

ARTICLE BEITRÄGE/ AUFsätze	<b>Un loyer identique à celui payé par le précédent locataire doit-il être motivé sur la formule utilisée à la conclusion d'un nouveau bail?</b>	<i>Muss bei Abschluss eines neuen Mietvertrages der Mietzins auch dann unter Verwendung des offiziellen Formulars begründet werden, wenn der Mietzins gegenüber dem vorherigen Mieter unverändert geblieben ist?</i>	33
	Par François Bohnet, Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat, Etude KGG et associés, Neuchâtel		
TRIBUNAL FÉDÉRAL BUNDES- GERICHT	<b>Bail de durée déterminée. Droit d'option. Principe de la confiance. Clause insolite.</b>	<i>Befristeter Mietvertrag. Verlängerungsoption. Vertrauensschutz Unübliche Vertragsklausel.</i>	43
GENÈVE GENF	<b>Faillite. Résiliation. Sûretés. Transfert de bail.</b>	<i>Konkurs. Kündigung. Sicherheitsleistung. Übertragung des Mietverhältnisses.</i>	46
GENÈVE GENF	<b>Acquiescement. Non-paiement du loyer. Contestation du loyer initial.</b>	<i>Anerkennung. Nicht-Bezahlen des Mietzinses. Anfechtung des Anfangsmietzinses.</i>	53
GENÈVE GENF	<b>Accessoire. Hausse de loyer. Formule officielle. Box.</b>	<i>Zugehörige Sache zum Hauptmietobjekt. Mietzinserhöhung. Offizielles Formular. Garagenbox.</i>	57

## ARTICLE

**Un loyer identique à celui payé par le précédent locataire doit-il être motivé sur la formule utilisée à la conclusion d'un nouveau bail?**<sup>1</sup>

**Muss bei Abschluss eines neuen Mietvertrages der Mietzins auch dann unter Verwendung des offiziellen Formulars begründet werden, wenn der Mietzins gegenüber dem vorherigen Mieter unverändert geblieben ist?**

Par François Bohnet, Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat, Etude KGG et associés, Neuchâtel

### I. INTRODUCTION

Depuis l'entrée en vigueur du « nouveau » droit du bail en 1990<sup>2</sup>, les cantons peuvent rendre obligatoire, en cas de pénurie de logements, l'usage de la formule officielle prévue en cas de hausse de loyer (art. 269d CO), sur tout ou partie de leur territoire, pour la conclusion de tout nouveau bail. La formule, agréée par le canton, indique, outre les modalités d'une éventuelle contestation, l'ancien et le nouveau loyer ainsi que les motifs éventuels de hausse. Compte tenu de la situation du marché depuis des décennies, cette formule est d'usage sur tout ou partie du territoire de divers cantons romands.

La formule officielle à la conclusion du bail a donné lieu à une importante jurisprudence quant aux conséquences de l'absence de formule ou de remise tardive<sup>3</sup>. La motivation défailante ou imprécise de la hausse a aussi fait l'objet de l'attention des tribunaux<sup>4</sup>. Plusieurs décisions genevoises relativement récentes<sup>5</sup> ont suscité d'importantes interrogations des milieux professionnels. Celles-ci retiennent en effet que la formule doit contenir une motivation alors même que le montant chiffré du loyer (ou des charges) n'aurait pas augmenté au changement de locataire. Cette jurisprudence, isolée sur le plan suisse, fait l'objet des réflexions qui suivent.

1 Cet article fait suite à une conférence donnée par le Professeur Bohnet dans le cadre d'un séminaire organisé par CGI Conseils, le 17 mai 2017.

2 LF du 15 déc. 1989, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1990 (RO1990 802; FF1985I 1369).

3 En cas d'absence de formule officielle ou de remise intervenant plus de trente jours après la remise de l'objet loué, le bail est frappé de nullité partielle et il revient au juge de fixer le loyer en prenant en compte l'ensemble des circonstances du cas, parmi lesquelles figurent le loyer admissible selon l'art. 269 CO, les loyers non abusifs pratiqués dans le quartier, le loyer payé par le précédent locataire (ATF 120 II 341 cons. 6c; 121 III 56 cons. 2c; 124 III 62 cons. 2b; TF [24.09.2008] 4A\_185/2008 cons. 2.3; TF [10.01.2012] 4A\_490/2011 cons. 4.3).

4 ATF 121 III 460 cons. 4, DB 1996 n° 18; 121 III 6, DB 1995 n° 18 (nuancé depuis par l'art. 19 al. 1bis OBLF); 137 III 362 cons. 3.1-3.3; 142 III 375 cons. 3.

5 Arrêt de la Cour de justice 365/2011 du 18 mars 2011; arrêt de la Cour de justice 1128/2012 du 8 août 2012; arrêt de la Cour de justice 1503/2015 du 7 décembre 2015.

