

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/15533/2010

ACJC/721/2012

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 21 MAI 2012

Entre

Madame N_____, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 13 octobre 2011, comparant par Me Marlène Pally, avocate, route du Grand-Lancy 12, 1212 Grand-Lancy (GE), en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

F_____, intimée, comparant par l'ASLOCA, rue du Lac 12, case postale 6150, 1211 Genève 6 en les bureaux de laquelle elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 23.05.2012.

Le présent arrêt est renoué aux parties par plis recommandés du 07.06.2012, suite à une demande de rectification.

EN FAIT

A. N_____ est propriétaire de l'immeuble sis route de _____ à Bellevue (Genève).

Elle a acquis ce bien-fonds en date du 11 juin 1996 au prix de 400'000 fr.

Cet immeuble comporte un cabinet médical au rez-de-chaussée, un appartement de quatre pièces au 1^{er} étage et un duplex de cinq pièces et demie occupant le 2^{ème} étage et les combles.

B. Le 26 août 2002, N_____ et F_____ ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur le duplex susmentionné.

Le loyer annuel a été fixé à 43'200 fr., charges comprises. Une garantie de loyer de 10'800 fr. a été constituée par la locataire.

N_____ n'a pas remis d'avis de fixation du loyer initial à la locataire à l'occasion de la conclusion du bail.

Le 27 mai 2009, la régie en charge de l'immeuble a notifié à la locataire un avis de majoration au terme duquel le loyer était porté à 44'628 fr. par an, charges comprises, à compter du 1^{er} octobre 2009.

La hausse était motivée par l'évolution du taux hypothécaire de référence, de l'ISPC et des charges de l'immeuble.

La locataire n'a pas contesté cette hausse de loyer.

Le 22 juin 2010, la bailleuse a adressé un second avis de majoration de loyer à la locataire. Le loyer était porté à 48'000 fr. par an, charges comprises, à compter du 1^{er} octobre 2010. Les prétentions étaient fondées sur l'adaptation aux loyers usuels du quartier.

C. Par requête déposée le 1^{er} juillet 2010 devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, la locataire a contesté la hausse de loyer susmentionnée. Elle a requis la fixation du loyer de l'appartement à 26'136 fr. par année, charges comprises, soit le loyer moyen d'un appartement de six pièces construit à Genève avant 1951 selon la statistique cantonale des loyers du mois de mai 2002, la réduction de la garantie de loyer à concurrence de trois mois du nouveau loyer et la condamnation de la bailleuse au remboursement du trop-perçu de loyer. Préalablement, la locataire a conclu à l'exécution d'un calcul de rendement.

D. Le 6 septembre 2010, N_____ a retiré la hausse de loyer du 22 juin 2010. La procédure n'a dès lors plus que porté sur les conclusions de la locataire tendant à une nouvelle fixation du loyer initial.

-
- E.** La cause ayant été déclarée non conciliée lors de l'audience du 6 décembre 2010, F_____ a introduit sa requête devant le Tribunal des baux et loyers le 23 décembre 2010.
- F.** Une instruction écrite a été ordonnée par le Tribunal.

Par mémoire-réponse du 16 février 2011, N_____ a conclu au déboutement de la locataire. Elle a invoqué principalement que le dépôt d'une requête en fixation du loyer initial huit années après la conclusion du bail constituait un abus de droit. Elle a fait valoir que le loyer litigieux ne différait pas de celui de l'ancienne locataire. A titre subsidiaire, elle a invoqué que le loyer litigieux ne lui procurait pas un rendement excessif, tout en exposant qu'elle n'avait pas encore pu effectuer de calcul de rendement car elle ne possédait plus les documents relatifs à l'achat de l'immeuble. Elle a par ailleurs allégué avoir procédé à des travaux de transformation dans l'appartement en 1997, sans en avoir conservé de trace écrite. Elle a en outre produit une expertise au terme de laquelle la valeur vénale de l'immeuble au 15 février 2011 était estimée à 965'000 fr.

Par conclusions motivées du 28 février 2011, F_____ a persisté dans sa demande.

