- serait abusif.

La bailleresse a conclu au rejet de la demande.

Le Tribunal des baux a tenu une audience de débats principaux le 16 septembre 2014 et a procédé à une inspection locale le 30 octobre 2014.

Par jugement du 4 février 2015, le Tribunal des baux a rejeté la demande du locataire en contestation du loyer initial (ch. 1) et a dit que le loyer a été valablement fixé à Fr. 24'720.- par an (Fr. 2'060.- par mois), charges non comprises, dès le 1^{er} février 2014 (ch. 2). Le Tribunal des baux a considéré que, comme il s'agissait d'un immeuble ancien au sens de la jurisprudence et que le loyer convenu n'avait pas subi de hausse par rapport à l'ancien loyer, il appartenait au locataire d'apporter la preuve que le loyer initial était abusif. Ce dernier n'avait toutefois fourni aucun élément comparatif des loyers usuels dans le quartier, se limitant à se référer à des statistiques. Les exemples comparatifs fournis par la bailleresse n'étaient pas suffisants. Se basant sur la jurisprudence rendue en matière de rendement net excessif (arrêts 4A_576/2008 du 19 février 2009 cons. 2.5; 4A_472/2007 du 11 mars 2008 cons. 2.2), le Tribunal des baux a estimé pouvoir s'appuyer sur les statistiques cantonales publiées par l'Office cantonal de la statistique en procédant aux réajustements nécessaires pour tenir compte des particularités du logement en cause. Compte tenu de ces particularités, il a considéré qu'il se justifiait de s'écarter des statistiques cantonales genevoises, dont le manque de précision a, à plusieurs reprises, été rappelé par le Tribunal fédéral (arrêt 4A_612/2012 du 19 février 2013 cons. 3.2.3), a jugé le loyer non abusif et a rejeté l'action.

Statuant sur appel du locataire par arrêt du 4 avril 2016, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève l'a admis et a réformé le jugement attaqué notamment en ce sens que le loyer est fixé à Fr. 15'000.- par an (Fr. 1'250.- par mois), charges non comprises, dès le 1^{er} février 2014 et que la bailleresse est condamnée à rembourser au locataire le trop-perçu avec intérêts à 5% dès le 4 avril

2016. La cour cantonale a estimé que le loyer du précédent locataire aurait dû être réduit d'environ 8% à Fr. 1'895.-, pour tenir compte de la baisse du taux hypothécaire de référence et de la baisse de l'indice suisse des prix à la consommation. Sur cette base et au vu des statistiques cantonales de mai 2013 faisant état d'un loyer moyen de Fr. 1'143.-, elle a estimé que le loyer initial présentait un caractère abusif. Elle a alors imposé à la bailleresse le devoir d'apporter des contre-preuves et, constatant que celle-ci n'a produit que quatre exemples comparatifs, a considéré qu'elle avait échoué à apporter la contre-preuve. Partant du loyer résultant de la statistique, elle l'a pondéré à la hausse à Fr. 1'250.-, en tenant compte des particularités du logement litigieux.

Contre cet arrêt, la bailleresse a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 9 mai 2016, concluant à sa réforme en ce sens que, principalement, l'action en contestation du loyer initial est rejetée et, subsidiairement, qu'il soit dit que le loyer a été valablement fixé à Fr. 24'720.- par an (Fr. 2'060.- par mois), charges non comprises, dès le 1^{er} février 2014. Plus subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour instruction complémentaire dans le sens des considérants. (...)

Droit: (...)

4. Il y a lieu d'examiner tout d'abord si la condition de l'art. 270 al. 1 let. a CO est remplie en l'espèce.

4.1 D'après l'art. 270 al. 1 CO, lorsque le locataire estime que le montant du loyer initial est abusif au sens des art. 269 et 269a CO, il peut le contester et en demander la diminution 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 (let. a) ou si le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial pour la même chose par rapport au précédent loyer (let. b).

L'art. 270 al. 1 CO ne règle que les conditions formelles de l'action en contestation du loyer initial. Les critères matériels permettant de juger du bien-fondé d'une demande de diminution du loyer par rapport à celui payé par le précédent locataire se trouvent aux art. 269 et 269a CO (ATF 139 III 13 cons. 3.1.2; 120 II 240 cons. 2 p. 243).