## II. JURISPRUDENCE GENEVOISE

Selon la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice de Genève, l'avis de fixation de loyer doit comporter une motivation même lorsque le loyer demeure inchangé par rapport au précédent. Elle en a ainsi jugé dans des arrêts du 18 mars 2011<sup>6</sup> et du 8 août 2012<sup>7</sup>, puis dans un arrêt du 7 décembre 2015<sup>8</sup>. Dans l'arrêt du 8 août 2012, la Chambre des baux à loyer retient que « *la ratio legis 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 ne se perpétue au-delà du changement de locataire (CdB 2/06 p. 64, cons. 2/1a). C'est donc à tort que le bailleur estime être dispensé du devoir de motiver le loyer initial inchangé par rapport au précédent.* »<sup>9</sup> La Cour poursuit en relevant que « *la législation impose les mêmes exigences de motivation en matière de hausse de loyer que pour la notification du loyer initial, les motifs de hausse devant impérativement figurer sur la formule officielle (ATF 120 II 206, cons. 3a; ATF 118 II 130 cons. 2b et c). Le but de cette disposition est de permettre au locataire de connaître les critères appliqués par le bailleur, celui-ci étant lié par les motifs invoqués dans le formulaire officiel et ne pouvant se prévaloir d'autres facteurs par la suite (ATF 121 III 364 cons. 4b, DB 1996, n° 19).* »<sup>10</sup> Dès lors, la Cour de justice considère que les premiers juges n'ont pas violé la loi en estimant que, faute de motivation, il en découle la nullité du loyer initial.

On relèvera que le passage de l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, cité par la Cour de justice<sup>11</sup>, qui reprend l'avis de Sébastien Fetter<sup>12</sup>, l'est hors contexte, puisqu'il concerne la possibilité de contester un loyer initial qui n'est pas supérieur au loyer précédent. Quant à la référence donnée à Patricia Dietschy<sup>13</sup> dans ces arrêts genevois, elle n'est pas non plus topique, puisque cette auteure ne dit rien dans le sens de cette jurisprudence.

La Cour, qui a confirmé sa jurisprudence dans un arrêt du 7 décembre 2015, admet cependant que celle-ci demeure isolée puisque, dans un arrêt du 10 juin 2016<sup>14</sup>, elle relève que bien que cette question ait donné lieu à une jurisprudence genevoise, le Tribunal fédéral ne l'a pas tranchée et la doctrine reste divisée sur la question. Elle parvient ainsi à la conclusion, quant à la responsabilité d'une régie qui n'a pas motivé un loyer initial ayant baissé: « *or, il résulte de ce qui précède que ni l'art. 269d CO, ni l'art. 19 OBLF, qui, selon leur note marginale et leur formulation, concernent les augmentations de loyer et autres modifications unilatérales du contrat par le bailleur au détriment du locataire, ne prévoient expressément la nécessité d'indiquer sur la formule officielle les motifs d'une baisse de loyer. (...) Une telle exigence ne résulte en outre d'aucun arrêt du Tribunal fédéral paru au Recueil officiel (...).* »

6 ACJC/365/2011.

7 ACJC/1128/2012.

8 ACJC/1503/2015.

9 ACJC/1128/2012, cons. 2.2.

10 ACJC/1128/2012, cons. 2.3.

11 CdB 2/2006 p. 62.

12 Sébastien Fetter, La contestation du loyer initial: Etude de l'art. 270 CO, Berne 2005, p. 232 n° 507.

13 CPra Bail-Dietschy, art. 270 CO N 59 et 81, 1<sup>re</sup> éd., Bâle 2010.

14 ACJC/794/2016.

*Le fait que certains auteurs de doctrine et certaines décisions cantonales préconisent cette solution n'en fait pas pour autant une règle juridique établie, devant être reconnue de tous les professionnels de l'immobilier et dont le non-respect constituerait une violation des règles de l'art.»*

A notre sens, les arrêts précités de la Chambre des baux et loyers ne font pas une analyse correcte de la portée de l'art. 270 al. 2 CO. Citant des auteurs qui ne répondent en réalité pas à la question en cause et un arrêt vaudois qui ne la tranche pas plus, ils semblent se fonder sur une interprétation téléologique incomplète, qui ne distingue pas le but de l'art. 270 al. 1 CO de celui de l'art. 270 al. 2 CO. De plus, cette jurisprudence ne s'intéresse ni à l'interprétation littérale, ni à l'interprétation systématique de cette disposition, encore moins à son interprétation historique.

Après un tour d'horizon de la doctrine sur ce thème, nous proposerons notre interprétation de l'art. 270 al. 2 CO.

