



POUVOIR JUDICIAIRE

C/9136/2012

ACJC/505/2014

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 28 AVRIL 2014

Entre

- 1) **A** _____, domicilié _____ (GE),
- 2) **B** _____, domiciliée _____ (GE), appelants d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 25 juin 2013 représentés tous les deux par l'ASLOCA, rue du Lac 12, case postale 6150, 1211 Genève 3, en les bureaux de laquelle ils font élection de domicile,

et

- 1) **C** _____, domicilié _____ (GE),
- 2) **D** _____, domicilié _____ (GE),
- 3) **E** _____, domiciliée _____ (GE), intimés, comparant tous les trois par Monsieur Thierry Zumbach, agent d'affaires breveté, case postale 7800, 1002 Lausanne (VD), en les bureaux duquel ils font élection de domicile.

EN FAIT

- A. a.** Par jugement JTBL/676/2013 rendu le 25 juin 2013 expédié pour notification aux parties le 26 juin 2013, le Tribunal des baux et loyers a constaté la validité du congé signifié le 27 avril 2011 pour le 30 juin 2011 s'agissant de la chambre n° 2 située au 3^{ème} étage de l'immeuble _____ à _____ (GE) (ch. 1 du dispositif), condamné A_____ et B_____ à évacuer immédiatement de leur personne, de leurs biens et de toute autre personne faisant ménage commun avec eux, la chambre n° 2 susmentionnée, (ch. 2), réservé la suite de la procédure, s'agissant de la procédure en exécution (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

En substance, le Tribunal a retenu que A_____ et B_____ avaient invoqué tardivement la nullité de la fixation du loyer initial consécutif au défaut de motivation de la formule officielle, pour la première fois lors de l'audience de plaidoiries finales du 28 novembre 2011, soit postérieurement au congé et au dépôt de la requête en évacuation déposée par les bailleurs en cas clair, en juillet 2011; alors même qu'ils étaient assistés d'un conseil dès le mois de juillet 2011, les locataires avaient cherché, par ce moyen, à supprimer les conséquences de la demeure et à priver ainsi les bailleurs des droits découlant de l'art. 257d CO. De ce fait, ils avaient abusé de leur droit en s'opposant au congé immédiat du 27 avril 2011. Les conditions d'application de l'art. 257d al. 1 CO étaient pour le surplus réalisées, aucune compensation dans le délai comminatoire n'étant soulevée par les locataires; l'évacuation de ces derniers devait donc être prononcée.

Le Tribunal a réservé la procédure s'agissant de la question de l'exécution du jugement d'évacuation qui devait être examinée selon la composition prévue à l'art. 30 al. 3 LaCC.

Par identité de motifs, les premiers juges ont débouté les locataires de leurs conclusions en fixation du loyer initial, leur requête en ce sens n'ayant été introduite que postérieurement à l'invocation de la nullité du congé dans le seul but de faire échec au congé pour défaut de paiement et à leur évacuation.

- b.** Par acte expédié le 28 août 2013 au greffe de la Cour de justice, A_____ et B_____ (ci-après : les appelants) ont appelé de ce jugement. Ils ont conclu à l'annulation du jugement entrepris et, sur réforme, à la nullité du contrat de bail à loyer sur la question du montant du loyer, à la nullité de l'avis de résiliation du 27 avril 2011 pour le 30 juin 2011, au déboutement des intimés de leurs conclusions en évacuation et au renvoi de la cause aux premiers juges pour instruction de la cause; subsidiairement, ils concluaient à la fixation du loyer de la chambre n° 2 à 7'800 fr., hors frais accessoires, dès le 1^{er} mai 2009, à la restitution du trop-perçu en découlant, avec intérêts à 5% l'an (date moyenne) et à l'adaptation de la garantie de loyer à due concurrence et à la restitution du solde aux appelants.

Dans un premier moyen, ils ont soulevé que le Tribunal avait retenu arbitrairement que la question de la nullité du congé n'avait été invoquée que dans le cadre de la procédure en évacuation déposée contre eux; or, la procédure en fixation du loyer avait été déposée préalablement à la requête en évacuation; la question de l'abus de droit ne devait donc être examinée que pour déterminer s'ils avaient invoqué la nullité dans un laps de temps trop long entre la connaissance de leur droit de contestation et le dépôt de la requête en fixation du loyer initial; en aucun cas l'abus de droit ne devait être examiné pour déterminer s'ils avaient soulevé la nullité du loyer pour faire échec à une procédure en évacuation.