Par ordonnance du 12 mai 2011, le Tribunal des baux et loyers a imparti un délai au 13 juillet 2011 à N_____ pour produire un calcul de rendement net de l'immeuble route de _____ et les pièces permettant de procéder audit calcul, soit l'acte d'acquisition de l'immeuble, le détail des amortissements depuis l'achat de celui-ci, les comptes de gestion et leur relevé détaillé pour les années 2000 à 2002, le bordereau de l'impôt immobilier complémentaire de 2002 et l'état locatif de 2002.

Le 19 juillet 2011, N_____ a communiqué au Tribunal un calcul de rendement effectué par C_____, architecte, ainsi qu'un chargé complémentaire de pièces. Les éléments pertinents suivants ressortent de ces documents :

- Le prix d'achat de l'immeuble s'est élevé à 400'000 fr. et les frais de notaire à 20'841 fr.
- N_____ indique avoir effectué des travaux pour un montant de 738'790 fr. dans l'immeuble, sans préciser s'il s'est agi de travaux d'entretien ou à plus-value.
- N_____ indique avoir financé les investissements susmentionnés à l'aide de fonds propres (310'922 fr.) et d'un emprunt hypothécaire (870'000 fr.).
- Le 22 mai 1996, N_____ a conclu avec la banque _____ un contrat de placement hypothécaire no _____ portant sur un montant de 150'000 fr. en vue de l'achat de l'immeuble route de _____.

-
- Le 7 août 1996, N_____ a conclu avec la banque _____ un deuxième contrat de crédit de construction no _____ portant sur une somme de 670'000 fr., destinée à financer les travaux dans l'immeuble route _____.
 - Il ressortait des avis d'échéance relatifs au crédit no _____ qu'au 30 septembre 2002, le montant de l'emprunt s'élevait à 810'000 fr. N_____ avait par ailleurs procédé, sur cet emprunt, à des amortissements trimestriels de 9'000 fr. à compter du 1^{er} octobre 2002 et de 3'750 fr. à compter du 1^{er} juin 2006.
 - N_____ indique qu'en 2002, les intérêts hypothécaires se seraient élevés à 35'500 fr.
 - N_____ a en outre produit les décomptes de gestion de la régie relatifs aux périodes allant du 1^{er} octobre 2001 au 31 décembre 2001 et du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2002. En 2002, les frais d'eau, d'électricité, de gérance et d'entretien de l'immeuble s'étaient élevés à 20'690 fr.

Au terme du calcul effectué par C_____, l'immeuble route de _____ procurait à N_____ un rendement net de 3,57%.

Dans ses écritures du 5 septembre 2011, F_____ a accepté que le calcul de rendement du logement litigieux soit effectué en prenant en compte les montants allégués par la bailleuse, soit 310'922 fr. de fonds propres, réévalués à 325'535 fr. en raison de l'évolution de l'ISPC entre le mois de mai 1996 et le mois de septembre 2002, 35'500 fr. de charges hypothécaires et 20'690 fr. de charges et de frais d'entretien. En rentant les fonds propres à 4,5%, compte tenu du fait que le taux hypothécaire de référence au mois de septembre 2002 ascendait à 4%, l'état locatif admissible s'élevait à 70'839 fr.

Alléguant que l'appartement litigieux avait une surface identique au logement du 1^{er} étage et aux locaux commerciaux du rez-de-chaussée, F_____ a estimé que son loyer devait correspondre à un tiers de l'état locatif admissible. Elle a par conséquent amplifié ses conclusions et sollicité la fixation du loyer à 23'613 fr. par an, dès le 1^{er} octobre 2002. Contrairement à ses précédentes conclusions, elle a conclu à ce que le loyer précité soit fixé «charges non comprises».

Lors de l'audience de plaidoiries du 21 septembre 2011, le conseil de N_____ a sollicité de pouvoir déposer de nouvelles pièces, soit des factures d'amortissement relatives aux années 2009 et 2011 et des pièces relatives au paiement des intérêts hypothécaires. Le conseil de N_____ a par ailleurs exposé que l'appartement litigieux correspondait à un lot de PPE représentant 403 millièmes de l'immeuble, de sorte qu'il convenait de fixer le loyer de l'appartement en proportion. Le conseil de la locataire s'est quant à lui opposé au dépôt de nouvelles pièces.