## III. DOCTRINE

La majorité des auteurs ne s'écarte pas du texte de la loi quant aux indications devant figurer sur la formule officielle à la conclusion du bail. Ils n'ensvisagent de motivation qu'en cas de hausse de loyer.

Muller<sup>15</sup>, un des premiers auteurs à avoir examiné en détail les exigences de la formule officielle à la conclusion d'un nouveau bail, mentionne que « *le but poursuivi par la formule officielle 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. 256a al. 2 CO) ne protège pas suffisamment celui-ci contre une augmentation de loyer* » (BOCN 1989 530). Par ailleurs, « *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* ». Sur la question des mentions, Muller indique qu'« *en application des art. 269d CO et 19 al. 3 OBLF, elle 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 leur compétence à raison du lieu* ». Ainsi, en aucun cas Muller ne parle des bases de calcul du nouveau loyer.

A la même époque, Zihlmann<sup>16</sup> retient simplement les exigences légales, sans rien dire des bases de calcul du nouveau loyer. Quant à Higi<sup>17</sup>, il précise que l'art. 270 al. 2 CO prévoit une application analogique du formulaire de l'art. 269d CO, celui-ci ne comprenant pas une motivation du loyer comme tel, mais uniquement une communication par le biais d'un formulaire. Cet auteur exclut donc explicitement une obligation de motiver le loyer comme tel.

15 Mark Muller, La contestation du loyer initial et sa notification sur formule officielle, CdB 1/1995 p. 1 ss.

16 Peter Zihlmann, Das Mietrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, p. 186 s.

17 ZK-Higi, Teilbd. 2b, Die Miete, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1998, art. 270 n° 106.

Les ouvrages et commentaires récents vont pour la plupart dans le même sens. Dietschy-Martenet<sup>18</sup> indique que les informations qui doivent figurer sur la formule officielle sont « *le dernier montant du loyer et des frais accessoires effectivement payé par le précédent locataire* » ainsi que « *le montant du loyer initial et celui des frais accessoires* ». Doivent également être mentionnés « les motifs précis de la hausse et, en cas de pluralité de motifs, les montants détaillés correspondant à chacun d'eux ». Elle renvoie aux exigences en matière de hausse de loyer. L'auteure mentionne ensuite que lorsque la formule officielle n'est pas employée ou qu'elle ne contient pas les éléments nécessaires, la fixation du loyer initial doit être considérée comme nulle et le contrat de bail frappé d'une nullité partielle. En aucun cas elle ne mentionne que devraient figurer de motifs lorsqu'il n'y a pas de hausse entre le loyer et les frais accessoires du précédent locataire et le loyer initial et les frais accessoires du nouveau locataire.

Heinrich<sup>19</sup> renvoie simplement aux exigences de motivation de la hausse de loyer. Il en va de même de Blumer<sup>20</sup> qui reprend les exigences des art. 269d CO et 19 OBLF. Tercier/Bieri/Carron<sup>21</sup> indiquent également que « *la formule officielle doit contenir (...) en particulier le loyer payé par le précédent locataire et les motifs précis de hausse, avec le montant correspondant à chaque motif s'il y en a plusieurs* ». Ils se réfèrent au texte légal. Burkhalter/Martinez-Favre<sup>22</sup> mentionnent que « *le législateur n'était manifestement pas conscient des différences entre l'obligation d'user de la formule en cours du bail et l'obligation d'en user à la conclusion du bail* », ce qui montre bien qu'à leur sens, on ne peut pas tirer du texte légal une volonté d'aller plus loin en cas de nouveau loyer.

Un courant minoritaire évoque en revanche la nécessité de mentionner la base de calcul du loyer initial, mais sans grands développements.

Dans le commentaire romand, Lachat<sup>23</sup> indique que le formulaire officiel doit comporter les mentions exigées par l'art. 19 al. 1 let. a et c OBLF, en particulier les motivations précises du montant du loyer initial. Il renvoie lui aussi à l'art. 269d CO et au commentaire de cette disposition. Dans son manuel<sup>24</sup>, Lachat précise qu'une modification du loyer initial vise à « *informer, au-delà de ce que prévoit l'art. 256a al. 2 CO, le nouveau locataire du montant payé par son prédécesseur et de son droit de contester le loyer initial. La formule officielle a également pour but d'inciter le bailleur à faire preuve de modération lorsqu'il augmente le loyer au changement de locataire, l'institution ayant donc un rôle préventif.* » Cet auteur va cependant plus loin et relève que la formule officielle doit comporter à la conclusion d'un nouveau bail les mêmes mentions qu'en cas de majoration de loyer (art. 19 al. 3 OBLF) et que « *le formulaire, ou sa lettre d'accompagnement, doivent indiquer le montant du loyer du précédent locataire, le nouveau loyer, les bases de calcul de ce*