Selon la jurisprudence, l'art. 270 al. 1 CO prévoit trois conditions formelles alternatives (trois motifs alternatifs) permettant de contester un loyer initial, qu'il appartient au locataire de prouver. Il suffit que l'une d'entre elles soit réalisée pour que le juge doive entrer en matière sur la demande de contestation du loyer initial (ATF 136 III 82 cons. 2 p. 84). La première condition alternative est la contrainte dans laquelle se trouve le locataire de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale (art. 270 al. 1 let. a, première alternative, CO). La deuxième condition alternative est la contrainte dans laquelle s'est trouvé le locataire de conclure en raison de la situation sur le marché local du logement (ou des locaux commerciaux) – situation de pénurie – (art. 270 al. 1 let. a, 2^e alternative, CO; ATF 136 III 82 précité). La troisième condition alternative, enfin, est l'augmentation sensible du loyer initial par rapport au loyer payé par le précédent locataire (art. 270 al. 1 let. b CO; ATF 142 III 442 cons. 3.1 p. 449 ss; 136 III 82 cons. 3.3 et 3.4; 114 II 74 cons. 3d p. 78).

4.2 En tant que la bailleresse recourante soutient que l'existence d'une situation de pénurie – qui existe dans le canton de Genève – ne suffit pas à elle seule pour que soit

réalisée la condition de l'art. 270 al. 1 let. a CO, et qu'il faut encore que le locataire ne soit pas le principal responsable de la situation de contrainte dans laquelle il s'est trouvé au moment de la conclusion du contrat, elle méconnaît la jurisprudence susmentionnée. Son grief est infondé.

5. Il faut donc entrer en matière et examiner si la condition matérielle du loyer abusif au sens des art. 269 et 269a CO est réalisée.

5.1 Le locataire peut contester le loyer initial et en demander la diminution lorsque son montant est abusif au sens des art. 269 et 269a CO (art. 270 al. 1 CO), soit, en particulier, lorsqu'il permet d'obtenir un rendement excessif de la chose louée (art. 269 CO). N'est en règle générale pas abusif le loyer qui se situe dans les limites des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier (art. 269a let. a CO).

5.1.1 Le contrôle de l'admissibilité du loyer initial ne peut être effectué qu'à l'aide de la méthode absolue, laquelle sert à vérifier concrètement que le loyer ne procure pas un rendement excessif au bailleur compte tenu des frais qu'il doit supporter et des prix du marché (ATF 120 II 240 cons. 2). Dans l'application de la méthode absolue, les deux critères absolus – le loyer fondé sur les coûts et le loyer fondé sur les loyers du marché – sont antinomiques, et partant, exclusifs l'un de l'autre (ATF 121 III 6 cons. 3c p. 11).

Le critère absolu du rendement net excessif, qui présuppose de déterminer les coûts d'investissement de l'immeuble financés par les fonds propres (principalement le prix d'acquisition de l'immeuble), d'y appliquer un taux de rendement admissible (qui est le taux d'intérêt hypothécaire de référence, augmenté de 0,5%) et d'y ajouter les charges immobilières annuelles, les charges courantes et les charges d'entretien, de les réévaluer en fonction de l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation et d'en ventiler le résultat à la chose louée (pour le calcul détaillé, cf. arrêts 4A_147/2016 du 12 septembre 2016 cons. 2 et les arrêts cités; 4A_465/2015 du 1^{er} mars 2016 cons. 4) est prééminent par rapport au critère absolu des loyers usuels dans le quartier (ATF 124 III 310 cons. 2; arrêt 4A_645/2011 du 27 janvier 2012 cons. 3.2 publié in SJ 2012 I 377).