Le Tribunal a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience.

-
- G.** Par jugement du 13 octobre 2011, le Tribunal des baux et loyers a déclaré irrecevables les pièces déposées par N_____ à l'audience de plaidoiries du 21 septembre 2011. Il a fixé le loyer de l'appartement litigieux à 28'593 fr. par année, charges non comprises, dès le 1^{er} octobre 2002, réduit le montant de la garantie de loyer à 7'148 fr. 20 et condamné N_____ à rembourser à la F_____ le trop-perçu de loyer.

En substance, le Tribunal des baux et loyers a retenu que la F_____ était fondée à demander une fixation judiciaire du loyer au moyen d'un calcul de rendement. Il a constaté que les parties ne divergeaient pas sur la quotité des montants à prendre en considération pour effectuer ledit calcul. Il a par ailleurs estimé que le loyer pouvait être fixé à 40,3% de l'état locatif admissible, correspondant aux millièmes que l'appartement représentait au sein de la PPE.

- H.** Par mémoire du 21 novembre 2011, N_____ a appelé de ce jugement en produisant de nouvelles pièces. Elle conclut à l'annulation de la décision querellée et reprend ses conclusions de première instance.

En substance, N_____ souligne que le contrat de bail conclu avec F_____ prévoit un loyer incluant les charges. Dès lors, le Tribunal des baux et loyers aurait dû tenir compte, dans son calcul de rendement, des frais de consommation d'eau, d'électricité, de gaz et d'entretien de l'installation de chauffage de l'immeuble de manière à fixer un loyer incluant les charges.

N_____ soutient par ailleurs que le calcul effectué par le Tribunal serait «purement théorique» et ne refléterait pas la valeur réelle de l'immeuble, notamment compte tenu des investissements auxquels elle avait procédé. Le Tribunal aurait en outre dû moduler le résultat de ce calcul en fonction des loyers usuels pratiqués à Bellevue.

Enfin, N_____ prétend qu'une éventuelle restitution des loyers payés en trop ne pouvait être ordonnée qu'à compter du 1^{er} août 2009, subsidiairement à compter du 1^{er} août 2005, eu égard aux dispositions régissant la prescription.

Par mémoire de réponse du 9 janvier 2012, F_____ conclut à la confirmation du jugement querellé et au déboutement de N_____ de toutes ses conclusions. Elle relève en substance que le Tribunal des baux et loyers a commis une simple inadvertance en fixant un loyer n'incluant pas les charges. Ces dernières étant comprises dans les charges prises en compte dans le calcul de rendement, cette erreur était sans conséquence. L'invocation d'une éventuelle prescription de ses prétentions constituait par ailleurs un fait nouveau irrecevable en appel.

- I.** La cause a été mise en délibération le 19 janvier 2012.

EN DROIT

1. 1.1 Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. En l'espèce, le jugement a été notifié aux parties le 21 octobre 2011. Dès lors, le nouveau droit de procédure s'applique à la procédure de recours. En revanche, la procédure de première instance reste régie par l'ancien droit de procédure, soit les art. 274 ss CO et l'aLPC (arrêt du Tribunal fédéral 4A_641/2011 du 27 janvier 2012, consid. 2.2).

1.2 Le jugement attaqué constituant une décision finale, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions étant supérieure à 10'000 fr. et aucune des exceptions de l'art. 309 CPC n'étant réalisée, la voie de l'appel au sens des art. 308 ss CPC est ouverte.

1.3 L'acte ayant été déposé dans les délais et les formes prescrits par l'art. 311 CPC, le présent appel est formellement recevable.

2. 2.1 Conformément à l'art. 310 CPC, la Chambre de céans revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen.