*dernier loyer ou les motifs d'une éventuelle majoration (art. 269 ou 269a CO)* »<sup>25</sup>. En exigeant alternativement les motifs d'une éventuelle majoration ou les bases de calcul du dernier loyer, Lachat semble donc aller plus loin que les auteurs mentionnés ci-dessus. Il a du reste évolué dans son approche, puisque dans l'édition précédente de son ouvrage<sup>26</sup>, il indiquait uniquement que « *le formulaire doit mentionner les motifs d'une éventuelle majoration de loyer* ». Si l'on compare les références proposées dans les deux éditions, on constate que ce sont les mêmes arrêts qui sont cités<sup>27</sup>, et les mêmes auteurs<sup>28</sup>, sous réserve de Fetter<sup>29</sup> et Weber<sup>30</sup>. Ce dernier auteur indique en effet que le bailleur doit mentionner les bases de calcul du loyer ainsi que le précédent loyer, mais sans donner aucune référence ou justification. Quant à Fetter<sup>31</sup>, il renvoie à l'art. 19 al. 1 et 1bis OBLF, alinéas qu'il convient d'appliquer par analogie en début de bail. Fetter mentionne donc que « *doivent figurer sur la formule officielle 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 du bail, les motifs justifiant la fixation du loyer initial, les conditions légales dans lesquelles le locataire peut en contester le bien-fondé, ainsi que la liste des autorités de conciliation existant dans le canton et leur compétence à raison du lieu* ». Il précise cependant<sup>32</sup> que « *les exigences formulées par la jurisprudence en relation avec la notification des hausses de loyer sont également valables en début de bail. En effet, dans un cas comme dans l'autre, la mention de l'ancien loyer et la motivation contenues dans la formule officielle doivent permettre au locataire de saisir la portée et la justification de la majoration de loyer, respectivement de la fixation du loyer initial, de manière à ce qu'il puisse décider en toute connaissance de cause, de contester le loyer ou de s'en accommoder.* » Il se réfère aux ATF 121 III 364, 121 III 56 et 120 II 341. En réalité, cette phrase est une reprise mot pour mot de la formule de l'ATF 120 II 341 cons. 3.3: « *Dans un cas comme dans l'autre, la mention de l'ancien loyer et la motivation contenues dans la formule officielle doivent permettre au locataire de saisir la portée et la justification de la majoration, de manière à ce qu'il puisse décider, en toute connaissance de cause, de contester le nouveau loyer ou de s'en accommoder* », avec l'ajout « *respectivement de la fixation du loyer initial* ». A notre sens, la référence à la « *justification de la fixation du loyer initial* » doit être lue en lien avec l'ATF 121 III 364 cons. 4b qui précise que le bailleur est lié par les motifs de hausse qu'il donne. Cela signifie que si le bailleur veut, par hypothèse, se référer à la méthode absolue, c'est à cette méthode qu'il doit faire référence. C'est dans ce sens que l'on peut comprendre qu'il est fait référence dans le texte de Fetter à la « *fixation du loyer initial* ». En effet, si le bailleur veut justifier le loyer non pas par des motifs relatifs expliquant la différence entre

25 Lachat, op. cit., p. 396 n° 2.4.4.

26 David Lachat, *Le bail à loyer*, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne 1997, p. 263 n° 2.4.3.

27 ATF 121 III 364 cons. 4b et 120 II 341 cons. 3. Ces deux arrêts ne mentionnent pas l'exigence des « bases de calcul du nouveau loyer ». L'ATF 121 III 364 parle expressément des motifs précis de la hausse (cons. b). Il en va de même de l'ATF 120 II 341 cons. 3, qui traite des motifs de la hausse.

28 Zihlmann, op. cit., p. 187 et Muller, op. cit., p. 10, dont on a vu qu'ils reprennent les exigences résultant du texte de la loi.

29 Fetter, op. cit.

30 BSK OR-I-Weber, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2007, art. 270 n° 13 (sur ce point identique à la 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2015).

31 Fetter, op. cit., n° 187.

32 Fetter, op. cit., n° 190.

18 CPra Bail-Dietschy-Martenet, art. 270 CO n° 79, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017.

19 Peter Heinrich, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, art. 270 n° 7.

20 Maja Blumer, *Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht)*, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Bâle 2012, p. 142 n° 470.