Toutefois, pour les immeubles anciens, soit les immeubles construits ou acquis il y a plusieurs décennies (140 III 433 cons. 3.1.1; 139 III 13 cons. 3.1.2), pour lesquels il peut s'avérer difficile voire impossible d'établir le rendement excessif faute de connaître les fonds propres entrant dans le calcul du loyer (les pièces comptables n'existent plus ou laissent apparaître des montants qui ne sont plus en phase avec la réalité économique), la hiérarchie des critères absolus est inversée (ATF 124 III 310 cons. 2): il n'y a pas lieu de calculer le rendement net du logement, mais de déterminer sa valeur par référence aux loyers usuels du quartier, en comparant le loyer en cause avec le loyer moyen du quartier (art. 269a let. a CO) ou en établissant, par capitalisation de celui-ci, le prix de revient théorique de l'immeuble (ATF 140 III 433 cons. 3.1; 139 III 13 cons. 3.1.2).

5.1.2 Il a été constaté en l'espèce que le bâtiment dans lequel se trouve l'appartement remis à bail au locataire date de 1929 et qu'il est resté en mains de la même propriétaire depuis cette époque; il a subi des travaux de rénovation en 2005, 2006 et

2007. Il s'agit donc manifestement d'un immeuble ancien au sens de la jurisprudence sus-rappelée, ce qui n'est pas contesté par les parties. Par conséquent, l'ordre de priorité entre les deux critères absolus de fixation du loyer est ici inversé. En d'autres termes, le loyer initial litigieux doit être déterminé exclusivement sur la base des loyers usuels dans le quartier – s'agissant d'un appartement en ville de Genève – (art. 269a let. a CO).

5.2 L'art. 11 OBLF détermine les loyers déterminants pour le calcul des loyers usuels dans le quartier: il s'agit des loyers de logements comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction (al. 1), à l'exclusion des loyers découlant du fait qu'un bailleur ou un groupe de bailleurs domine le marché (al. 3). Les statistiques officielles doivent être prises en considération (al. 4). Ces prescriptions correspondent à celles de l'ancien droit, qui figuraient à l'art. 15 al. 1 let. a AMSL (seul le critère de la dimension y a été expressément ajouté; cf. ATF 123 III 317 cons. 4 p. 319 et la référence à la doctrine).

Selon la jurisprudence, le juge cantonal doit procéder à des comparaisons concrètes, à la lumière des critères de l'art. 11 OBLF. La détermination des loyers usuels ne peut pas s'effectuer sur la base d'une «impression d'ensemble». Pour pouvoir tirer des conclusions qui offrent quelque sécurité, le juge cantonal doit pouvoir se fonder soit sur des statistiques officielles (art. 11 al. 4 OBLF), soit sur au minimum cinq logements de comparaison (ATF 141 III 569 cons. 2.2.1).

5.2.1 Pour que le juge puisse appliquer la méthode des statistiques officielles, il faut qu'il existe de telles statistiques, satisfaisant aux exigences de l'art. 11 al. 1 OBLF. Elles doivent contenir des données chiffrées, suffisamment différenciées et dûment établies sur l'emplacement, la dimension, l'équipement et l'état de la chose louée, comme aussi sur la période de construction, et tenir compte de l'évolution récente des loyers (ATF 141 III 569 cons. 2.2.1 et 2.2.2; 123 III 317 cons. 4a p. 319).

5.2.2 L'application de la méthode des cinq logements de comparaison présuppose que ces cinq éléments comparatifs présentent, pour l'essentiel, les mêmes caractéristiques que le logement litigieux quant aux critères de l'art. 11 al. 1 OBLF, soit quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction, tout en tenant compte de l'évolution récente de leurs loyers au regard du taux hypothécaire et de l'indice suisse des prix à la consommation (IPC) (ATF 141 III 589 cons. 2.2.3; 136 III 74 cons. 3.1 p. 80; 123 III 317 cons. 4a p. 319 et cons. 4d p. 325). En effet, les loyers de référence doivent eux-mêmes ne pas être abusifs; il est donc nécessaire, en principe, de les adapter aux baisses du taux hypothécaire survenues, en règle générale, depuis la date de la dernière fixation du loyer (ATF 127 III 411 cons. 5a p. 414), ce qui nécessite de connaître leur taux hypothécaire de référence (ATF 141 III 589 cons. 2.2.3). La législation relative à la protection contre les loyers abusifs a précisément pour but d'éviter que le bailleur n'obtienne un rendement excessif de la chose louée. Or, il serait contraire à ce but de prendre comme éléments de comparaison, pour juger du caractère abusif d'un loyer donné, des loyers qui sont eux-mêmes abusifs parce que les bailleurs concernés ne les ont pas adaptés à l'évolution des facteurs de baisse. L'art. 11 al. 3 OBLF va d'ailleurs dans ce sens, en tant qu'il exclut la prise en considération des loyers découlant du fait qu'un bailleur ou un groupe de bailleurs domine le marché. Il en ressort clairement que la détermination des loyers usuels ne saurait obéir aux seules