2.2 En l'espèce, le Tribunal a retenu que le loyer initial avait été fixé à 43'200 fr., charges non comprises. Il n'a pas précisé si les loyers résultant des avis de majoration des 27 mai 2009 et 22 juin 2010 comprenaient ou non les charges. Or, le contrat de bail du 26 août 2002 indique clairement que les frais de chauffage et d'eau chaude sont inclus dans le loyer.

Dans le cadre du calcul de rendement, le Tribunal a en outre uniquement retenu les éléments mentionnés dans le courrier électronique de C_____ du 13 juillet 2010. Il n'a pas fait mention du contenu des pièces produites par l'appelante en parallèle.

La Chambre de céans rectifiera et complétera dès lors l'état de fait établi par le Tribunal sur les points susvisés.

3. 3.1 En vertu de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b).

3.2 En l'espèce, le mémoire de l'appelante contient, aux paragraphes 24 à 33 et 35, des allégués qui ne figuraient pas dans les écritures déposées en première instance. L'appelante produit également un chargé complémentaire contenant de nouvelles pièces.

Ce faisant, l'appelante ne prétend pas que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC seraient réalisées.

Le sort de ces allégués et de ces pièces peut toutefois rester indéterminé, la cause devant être renvoyée au Tribunal, conformément à ce qui sera exposé ci-dessous.

4. 4.1 L'appelante ne conteste pas la nullité partielle du contrat de bail sous l'angle du loyer en raison de l'absence de notification d'un avis de fixation du loyer initial. Elle fait en revanche valoir que l'intimée ne s'était jamais plainte que le loyer était abusif avant qu'elle ne saisisse l'autorité de conciliation le 1^{er} juillet 2010. L'appelante semble ainsi faire grief au Tribunal de ne pas avoir débouté l'intimée au motif que sa requête en fixation judiciaire de loyer constituait un abus de droit.

4.2 Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque le contrat de bail est partiellement nul en raison du défaut de notification de formule officielle au sens de l'art. 270 al. 2 CO, le locataire peut faire valoir cette nullité en tout temps, sous la seule réserve de l'abus de droit. Un tel abus peut entrer en considération lorsque celui qui s'en prévaut a eu conscience d'emblée du vice de forme et qu'il s'est abstenu intentionnellement de le faire valoir sur le champ, afin d'en tirer avantage par la suite. Eu égard à la finalité protectrice des règles de forme relatives à la fixation du loyer initial, le juge doit toutefois se montrer restrictif dans son appréciation et n'admettre qu'exceptionnellement l'abus de droit (arrêt du Tribunal fédéral 4A_647/2011 du 26 janvier 2012, consid. 4.1 et les réf. cit.; CPra Bail-DIETSCHY, no 81 ad art. 270 CO).

Le Tribunal fédéral a notamment refusé de retenir un abus de droit dans une affaire où le locataire s'était vu notifier une hausse de loyer en vertu d'une clause d'échelonnement, s'était acquitté du loyer résultant de ladite clause durant six ans et ne s'était inquiété de cette situation qu'à l'occasion d'une nouvelle hausse de loyer. L'instance cantonale avait en effet constaté que le locataire avait déposé sa requête en fixation de loyer dès qu'il avait eu connaissance de la nullité partielle du bail (arrêt du Tribunal fédéral 4A_647/2011 du 26 janvier 2012, consid. 4.2 et les réf. cit.; dans le même sens : arrêt du Tribunal fédéral 4C.134/2001 du 18 octobre 2001, consid. 3b).

4.3 En l'espèce, l'intimée s'est acquitté durant près de huit ans de son loyer sans soulever d'objection à ce sujet et n'a pas contesté la notification d'un premier avis de majoration de loyer le 27 mai 2009. Ces seuls éléments ne permettent cependant pas de retenir que le dépôt d'une requête en fixation judiciaire de loyer constitue un abus de droit. En effet, ainsi que l'a constaté le Tribunal des baux et loyers, l'intimée n'a eu connaissance de son droit de contester le loyer initial qu'après avoir reçu l'avis de majoration de loyer du 22 juin 2010 et s'être à cette occasion renseignée sur ses droits auprès de l'ASLOCA. L'intimée a alors réagi sans tarder puisqu'elle a saisi la Commission de conciliation en matière de baux et loyers dans la foulée, le 1^{er} juillet 2010.