Dans un second moyen, les appelants estiment que seulement cinq mois s'étaient écoulés entre le moment où ils avaient pu s'apercevoir du vice de forme dans la fixation du loyer initial (motifs de fixation du loyer inexistant) et le dépôt de leur requête en fixation du loyer le 23 décembre 2011; il ne pouvait donc leur être reproché de s'être abstenus de protester sur ce point pour en tirer profit ultérieurement; les premiers juges avaient donc violé les art. 270 al. 1 et 2 CO et l'art. 2 al. 2 CC en refusant de procéder à la fixation du loyer initial et en leur reprochant d'abuser de leur droit en invoquant tardivement la nullité du loyer initial. La cause devait donc être renvoyée au Tribunal pour qu'il instruisse cette question et administre les preuves.

Dans un ultime moyen, les appelants se plaignent d'une violation de l'art. 257d al. 3 CO et de l'art. 2 al. 2 CC; en effet, lorsque la fixation du loyer est nulle, le locataire ne peut se trouver en demeure; ils ne s'étaient pas abstenus d'invoquer la nullité du loyer en attendant que le Tribunal statue sur l'expulsion et ne s'étaient pas aperçus du vice de forme en dernière minute. La première évacuation, déposée en cas clair, avait été déclarée irrecevable et ne devait pas être prise en compte; ainsi, la requête en fixation du loyer avait été déposée avant la requête en évacuation; les appelants avaient donc agi avec diligence et c'est à tort que le Tribunal avait retenu un abus de droit. Faute pour eux d'avoir été en demeure, la résiliation pour défaut de paiement était nulle, ce qui devait conduire au déboutement des intimés de leurs conclusions en évacuation.

c. Dans leur réponse du 10 octobre 2013, les intimés ont conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement de première instance.

Ils ont fait valoir que la procédure d'évacuation avait été introduite avant celle relative à la fixation du loyer; s'ils n'avaient pas introduit une nouvelle requête en évacuation en saisissant la Commission de conciliation immédiatement après le jugement du 6 décembre 2011 prononçant l'irrecevabilité de leur requête en cas clair, c'était en raison du fait qu'ils s'étaient fiés aux voies de droit indiquées dans le jugement, à savoir celle de l'appel; la Cour ayant finalement tranché la cause selon les règles du recours, ils n'avaient pu demander la restitution de l'effet suspensif. Bien que la Commission de conciliation ait été saisie le 14 mai 2012, à réception de l'arrêt de la Cour du 23 avril 2012 confirmant le jugement d'irrecevabilité du 6 décembre 2011, les intimés devaient être mis au bénéfice de

l'art. 63 CPC. L'instance devait donc être réputée introduite par les intimés le 25 juillet 2011, soit au jour du dépôt de la requête en évacuation en cas clair.

S'agissant de l'abus de droit, l'attitude et les déclarations des appelants durant la procédure démontraient que leur contestation de loyer initial n'était qu'une mesure de représailles, les retards récurrents dans le paiement des loyers n'ayant aucun lien avec l'absence de motivation précise du loyer initial. Ils n'avaient pas contesté, dans les 30 jours, le congé immédiat; alors qu'ils étaient assistés de l'ASLOCA depuis le mois de juillet 2011, ils n'avaient émis aucune protestation relative au montant du loyer, notamment dans leurs correspondances envoyées au mois d'octobre et de novembre 2011 ou lors de l'audience du 17 octobre 2011. Les intimés avaient finalement soulevé la nullité du loyer initial dès qu'ils avaient appris, lors de l'audience du 28 novembre 2011, que les appelants refusaient toute transaction et persistaient dans leur volonté de récupérer les locaux. En saisissant la Commission de conciliation d'une requête en fixation du loyer initial le 23 décembre 2011 seulement, l'absence de réaction des appelants avait guéri l'éventuel vice de forme lié à l'absence de motivation du loyer initial. Enfin, le paiement du loyer et des indemnités courantes avait toujours été aléatoire; durant la procédure, les appelants avaient accumulé un arriéré entre mai 2012 et mars 2013 s'élevant à 8'655 fr. 90.

d. Les appelants n'ont pas fait usage de leur droit de répliquer. Les parties ont été informées par le greffe de la Cour de justice le 11 octobre 2013 de la mise en délibération de la cause.