lois du marché (ATF 141 III 569 cons. 2.2.1; 123 III 317 cons. 4d p. 325; 127 III 411 cons. 5a p. 412 ss; 136 III 74 cons. 3.1 p. 80).

La notion de loyers usuels (art. 269a let. a CO) est une notion de droit matériel. Dès lors qu'on ne se trouve pas dans un cas dans lequel, au vu de sa nature, une preuve certaine est objectivement impossible à apporter ou ne peut pas être raisonnablement exigée (Beweisnot), une réduction du degré de la preuve à la vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*) n'entre pas en ligne de compte. De simples difficultés de preuve dans un cas particulier ne sauraient en effet justifier une réduction du degré de la preuve, sous peine de créer une entorse au système légal, tel qu'il a été voulu par le législateur fédéral (ATF 123 III 317 cons. 4d p. 325). La preuve des loyers usuels doit donc être apportée au degré de la certitude (ou preuve stricte; *Gewissheit*): le juge doit acquiescer, en se fondant sur des éléments objectifs, la conviction de l'existence de ce fait; une certitude absolue n'est pas nécessaire, mais il faut qu'il n'y ait aucun doute sérieux ou, à tout le moins, que les doutes qui subsistent paraissent légers (ATF 141 III 569 cons. 2.2.1; sur le degré de la preuve en général, cf. ATF 130 III 321 cons. 3.2; arrêt 5C.97/2005 du 15 septembre 2005 cons. 4.4.2, publié partiellement in SJ 2006 I p. 271).

Dans l'application de la méthode des cinq logements comparatifs, puisque la comparaison est effectuée non à l'aide de statistiques officielles établies sur la base de très nombreux appartements, mais avec seulement cinq logements de comparaison, il s'impose de se montrer particulièrement strict dans l'admissibilité des logements qui peuvent être pris en considération, dès lors que le tribunal doit pouvoir en tirer des conclusions certaines. En outre, puisqu'il s'agit pour le tribunal de comparer des logements, un certain schématisme est nécessaire pour garantir la prévisibilité du droit et l'égalité de traitement. Cela ne signifie évidemment pas que, lorsque les cinq éléments produits peuvent être schématiquement comparés à l'appartement litigieux parce qu'ils présentent des caractéristiques communes avec celui-ci, le tribunal ne puisse pas procéder encore à une pesée des avantages et inconvénients de l'appartement litigieux (ATF 141 III 569 cons. 2.2.3; 123 III 317 cons. 4d p. 325 s.).

5.2.3 Il n'existe pas à Genève de statistiques officielles satisfaisant aux exigences de l'art. 11 al. 4 OBLF (ATF 136 III 74 cons. 4; 123 III 317 cons. 4c/cc p. 324 s.; arrêts 4A_645/2011 déjà cité cons. 3.5; 4A_674/2012 du 23 septembre 2013 cons. 3; 4A_472/2007 du 11 mars 2008 cons. 2.2). La statistique produite de mai 2013 ne remplit pas ces exigences. Seule la méthode des cinq logements de comparaison peut donc servir en l'espèce à l'établissement des loyers usuels du quartier.

5.3

5.3.1 Selon la jurisprudence, dans l'action en contestation du loyer initial d'un logement situé dans un immeuble ancien, le fardeau de la preuve des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier incombe au locataire (ATF 139 III 13 cons. 3.1.3). En effet, selon la théorie des normes déduite de l'art. 8 CC, l'abus de droit, à savoir le loyer abusif, invoqué par le locataire est un fait dirimant, dont le fardeau de la preuve incombe à la partie adverse du titulaire du droit; ainsi quand le bailleur s'est prévalu des loyers usuels dans la formule officielle pour justifier le loyer convenu, il incombe au locataire de démontrer que le loyer est abusif (à propos de la contestation du loyer initial qui

a été augmenté par rapport à celui payé par le précédent locataire, cf. ATF 139 III 13 cons. 3.1.3).