L'appelante, qui supporte le fardeau de la preuve sur cette question, ne fait aucunement valoir que ces constatations du Tribunal seraient erronées.

Au vu de ce qui précède, le grief de l'abus de droit doit être rejeté.

- 5. 5.1** Il est de jurisprudence constante qu'en cas de nullité partielle du bail fondée sur l'art. 270 al. 2 CO, le juge appelé à fixer le loyer initial doit fonder sa décision sur toutes les circonstances du cas. Les facteurs à prendre en considération comprennent notamment le montant admissible selon l'art. 269 CO, les loyers non abusifs pratiqués dans le quartier et le loyer payé par le précédent locataire, étant précisé que ce dernier critère n'entre en général en ligne de compte que lorsque le juge ne dispose pas des éléments lui permettant de procéder à un calcul de rendement (arrêt du Tribunal fédéral 4A_185/2008 du 24 septembre 2008, consid. 2.3; ATF 124 III 62 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral du 27 avril 1998, consid. 4a publié in SJ 1998 p. 718).

En matière de fixation du loyer initial, le critère du rendement des fonds propres investis (art. 269 CO) prévaut sur celui des loyers usuels (art. 269a let. a CO), excepté lorsqu'il est difficile à l'excès de procéder à un calcul de rendement en raison de la date de construction ou de la date d'acquisition de l'immeuble, les justificatifs des investissements faisant alors défaut ou n'ayant plus de rapport avec la réalité (arrêt du Tribunal fédéral 4A_645/2011 du 27 janvier 2012, consid. 3.2; ACJC/45/2008 du 4 février 2008, consid. 3.4). Pour échapper au calcul de rendement, le bailleur doit cependant démontrer qu'il n'est pas réalisable et expliquer pourquoi il ne possède plus les justificatifs (ACJC/45/2008 du 4 février 2008, consid. 3.5).

En toute hypothèse, les facteurs absolus du rendement et des loyers comparatifs sont antinomiques et ne peuvent être cumulés entre eux (arrêt du Tribunal fédéral 4A_645/2011 du 27 janvier 2012, consid. 3.2; LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2008, p. 544).

L'art. 269 CO implique une analyse du rendement net obtenu par le bailleur. Ce rendement résulte du rapport entre les fonds propres investis dans la chose remise à bail et le loyer, après déduction des charges d'exploitation et des intérêts-débiteurs sur les capitaux empruntés. Sont pris en compte les fonds propres réellement investis, sans égard aux modèles théoriques qui gouvernent certaines dispositions légales en consacrant un rapport standardisé de 40% de fonds propres et 60% de fonds étrangers. Pour déterminer le montant des fonds propres investis, il faut partir du coût de revient effectif de l'immeuble, sauf si le prix d'acquisition est manifestement exagéré et en soustraire le montant des fonds étrangers (emprunts garantis ou non par hypothèques). Le coût de revient comprend notamment les frais d'acquisition du terrain et le coût de construction de l'immeuble, ou de son amélioration. Les fonds propres peuvent varier au fil du temps, notamment lorsque le bailleur rembourse («amortissement») des fonds étrangers ou finance

des travaux à plus-value; ils sont alors augmentés d'autant (arrêt du Tribunal fédéral 4A_129/2011 du 28 avril 2011, consid. 3.2).

Le coût de revient ne saurait en particulier être déterminé en fonction de la valeur vénale de l'immeuble (ATF 122 III 257 consid. 3b; LACHAT, op. cit., p. 435 et les réf. cit.).