21 Tercier/Bieri/Carron, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 294 n° 2172.

22 Burkhalter/Martinez-Favre, *Le droit suisse du bail à loyer*, Genève 2011, art. 270 n° 35.

23 CR CO-Lachat, art. 270 CO n° 9, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

24 David Lachat, *Le bail à loyer*, 4<sup>e</sup> éd., Lausanne 2008, p. 395 n° 2.4.1.

l'ancien et le nouveau loyer, mais par un calcul de rendement ou par les loyers du quartier, il doit le mentionner. Il s'agit bien dans ce cas d'une justification de la fixation du loyer initial. En revanche, on ne peut rien tirer de plus du texte de Fetter, puisque celui-ci n'évoque pas l'hypothèse dans laquelle il n'y a pas eu de hausse de loyer.

On peut donc en déduire que Lachat tire sa nouvelle approche de l'opinion non motivée de Weber et d'une extrapolation du texte de Fetter. Mais aucun de ces auteurs ne mentionne expressément l'hypothèse d'un nouveau loyer identique au précédent, voire même inférieur.

#### IV. INTERPRÉTATION DE L'ART. 270 AL. 2 CO

##### 1. Interprétation littérale

A la lecture de l'art. 270 al. 2 CO, on constate que cet alinéa renvoie à la formule officielle mentionnée à l'art. 269d CO pour la conclusion de tout nouveau bail. L'art. 269d CO indique que la formule agréée par le canton doit contenir l'indication des motifs de la majoration du loyer. Une majoration du loyer est nulle d'après l'art. 269d al. 2 CO lorsque la formule officielle n'est pas utilisée et que les motifs ne sont pas indiqués ou qu'elle est assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation.

Le Tribunal fédéral le retient lui-même: «Il est également significatif de relever que la jurisprudence relative aux mentions imposées par la formule officielle au sens de l'art. 270 al. 2 CO, afin que le locataire puisse décider, en toute connaissance de cause, de contester le nouveau loyer ou de s'en accommoder, fait état de "l'ancien loyer", sans référence aux bases de calcul du précédent loyer (ATF 120 II 341 cons. 5b p. 348; ATF 121 III 56 cons. 2c p. 58 s.); dans un arrêt non publié, le Tribunal fédéral a même fait expressément référence, dans son analyse de la communication régie par l'art. 270 al. 2 CO, au "montant du loyer antérieurement perçu" ou encore au "loyer versé par l'ancien locataire" (arrêt 4A\_214/2007 du 12 novembre 2007 cons. 3).»<sup>33</sup>

L'art. 19 OBLF, qui précise le contenu de la formule, mentionne que l'ancien loyer et l'ancien état des charges, ainsi que le nouveau loyer et le nouvel état des charges, de même que les motifs précis de la hausse (s'il y a plusieurs motifs, les montants correspondants à chacun d'eux) doivent être indiqués. La formule doit également mentionner, selon l'art. 19 al. 1 let. c OBLF, les conditions légales dans lesquelles le locataire peut contester le bien-fondé de la prétention et la liste des autorités de conciliation existantes dans le canton et leur compétence à raison du lieu.

L'art. 19 al. 3 OBLF précise que les alinéas 1 et 1bis sont applicables par analogie lorsque les cantons rendent obligatoires, au sens de l'art. 270 al. 2 CO, l'utilisation de la formule lors de la conclusion d'un nouveau contrat de bail.

Ainsi, à s'en tenir à la lettre des art. 270 al. 2 CO et 19 OBLF, un motif de hausse ne peut par principe être mentionné que s'il y a eu une hausse, ce qui se détermine par la comparaison du montant de l'ancien loyer et de l'ancien état des charges et du montant du nouveau loyer et du nouvel état des charges.

Si le bailleur n'augmente pas le loyer (voire le baisse) au passage de l'ancien au nouveau locataire (ou s'il s'agit d'une première location), il n'y a pas de hausse de loyer au sens de l'art. 19 OBLF, dont on rappelle l'intitulé: «Formule destinée à communiquer au locataire les hausses de loyer et autres prétentions unilatérales».

Il convient également de relever que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de retenir que «sous l'angle de l'interprétation littérale, le texte de l'art. 270 al. 1 let. b CO mentionne uniquement le critère de l'augmentation sensible du loyer initial par rapport au précédent loyer. Aucune référence n'est faite aux bases de calcul des loyers à comparer»<sup>34</sup>. Il relève du reste que cette interprétation littérale est bien déterminante, au vu du but de la norme<sup>35</sup>.

##### 2. Interprétation systématique

L'art. 270 al. 2 CO figure dans le chapitre consacré à la contestation du loyer, qui fait suite au chapitre consacré à l'augmentation de loyer et autres modifications unilatérales du contrat par le bailleur (art. 269d CO). Puisque l'art. 270 al. 2 CO renvoie à la formule officielle mentionnée à l'art. 269d CO pour la conclusion d'un nouveau bail, on ne peut, sous l'angle systématique, que lui accorder la même portée et le même cadre que ceux qui résultent de l'art. 269d CO.