Lorsque le loyer initial convenu a été sensiblement augmenté – à savoir, selon la jurisprudence, de 10% au moins (ATF 136 III 82 cons. 3.4) – par rapport au loyer du précédent locataire au sens de l'art. 270 al. 1 let. b CO, lequel se détermine en fonction du loyer effectivement payé par celui-ci (sans tenir compte de ce qu'il est ou non adapté, au vu de facteurs relatifs) –, il a été admis que le loyer convenu (augmenté de 43%, alors que tant le taux hypothécaire de référence que l'indice suisse des prix à la consommation n'avaient cessé de décroître) est présumé abusif, de sorte qu'il incombe au bailleur d'apporter des contre-preuves fondées sur des éléments comparatifs pour démontrer que, malgré les apparences, il s'agit d'un cas exceptionnel et que le loyer initial convenu n'est pas abusif (ATF 139 III 13 cons. 3.1.4, 3.2 et 3.3).

En revanche, lorsque le loyer initial convenu est le même que le loyer payé par le précédent locataire, il ne saurait être présumé abusif sur la base de statistiques générales, cantonales ou communales. On ne peut pas non plus, comme lorsqu'il s'agit d'établir le rendement net de l'immeuble et que le bailleur dispose ou a disposé des pièces comptables nécessaires à cette fin (cf. en matière de diminution du loyer en cours de bail sur la base du critère du rendement, l'arrêt 4A_559/2015 cons. 2.1 et 2.2, destiné à la publication; en matière de contestation du loyer initial sur la base du critère du rendement, l'arrêt 4A_461/2015 du 15 février 2016 cons. 3.2 et 3.3), exiger, conformément aux règles de la bonne foi (art. 52 CPC, art. 2 CC), la collaboration du bailleur à l'administration des preuves, alors qu'il ne dispose pas lui-même de ces éléments de comparaison; en effet, comme le bailleur n'est pas chargé du fardeau de la preuve des loyers comparatifs, il ne peut être contraint de se procurer auprès de tiers des exemples de comparaison (ATF 117 II 113 cons. 2; cf. 4A_475/2012 du 6 décembre 2012 cons. 2.4.3). Le juge ne saurait non plus, comme lorsque le loyer est nul, faute de communication de la formule officielle de notification du loyer initial, et qu'il doit alors compléter le contrat (art. 270 al. 2 CO; ATF 140 III 583 cons. 3.2 et 3.3), corriger le loyer convenu à l'aide de données statistiques générales ou en se basant sur son expérience du marché locatif (4A_517/2014 du 2 février 2015 cons. 5.1 in fine et les arrêts cités).

5.3.2 En l'occurrence, le locataire, qui supportait pourtant le fardeau de la preuve des loyers usuels du quartier, n'a pas produit les cinq exemples de logement de comparaison nécessaire à cette fin. Les quatre exemples fournis spontanément par le bailleur ne permettaient pas au juge de statuer, dès lors que leur nombre était insuffisant au sens de la jurisprudence pour pouvoir apporter cette preuve. En faisant supporter à la bailleuse l'échec de la preuve des loyers usuels du quartier, après lui avoir imposé le devoir d'apporter la contre-preuve des loyers usuels, la cour cantonale a violé la répartition du fardeau de la preuve prévue par l'art. 8 CC.

Contrairement à ce que soutient le locataire intimé, le caractère abusif du loyer ne peut pas être apporté par des statistiques cantonales non officielles, même en tant qu'indices à l'appui d'une présomption d'abus, car cela revient à violer l'art. 19 al. 4 OBLF. Dans l'ATF 139 III 13, contrairement à ce qu'ont compris la cour cantonale et le locataire intimé, la Cour de céans n'a pas procédé ainsi: elle a pu admettre une présomp-

tion de loyer abusif parce que le loyer avait été augmenté de 43 % par rapport au loyer payé par le précédent locataire, ce qui ne pouvait se justifier au vu de la conjoncture économique; au vu de cette présomption, il revenait donc au bailleur d'apporter la contre-preuve d'un loyer non abusif.