Lorsque le bailleur a effectué des travaux à plus-value dans son immeuble avant la conclusion du contrat de bail, et que la part de fonds étrangers en a été accrue, il convient de prendre en compte, dans la détermination des charges financières de l'immeuble, les intérêts générés par les nouveaux emprunts (LACHAT, op. cit., p. 431 et nbp 57). Le coût de ces travaux s'ajoute par ailleurs à la valeur d'origine de l'immeuble à concurrence des nouveaux fonds propres - étant précisé que seule la plus-value réelle, à l'exclusion de la plus-value théorique découlant de l'art. 14 al. I OBLF est déterminante (LACHAT, op. cit., p. 431 et nbp 56). En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte de l'amortissement de ces travaux - comme c'est le cas dans le cadre d'un calcul relatif fondé sur l'art. 269a let. b CO et 14 al. 4 OBLF. Seul le rendement net des fonds propres investis par le propriétaire est déterminant (LACHAT, op. cit., p. 484).

Les charges immobilières comprennent les charges financières, les charges courantes et les charges d'entretien. Les charges courantes ne doivent être prises en compte que si elles ne sont pas facturées séparément au locataire sous la forme de frais accessoires. Si elles fluctuent, il convient d'établir des moyennes sur plusieurs années. Il en va de même pour les charges d'entretien (LACHAT, op. cit., p. 441 ss).

5.2 Le juge déterminant le loyer adéquat en fonction de toutes les circonstances du cas, il ne se limite pas aux moyens invoqués par les parties. La situation diffère de celle où le juge doit uniquement examiner le caractère potentiellement abusif d'un loyer non nul, hypothèse dans laquelle il restreint son examen aux facteurs invoqués par les parties (arrêt du Tribunal fédéral 4A_185/2008 du 24 septembre 2008, consid. 2.3).

En vertu des art. 274d al. 3 aCO et 435 al. 1 aLPC, applicable en première instance, le juge établit d'office les faits et les parties sont tenues de lui soumettre toutes les pièces nécessaires. Selon la jurisprudence, le juge n'a pas à instruire d'office le litige lorsqu'un plaideur renonce à expliquer sa position, mais il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaborer à l'instruction et de fournir des preuves. Si des motifs objectifs le conduisent à soupçonner que les allégations et offres de preuves d'une partie sont lacunaires, il doit inviter cette partie à compléter ses moyens (ATF 136 III 74 consid. 3.1; ATF 125 III 231 consid. 4a).

Si la bailleresse omet de présenter suffisamment de pièces contenant des renseignements élémentaires et aisément déterminables, le juge ne viole pas l'art. 274d

al. 3 aCO en refusant d'ordonner à ce sujet d'autres mesures probatoires. L'art. 274d al. 3 aCO ne prévoit pas un droit à une seconde chance dans l'administration des preuves, en raison notamment du principe de célérité et d'efficacité de la procédure relative aux litiges en matière de baux (cf. art. 274d al. 1 aCO). Ainsi, lorsqu'une partie, dûment invitée à compléter son offre de preuves, produit des pièces dénuées de force probante, le juge est fondé à considérer que son offre de preuves est complète. En revanche, lorsque cette partie expose qu'elle ne possède plus les pièces nécessaires pour effectuer un calcul de rendement et sollicite l'audition de témoins, le juge doit lui demander de compléter son offre de preuves, l'interroger et/ou l'inviter à produire des pièces complémentaires. En cas d'impossibilité de procéder à un calcul de rendement, le Tribunal doit ordonner des mesures probatoires appropriées en vue de déterminer les caractéristiques intrinsèques du logement et locales pour fixer un loyer initial en s'inspirant, cas échéant, des statistiques cantonales pertinentes (ACJC/727/2008 du 16 juin 2008, consid. 5.1 et 5.2 et les réf. cit., notamment SJ 2001 I 278, consid. 2b; voir également LCHAT, op. cit., p. 149 et nbp 105-106).

L'art. 429 aLPC précise que le Tribunal peut ordonner, en tout temps, l'apport de pièces et, s'il s'agit de régler des problèmes de procédure, la comparution des mandataires (al. 1). Il ordonne la comparution des parties d'entrée de cause et à bref délai, à moins que toutes les parties renoncent à cette comparution ou qu'une telle mesure s'avère manifestement inutile (al. 2). Il est en effet conforme au caractère informel de la procédure applicable devant la juridiction des baux et loyers que les parties puissent s'expliquer oralement (BERTOSSA/GAILLARD/-GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la LPC, N 3 ad art. 429 aLPC).