##### 3. Interprétation historique

L'AMSL<sup>36</sup> ne prévoyait pas l'emploi d'une formule officielle à la conclusion d'un nouveau bail. Son introduction éventuelle n'avait été que brièvement évoquée lors de l'adoption de ce texte<sup>37</sup>. Une formule officielle n'était alors exigée que pour la notification d'une hausse de loyer<sup>38</sup>, formule déjà connue sous le régime de la surveillance des loyers<sup>39</sup>. L'AMSL ne s'appliquait par ailleurs que dans les communes où sévissait la pénurie de logements ou de locaux commerciaux<sup>40</sup>. Le projet du Conseil fédéral du 27 mars 1985<sup>41</sup> l'imposait dans toute la Suisse<sup>42</sup> et retenait également l'emploi d'une telle formule pour la résiliation du bail par le bailleur<sup>43</sup>.

Ce n'est que lors des débats devant les Chambres fédérales que la question de l'utilisation d'une formule officielle à la conclusion des nouveaux baux a été abordée. L'idée de rendre cette formule obligatoire à la conclusion de tout nouveau bail n'ayant pas réuni suffisamment de suffrages, c'est finalement la faculté offerte aux cantons d'imposer la formule officielle en cas de pé-

<sup>34</sup> ATF 136 III 82 cons. 3.3.

<sup>35</sup> ATF 136 III 82 cons. 3.3.

<sup>36</sup> Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972.

<sup>37</sup> Fetter, op. cit., n° 122.

<sup>38</sup> Art. 18 AMSL.

<sup>39</sup> Art. 10 de l'AF du 30 septembre 1965 sur les loyers des biens immobiliers.

<sup>40</sup> Art. 2 al. 1 AMSL.

<sup>41</sup> FF 1985 I 1369.

<sup>42</sup> D'où une modification nécessaire de l'art. 34 septies aCst., car celui-ci ne prévoyait à l'al. 2 que les mesures n'étaient applicables que dans les «communes où sévit la pénurie de logements ou de locaux commerciaux».

<sup>43</sup> Art. 269 al. 2 du projet.

nurie de logements, dans l'esprit de deux initiatives des cantons de Fribourg et Genève, qui a été retenue<sup>44</sup>. La réserve de l'art. 270 al. 2 CO s'explique donc avant tout par la volonté de trouver un compromis: afin de ne pas renoncer à cette innovation, il a été décidé de la laisser au choix des cantons.

La formule officielle à la conclusion d'un nouveau bail a été calquée sur la formule officielle en cas de hausse de loyer (intervention Déglise devant le Conseil national, BO CN 1989530). Pour M<sup>me</sup> Déglise, dont la proposition devant le Conseil national est à l'origine de l'art. 270 al. 2 CO, le but de la formule officielle à la conclusion d'un nouveau bail était de mettre sur un pied d'égalité le locataire se voyant notifier une hausse de loyer et celui concluant un nouveau bail (BOCN 1989530):

*« Il s'agit de mettre à égalité, face aux hausses de loyers, le locataire qui est en place dans son appartement et le locataire qui change d'appartement. Je propose d'utiliser les avantages de la formule officielle qui sont constatés pour la fixation des loyers lorsque le locataire reste dans son appartement et d'appliquer cette même mesure au cas où le loyer est augmenté en cas de changement de locataire. »*

On constate dès lors que l'on ne peut en aucun cas tirer des débats aux Chambres une volonté de prévoir autre chose pour la formule à la conclusion d'un nouveau bail que ce qui était prévu pour la hausse de loyer. Le but de la formule était de faire en sorte qu'une hausse de loyer, non pas notifiée au même locataire, mais au locataire ultérieur, fasse également l'objet de la même formule. C'est cette identité de situations qui a poussé les Chambres à accepter, avec bien des réticences, cette réserve en faveur du droit cantonal.

Selon une interprétation historique, on arrive dès lors à la conclusion que des motifs de hausse ne doivent figurer que lorsqu'il y a une hausse de loyer, à savoir une différence entre le loyer et les charges payés par le locataire précédent (au moment de la fin du bail) et le loyer et les charges payés par le nouveau locataire.

Nul doute que, si les tenants de la formule officielle avaient annoncé qu'ils souhaitaient que celle-ci impose également au bailleur de fournir les motifs de la fixation du loyer et non seulement les motifs d'une hausse entre l'ancien et le nouveau loyer, les débats auraient été houleux. Dans cette hypothèse, cette formule, sauvée grâce à un caractère facultatif et réservé aux cantons, n'aurait à notre avis pas été adoptée par les Chambres.