B. Les faits pertinents de la cause peuvent être résumés comme suit :

a. Selon contrat de bail à loyer conclu le 15 avril 2009, les consorts _____, soit C _____, D _____ et E _____, en qualité de bailleurs ont remis à bail à B _____ et A _____, en tant que locataires conjoints et solidaires, la chambre n° 2 sise au 3^{ème} étage de l'immeuble _____ à _____ (GE), à l'usage d'habitation personnelle de B _____.

Le bail était conclu pour une période initiale d'une année, arrivant à échéance le 30 avril 2010; il se renouvelait ensuite d'année en année, sauf congé donné avec un préavis de trois mois.

Quant au loyer, il a été fixé au montant annuel de 9'600 fr., plus 600 fr. de charges.

b. L'avis de fixation du loyer initial, joint au bail et daté du 15 avril 2009, mentionnait le nom du locataire précédent ainsi que le montant du loyer payé par celui-ci, qui était identique.

Aucune mention ne figurait sous la rubrique "Motifs précis des prétentions ci-dessus".

En revanche, la première page du contrat de bail comportait les mentions "Taux hypothécaire 3,5% (01.09.2008), ISPC 102.4 pts (base ISPC - 2005)".

c. Par courriers recommandés du 31 janvier 2011, notifiés séparément à B_____ et A_____, ces derniers ont été mis en demeure de régler, dans un délai de trente jours, la somme de 2'640 fr., correspondant aux loyers et charges des mois de novembre 2010, décembre 2010 et janvier 2011 et divers frais de rappel, sous peine que le bail soit résilié en application de l'art. 257d al. 1 CO.

d. Le 1^{er} mars 2011, deux versements de 850 fr. ont été effectués en mains de la régie, soit l'équivalent de deux mensualités de loyer et charges; aucun autre versement n'est intervenu dans le délai comminatoire.

e. Par courriers recommandés et avis officiels du 27 avril 2011, notifiés séparément à B_____ et A_____, le bail a été résilié pour défaut de paiement, avec effet au 30 juin 2011.

f. Ce congé immédiat n'a pas été contesté par les locataires dans le délai légal de trente jours.

g. Par courriel adressé à la régie le 12 juillet 2011, l'ASLOCA s'est constituée pour la défense des intérêts des locataires, avec élection de domicile en leurs bureaux, et a annulé l'état des lieux de sortie fixé au 15 juillet 2011.

Le 21 juillet 2011, l'ASLOCA a sollicité qu'un délai d'épreuve soit accordé aux locataires au motif que A_____, qui regrettait vivement les retards dans le paiement des loyers et qui était gravement atteint dans sa santé, avait un besoin vital de pouvoir loger son aide-soignante, B_____.

h. Par requête du 25 juillet 2011 déposée au Tribunal des baux et loyers, les bailleurs ont agi en évacuation contre les locataires en sollicitant l'application de la procédure sommaire en cas clairs; ils sollicitaient leur évacuation immédiate et l'exécution directe du jugement par la force publique.

La cause a été inscrite sous numéro C/_____.

i. Par courrier du 14 octobre 2011, l'ASLOCA a informé le conseil des bailleurs de la mise à jour du loyer et a réitéré sa demande d'octroi d'un délai d'épreuve.

j. Une audience des débats s'est tenue le 17 octobre 2011.

Le représentant des bailleurs a exposé que le loyer du mois de janvier 2011 avait été finalement réglé en juin 2011 et que, depuis lors, les locataires étaient à jour dans le paiement de leurs indemnités. Il souhaitait que la procédure aille de l'avant.