5.3 L'appelante prétend - dans un argumentaire manquant singulièrement de clarté - que le calcul de rendement effectué par le Tribunal serait «purement théorique» et ne refléterait pas la valeur réelle de l'immeuble. Le Tribunal aurait ainsi dû tenir compte de la valeur vénale de l'immeuble ainsi que des investissements que l'appelante avait effectués pour rénover le bâtiment. Le loyer convenu entre les parties incluant les charges, le Tribunal aurait également dû prendre en considération les frais de consommation d'eau, d'électricité, de gaz et d'entretien de l'installation de chauffage de l'immeuble. Enfin, il aurait dû moduler le résultat du calcul en fonction du niveau des loyers pratiqués à Bellevue pour des logements comparables à l'appartement loué.

5.4 Il ressort de la procédure que le Tribunal n'a pas convoqué d'audience de comparution des parties ou des mandataires mais a ordonné d'entrée de cause à l'appelante de produire les pièces nécessaires pour l'exécution d'un calcul de rendement et de procéder à un tel calcul.

Or, l'ordonnance du Tribunal ne fait pas mention de la question de la production des factures des travaux de transformation que l'appelante avait effectués dans l'immeuble alors que celle-ci relevait, dans son mémoire de réponse, qu'elle ne

possédait plus les pièces nécessaires, en particulier celles relatives aux travaux eu égard à leur date d'exécution. Bien qu'elle prévoie la production des «comptes de gestion de l'immeuble», cette ordonnance ne sollicite pas non plus la production des pièces nécessaires pour calculer les charges de l'appartement. Ceci résulte vraisemblablement d'une inadvertance, le Tribunal ayant considéré - à tort - que le loyer n'incluait pas les charges.

L'adéquation de ces mesures d'instruction avec les exigences découlant des art. 274d al. 3 aCO, 429 et 435 aLPC paraît, à première vue, discutable.

A la suite de l'injonction du Tribunal, l'appelante a produit un certain nombre de pièces, qui se sont avérées lacunaires, chose que le Tribunal n'a pas relevée. Ainsi, les documents relatifs au financement de l'immeuble ne permettent de déterminer avec précision ni les montants des fonds propres et des fonds empruntés lors de l'acquisition de l'immeuble, ni les amortissements effectués au moment de l'entrée en vigueur du bail. Les factures relatives aux travaux n'ont pas été fournies. Quant aux comptes de gestion, ils ne recouvrent que la période allant du 1^{er} octobre 2001 au 31 décembre 2002. Ils mentionnent un poste «eau/électricité» mais ne donnent pas d'indication au sujet des frais de chauffage et d'eau chaude de l'appartement. Au surplus, le calcul de rendement effectué par C_____ n'était pas conforme à la jurisprudence et il était patent que l'appelante ne maîtrisait pas cet instrument. Le fait que l'intimée ait accepté les montants des fonds propres et des charges immobilières articulés par l'appelante ne dispensait pas le Tribunal d'attirer l'attention de celle-ci sur le caractère lacunaire de ses allégués et de ses offres de preuves et sur l'impossibilité subséquente d'effectuer un calcul de rendement conforme à la jurisprudence.

Au vu de ce qui précède, et quand bien même l'appelante n'était pas la partie faible au contrat et bénéficiait des conseils d'un avocat, les art. 274d al. 3 aCO, 429 et 435 aLPC imposaient au Tribunal d'instruire davantage le litige afin de pouvoir fixer le loyer en fonction de toutes les circonstances concrètes du cas, sans se limiter aux moyens invoqués par les parties.

Ainsi donc, le Tribunal aurait dû, à tout le moins, convoquer une audience de comparution des parties ou des mandataires en application de l'art. 429 aLPC - mesure qui n'apparaissait pas «manifestement inutile» - afin d'interroger l'appelante sur les éléments susmentionnés et l'inviter à compléter ses allégués et son offre de preuves, en particulier en relation avec les amortissements effectués avant l'entrée en vigueur du bail, les travaux effectués dans l'immeuble et la moyenne des charges, notamment de chauffage et de production d'eau chaude, des années ayant précédé la conclusion du bail.