#### 4. Interprétation téléologique

La réserve habilitante en faveur du droit cantonal lui permettant de prévoir, en cas de pénurie de logements, l'obligation de l'usage de la formule officielle pour la conclusion de tout nouveau bail, a pour but de mettre sur un pied d'égalité le locataire se voyant notifier une hausse de loyer en cours de bail et le nouveau locataire dont le loyer aurait été majoré en comparaison à celui de l'ancien locataire. Comme indiqué ci-dessus, le but de cette formule officielle se dégage très clairement des débats devant les Chambres fédérales. Il n'y a pas eu de voix discordante et les méthodes de fixation du loyer n'ont pas évolué depuis l'adoption du « nouveau droit du bail » en 1989.

Avec la formule officielle, le nouveau locataire sait quel était le loyer payé par l'ancien locataire de l'objet loué, directement avant la fin de son bail. Cette formule lui permet ainsi d'obtenir un indice quant à une augmentation abusive du loyer. La connaissance du loyer de l'ancien locataire a de l'importance parce qu'une augmentation sensible permet de suspecter un loyer abusif<sup>45</sup>, mais surtout, parce qu'il constitue un des critères alternatifs<sup>46</sup> de recevabilité de la contestation du loyer initial (art. 270 al. 1 let. b CO). Concernant ce critère alternatif, le Tribunal fédéral retient que la condition de l'augmentation sensible du loyer s'examine au regard du loyer contesté et de celui antérieurement perçu par le bailleur<sup>47</sup>. Il pose lui-même dans cet arrêt que la formule officielle de l'art. 270 al. 2 CO fait état de « l'ancien loyer », sans référence aux bases de calcul du précédent loyer<sup>48</sup>.

En aucun cas on ne peut retenir que le législateur fédéral aurait souhaité, par cette formule officielle limitée aux cas de pénurie et à un choix cantonal, imposer au bailleur d'indiquer, même en l'absence de hausse, les données à la base de la fixation du loyer initial. Une telle exigence va en effet nettement au-delà de la volonté du législateur qui était exclusivement de prévoir un mécanisme semblable en matière de notification de hausse de loyer en cours de bail ou au passage à un nouveau locataire.

Le fait que, à la conclusion d'un nouveau bail, le locataire puisse contester son loyer et se prévaloir, à certaines conditions, de la méthode absolue visant en particulier à établir un calcul de rendement, n'a aucune incidence sur la problématique de la forme, seule concernée par la formule officielle réservée au droit cantonal en cas de pénurie de logements, comme le retient le Tribunal fédéral concernant l'art. 270 al. 1 let. b CO<sup>49</sup>. Rien ne permet de retenir une corrélation entre les deux problématiques, celle-ci n'a en aucun cas été envisagée par le législateur fédéral.

Ce qui précède est confirmé par le caractère impraticable, sans construction légale spécifique, d'une exigence formelle de l'indication des motifs de fixation du loyer. En particulier, on peut se demander quelle mention devrait apparaître lorsque le loyer net a été augmenté de Fr. 100.- par rapport à l'ancien locataire en raison de travaux à plus-value. Ce motif de hausse suffit-il, ou faudrait-il indiquer autre chose? Personne ne semble d'ailleurs remettre en cause la validité formelle d'une telle notification. Dès lors, si le loyer n'est pas augmenté au passage du nouveau locataire, il y a lieu de s'interroger sur la motivation qui devrait prétendument figurer sur la formule officielle. Faudrait-il dans ce cas mentionner les bases de calcul de l'ancien loyer selon la méthode relative (en particulier le taux hypothécaire et l'indice suisse des prix à la consommation ainsi que l'état des charges) puis les bases de calcul selon la méthode relative pour le nouveau loyer? Si tel est le cas, pour quelles raisons ces indications ne devraient-elles pas figurer lorsque le loyer est augmenté en francs?

45 ATF 120 II 341 cons. 5b: « la mention de l'ancien loyer et la motivation contenues dans la formule officielle doivent permettre au locataire de saisir la portée et la justification de la majoration, de manière à ce qu'il puisse décider, en toute connaissance de cause, de contester le nouveau loyer ou de s'en accommoder »; ATF 139 III 13 cons. 3.1.2.

46 ATF 136 III 82 cons. 2.

47 ATF 136 III 82 cons. 3.3.

48 ATF 136 III 82 cons. 3.3.

49 ATF 136 III 82 cons. 3.3.

Si l'on devait admettre une telle exigence, le bailleur devrait-il également faire état d'éventuels travaux à plus-value, n'ayant pas donné lieu à une augmentation en cours de bail? On le voit, exiger les motifs de fixation du loyer suppose nécessairement une réglementation légale détaillée et ne peut en aucun cas être extrapolé sur la base des exigences de l'art. 270 al. 2 CO.