Le Tribunal fédéral est bien conscient du fait qu'il est difficile de trouver des logements comparatifs, qui présentent les mêmes caractéristiques que l'appartement litigieux, raison pour laquelle il n'en a exigé que cinq. Ce chiffre ne saurait, comme il a été rappelé dans l'ATF 141 III 569, être réduit. Il peut d'ailleurs être aussi difficile pour un bailleur – si l'on songe à un propriétaire qui ne dispose pas d'une régie – que pour un locataire – qui pourtant, comme en l'espèce, s'est adressé à l'Asloca (art. 105 al. 2 LTF) – de se procurer ces cinq éléments de comparaison. Cette difficulté ne justifie toutefois aucune dérogation à la règle du fardeau de la preuve (art. 8 CC).

6. En conséquence, l'arrêt attaqué doit être annulé. Comme ni la cour cantonale, ni le locataire intimé n'ont compris correctement l'ATF 139 III 13, qu'ils ont cru pouvoir en extrapoler, en se référant à un arrêt antérieur 4A_250/2012 du 28 août 2012, que des données statistiques générales pourraient permettre d'en prouver le caractère abusif, au point, pratiquement, de renverser le fardeau de la preuve des loyers usuels du quartier sur le bailleur, que le Tribunal des baux n'a pas invité le locataire à fournir les cinq logements de comparaison alors que la maxime inquisitoire simple est applicable (ATF 141 III 569 cons. 2.3), il y a lieu de renvoyer la cause à la cour cantonale pour instruction complémentaire dans ce sens et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Note: En cas de contestation du loyer initial, le bailleur est confronté à plusieurs questions, tant de forme que de fond. Cet arrêt présente l'intérêt de parcourir les principales d'entre elles.

Il y a lieu de préciser qu'il a été rendu dans un cas où le bailleur avait dûment notifié l'avis officiel de fixation du loyer initial dans le délai et les formes prescrites. La question de la validité dudit avis ne se posait pas non plus.

Le Tribunal fédéral rappelle en premier lieu que le contrôle de la validité du loyer initial contesté se fait selon la méthode absolue, soit sur la base du critère du rendement net des fonds propres investis ou de celui des loyers du quartier. Il réaffirme ensuite la prééminence désormais établie du critère du rendement net.

Cela appelé, l'arrêt traite plus particulièrement les trois questions suivantes.

1. La méthode absolue pour les immeubles anciens

Lorsque l'immeuble est ancien, soit construit ou acquis il y a plusieurs décennies, il est souvent impossible de déterminer le montant des fonds propres investis. Les pièces ne sont plus disponibles ou plus pertinentes. Dans ce cas, le critère des loyers du quartier prend le pas sur celui du rendement net des fonds propres. «La hiérarchie des critères absolus est inversée», dit le Tribunal fédéral¹.

2. La méthode de définition des loyers du quartier

L'art. 11 al. 1 OBLF prévoit que les loyers produits en justice pour démontrer le niveau des loyers du quartier doivent être ceux d'objets comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction.

L'exigence de similitude des objets de comparaison avec la chose louée qui fait l'objet du litige est très élevée. «La preuve des loyers usuels doit donc être apportée au degré de la certitude»². Le juge se montrera ainsi très sévère quant à l'admissibilité des objets présentés pour justifier du niveau des loyers du quartier.

La jurisprudence a précisé ces exigences en imposant la production de 5 loyers de comparaison au minimum³ et en considérant que les loyers en question devaient avoir été adaptés, au moins fictivement, à l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation et du taux hypothécaire⁴.

Lorsque les loyers de comparaison répondent à ces exigences, le juge procédera encore à une appréciation des avantages et des inconvénients de la chose louée litigieuse.

Le Tribunal fédéral rappelle finalement que le juge peut également prendre les statistiques des loyers en considération (art. 11 al. 4 OBLF). Toutefois, il réaffirme que les statistiques genevoises ne répondent pas aux exigences de la jurisprudence et qu'elles ne peuvent donc pas être utilisées dans ce contexte⁵.