A supposer qu'un calcul de rendement se soit avéré impossible, le Tribunal aurait dû inviter l'appelante à produire des exemples comparatifs - étant rappelé que ce critère de fixation du loyer est subsidiaire à celui du rendement admissible et ne

peut être combiné avec celui-ci - et à se prononcer, à titre subsidiaire, sur une fixation du loyer sur la base des statistiques cantonales des loyers établies par l'Office cantonal de la statistique (cf. ACJC n° 45 du 4 février 2008, consid. 4.2 et les réf. cit.).

En ne procédant pas de la manière indiquée ci-dessus, le Tribunal a violé les art. 274d al. 3 aCO, 429 et 435 aLPC. La cause lui sera par conséquent renvoyée pour être instruite dans le sens susmentionné.

- 6. 6.1** Il sied encore de préciser que dans la mesure où l'intimée n'a pas interjeté d'appel joint, le Tribunal ne pourra pas fixer un loyer inférieur à celui auquel il a abouti dans le jugement querellé. Même s'il établit les faits d'office, le Tribunal ne peut en effet pas fixer le loyer admissible indépendamment des conclusions des parties (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., N 3 ad art. 435 aLPC et les réf. cit.).

6.2 Le loyer à fixer devra par ailleurs inclure l'ensemble des charges liées à l'appartement litigieux, notamment celles de chauffage et de fourniture d'eau chaude.

6.3 La clé de répartition de l'état locatif pourra en revanche rester inchangée, l'appelante ne critiquant pas cet aspect du jugement.

- 7. 7.1** L'appelante invoque en dernier lieu la prescription des prétentions de l'intimée en remboursement du trop-perçu en loyer. L'appelante fait valoir que l'action en répétition de l'indu ne pouvait porter que sur le trop-perçu depuis le 1^{er} août 2009, subsidiairement depuis le 1^{er} août 2005, et ce jusqu'au 1^{er} juillet 2010.

7.2 En cas d'absence de notification du loyer initial à l'aide d'une formule officielle, les prétentions du locataire en restitution du trop-perçu en loyer sont soumises aux règles sur l'enrichissement illégitime, plus particulièrement à l'art. 67 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4C.134/2001 du 18 octobre 2001, consid. 4b).

7.3 En l'espèce, le contrat de bail est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2002. Ainsi que l'a retenu le Tribunal des baux et loyers, l'intimée a été informée de ses droits **après la réception de l'avis de majoration de loyer du 22 juin 2010. Elle a saisi la Commission de conciliation en matière de baux et loyers le 1^{er} juillet 2010. Dès lors, tant le délai relatif que le délai absolu de l'art. 67 al. 1 CO ont été respectés.

En conséquence, les prétentions de l'intimée en restitution des loyers perçus en trop par l'appelante depuis le début du bail ne sont pas prescrites.

Cette exception doit ainsi être rejetée.

- 8.** Au vu de ce qui précède, le jugement du 13 octobre 2011 sera annulé et la cause renvoyée au Tribunal des baux et loyers, qui devra procéder à une instruction complémentaire dans le sens des considérants, et en application de l'ancien droit

de procédure (arrêt du Tribunal fédéral 4A_641/2011 du 27 janvier 2012, consid. 2.2).

9. La procédure étant gratuite, il n'est perçu ni de frais, ni d'émolument (art. 17 al. 1 LaCC).

* * * * *

****Rectification (art. 334 CPC) le 06.06.2012.**

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des baux et loyers :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par N_____ le 21 novembre 2011 contre le jugement JTBL/1213/2011 rendu le 13 octobre 2011 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/15533/2010-2-L.

Au fond :

Annule le jugement attaqué.

Cela fait :

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

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Monsieur Blaise PAGAN et Madame Elena SAMPEDRO, juges; Madame Maude JAQUIERY et Monsieur Maximilien LUCKER, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

La greffière :

Maïté VALENTE

Indication des voies de recours :

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

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.