On relèvera que ce qui précède est conforté par les développements du Conseil fédéral dans son message du 27 mai 2015 relatif à l'obligation générale d'utiliser l'avis de fixation de loyer dans toute la Suisse<sup>50</sup>. Il ressort de ce texte qu'une motivation n'est nécessaire qu'en cas de hausse de loyer entre le précédent locataire et le nouveau locataire<sup>51</sup>.

Si l'on examine les formules officielles des cantons de Zoug, Fribourg, Vaud, Neuchâtel et Zurich, on constate aussi que toutes ces formules mentionnent expressément comme rubrique « motif »:

- « motif précis de la hausse ci-dessus » (Fribourg);
- « motif précis de la hausse » (Neuchâtel);
- « motif de la hausse éventuelle » (Vaud);
- « klare Begründung der (eventuellen) Erhöhung des Anfangsmietzinses » (Zurich);
- « bei Mitteilung des Anfangsmietzinses: Angabe der Kostenstände des bisherigen resp. des neuen Mietzinses » (Zoug).

Le seul texte qui est moins précis est celui de Genève puisque celui-ci indique: « motif précis des prétentions ci-dessus ». De toute manière, cette formule ne peut aller au-delà de la réserve accordée au droit cantonal selon l'art. 270 al. 2 CO et dont les limites ont été détaillées ci-dessus.

Aux termes de notre analyse sous l'angle téléologique, nous parvenons donc également à la conclusion que des motifs ne doivent figurer dans la formule envisagée par l'art. 270 al. 2 CO qu'en cas de hausse de loyer ou de charges entre l'ancien et le nouveau locataire. Comme il n'y a motif de hausse qu'en cas de hausse, il va de soi qu'aucune motivation ne doit être donnée lorsque le loyer baisse au changement de locataire ou lorsqu'il s'agit d'une première location.

## V. CONCLUSION

Au terme de notre analyse de l'art. 270 al. 2 CO, nous parvenons à la conclusion, sur la base d'une interprétation littérale, systématique, historique et téléologique de cette disposition, en tenant compte de l'avis exprimé majoritairement par la doctrine, que la formule officielle envisagée par l'art. 270 al. 2 CO ne doit pas contenir de motivation de la fixation du loyer lorsque le loyer et les charges n'augmentent pas (voire diminuent) entre l'ancien et le nouveau locataire ou s'il s'agit d'une première location. La jurisprudence contraire de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève ne devrait dès lors, selon nous, par être suivie.

<sup>50</sup> FF 2015, p. 3681 ss.

<sup>51</sup> Voir pp. 3682, 3683 et 3684.

## TRIBUNAL FÉDÉRAL

### Bail de durée déterminée. Droit d'option. Principe de la confiance. Clause insolite.

**Bail commercial de durée déterminée. – Droit d'option permettant au locataire de solliciter une période quinquennale supplémentaire, aux conditions du marché. – Intérêt du locataire à faire valoir l'option. – Désaccord sur les conditions du nouveau loyer. – Echec de la négociation constaté par le bailleur. – Saisine de l'autorité de conciliation par le locataire visant à l'obtention d'une prolongation judiciaire. – Envoi au locataire de bulletins de versements pour les loyers à venir. – Octroi d'une prolongation de deux ans et demi par les instances cantonales. – Recours au Tribunal fédéral.**

Art. 18, 266 al. 1 CO.

1. *Un délai de préavis d'une année octroyé au locataire pour faire valoir un droit d'option d'une période supplémentaire quinquennale ne constitue pas une clause insolite susceptible de nullité (2).*
2. *L'envoi au locataire de bulletins de versement en vue du paiement du loyer ne constitue par une manifestation de volonté visant à conclure une nouvelle relation contractuelle. Ceci d'autant moins lorsque l'envoi est effectué par erreur et que le locataire a saisi la commission de conciliation dans le but, notamment, d'obtenir une prolongation (2).*

### Befristeter Mietvertrag. Verlängerungsoption. Vertrauensschutz. Unübliche Vertragsklausel.

**Befristeter Geschäftsmietvertrag. – Option auf Verlängerung des Mietvertrages zu Marktkonditionen um 5 Jahre zugunsten des Mieters. – Interessensbekundung des Mieters von der Verlängerungsoption Gebrauch machen zu wollen. – Uneinigkeit betreffend der Höhe des neuen Mietzinses. – Feststellung des Scheiterns der Verhandlungen durch den Vermieter. – Anrufung der Schlichtungsbehörde durch den Mieter zwecks Erlangung einer gerichtlichen Erstreckung des Mietverhältnisses. – Zustellung von Einzahlungsscheinen an den Mieter zwecks Bezahlung künftiger Mietzinse. – Gewährung einer Mieterstreckung um zweieinhalb Jahre durch die kantonalen Instanzen. – Berufung ans Bundesgericht.**