La démonstration à faire est ainsi particulièrement ardue, à tel point qu'il faut considérer qu'en pratique, le critère des loyers du quartier est inapplicable. C'est pourquoi il sera crucial de savoir lequel du bailleur ou du locataire devra apporter la preuve des loyers du quartier.

3. Le fardeau de la preuve

Le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence rendue en 2012⁶ selon laquelle, en cas de contestation du loyer initial, il revient en principe au locataire de prouver que le loyer est abusif. Il incombe en effet à celui qui invoque l'abus d'un droit, soit la partie adverse du titulaire du droit, de prouver l'abus. Le locataire supporte ainsi en principe le fardeau de la preuve.

Le Tribunal fédéral avait toutefois immédiatement relativisé cette règle en indiquant que si la hausse de loyer entre le loyer payé par le précédent locataire et le loyer initial contesté «est très certainement abusive», l'abus change de camp⁷. Il a précisé, vu l'évolution récente du taux hypothécaire et de l'ISPC, que si la hausse est de plus de 10 % par rapport à l'ancien loyer, l'on se trouve dans un tel cas de figure⁸. Il incombe alors au bailleur de collaborer loyalement à l'administration des preuves et de fournir lui-même au moins les cinq éléments de comparaison prévus par l'art. 11 al. 1 OBLF⁹.

Dans l'arrêt ici commenté, le loyer initial était identique au loyer payé par le précédent locataire. Il en résulte que le Tribunal fédéral a mis le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer à la charge du locataire.

1 Arrêt commenté, cons. 5.1.1.

2 Arrêt commenté, cons. 5.2.2.

3 ATF 141 III 569 cons. 2.1.1 et 2.2.2.

4 ATF 141 III 569 cons. 2.1.3.

5 Arrêt commenté, cons. 5.2.3.

6 ATF 139 II 13 cons. 3.1.3.

7 ATF 139 II 13 cons. 3.1.4.

8 ATF 139 II 13 cons. 3.2.

9 Pour une critique de l'ATF 4A_475/2012 du 6 décembre 2012, identique à celui publié aux ATF 139 III 13, voir Daïna in CdB 1/13 p. 25 ss.

Sans surprise, celui-ci n'y est pas parvenu et son action en contestation du loyer initial a été rejetée.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cet arrêt.

1. Lorsque le critère des loyers du quartier est le critère déterminant pour juger du loyer admissible, celui qui supporte le fardeau de la preuve n'y parvient en principe pas. C'est dire à quel point la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la similitude, l'identité, devrait-on dire, des objets de comparaison avec la chose louée litigieuse est excessive.

Il est piquant de noter que le critère des loyers comparatifs aura alors été retenu parce que le critère de base à appliquer lorsque la méthode absolue s'impose, soit le critère du rendement net des fonds propres, ne pouvait pas non plus s'appliquer, faute de données pertinentes.

C'est ainsi la méthode absolue elle-même, dans son ensemble, qui est mise en échec.

2. C'est dire aussi à quel point le régime du fardeau de la preuve est déterminant. Celui qui doit apporter les éléments de comparaison perdra le procès. Est-il juste que l'issue d'une procédure de contestation du loyer initial, lorsque la chose louée est située dans un immeuble ancien, dépende non pas de la réponse à donner à la question de fond, soit le caractère abusif ou non du loyer, mais de savoir à qui il incombe d'apporter la preuve de l'abus?

3. Dans un tel cas de figure (immeuble ancien), les bailleurs, à moins de disposer au préalable de cinq éléments de comparaison en tous points comparables à la chose louée litigieuse qui leur permettrait de justifier une hausse plus importante, se prémuniront en principe du risque de voir aboutir une action en contestation du loyer initial en limitant la hausse du loyer par rapport au loyer payé par le précédent locataire à moins de 10%.

4. Pour qu'une telle affirmation puisse être faite démontre, encore une fois¹⁰, par l'absurde, qu'une remise à plat du système suisse de la fixation des loyers s'impose.

Mark Muller, avocat, juge assesseur à la
Chambre d'appel genevoise en matière de baux et loyers