A_____ a expliqué que le retard constaté en janvier 2011 était dû à des problèmes de santé et à une hospitalisation; il avait consigné le loyer, croyant qu'il s'agissait de la pratique en cas de procédure judiciaire. Il s'était engagé à donner un ordre de virement permanent à sa banque.

La comparution personnelle des bailleurs a été ordonnée par le Tribunal à l'issue de l'audience.

k. Par courrier du 8 novembre 2011, l'ASLOCA a sollicité que la demande de dispense de comparution personnelle des bailleurs soit refusée; elle a rappelé que la proximité de B_____ du domicile de A_____ était vitale pour que des soins - au moins bihebdomadaires pour éviter tout nouveau risque d'accident vasculaire cérébral - puissent lui être prodigués rapidement; les bailleurs devaient donc expliquer les motifs les conduisant à persister dans leur requête, malgré l'état de santé de A_____ et la mise à jour des loyers.

l. Lors de l'audience du 28 novembre 2011, C_____ a comparu pour les bailleurs. Il a persisté à solliciter l'exécution du jugement d'évacuation, précisant qu'il ne s'agissait pas d'une question d'argent mais plutôt de la personne de l'occupante de la chambre, B_____, qui avait suscité des plaintes d'autres habitants de l'immeuble. C_____ s'est refusé à préciser la nature des griefs, ne souhaitant pas s'exposer à une poursuite en diffamation ou en calomnie.

Lors de cette même audience, le conseil des locataires a soulevé l'inefficacité du congé notifié, en raison d'un défaut de motivation de l'avis de fixation du loyer initial, défaut qui entraînait sa nullité. Ainsi, le cas à juger n'était pas clair, de sorte que la requête en exécution directe s'avérait irrecevable. Il relevait également l'abus de droit des bailleurs consistant à solliciter l'exécution du jugement d'évacuation pour des raisons étrangères à la question du non-paiement du loyer et donc au congé notifié.

Le conseil des bailleurs a, pour sa part, relevé l'abus de droit des locataires visant à se prévaloir de la nullité de la fixation du loyer initial au stade de la procédure d'évacuation.

m. Par jugement rendu le 6 décembre 2011, le Tribunal des baux et loyers a déclaré irrecevable la requête en évacuation déposée par les bailleurs le 25 juillet 2011.

Les premiers juges ont retenu, en substance, qu'il existait un doute quant à la validité du congé notifié aux locataires pour défaut de paiement en raison de l'absence de motivation figurant dans la formule officielle de fixation du loyer initial, susceptible d'entraîner la nullité partielle du bail, limitée à la seule fixation du loyer; le locataire qui contestait le loyer initial et qui ne s'acquittait pas de son loyer n'était pas en demeure.

La situation juridique n'était donc pas claire.

n. Les bailleurs ont recouru contre cette décision le 19 décembre 2011.

o. Parallèlement à leur réponse au recours du 23 décembre 2011, les locataires ont saisi le même jour la Commission de conciliation d'une requête en fixation du loyer, portée devant le Tribunal des baux et loyers le 11 juin 2012 après l'échec de la tentative de conciliation du 22 mai 2012.

Ils ont soutenu que l'absence de motifs sur la formule officielle fixant le loyer initial entraînait la nullité partielle du contrat sous l'angle du loyer. Un calcul de rendement devait être effectué vu l'acquisition récente de l'immeuble par les bailleurs.

Au regard des statistiques cantonales - produites à l'appui de la requête -, le loyer annuel devait être fixé au montant de 7'800 fr., charges non comprises.

Ils concluaient, préalablement, à la production des pièces permettant un calcul de rendement, principalement, à la nullité partielle du contrat et à la fixation du loyer à 7'800 fr. l'an, charges non comprises, dès le 1^{er} mai 2009, à la restitution du trop-perçu avec intérêts à 5% l'an, à l'adaptation de la garantie de loyer et à la restitution du solde.

La cause a été inscrite sous numéro C/_____.

p. Par arrêt rendu le 23 avril 2012, la Cour de justice a confirmé l'irrecevabilité de la requête en évacuation des baux.

La Cour a constaté que les conditions d'un cas clair étaient réalisées s'agissant de la procédure de résiliation selon l'art. 257d CO; toutefois, l'objection des locataires contestant la validité de leur mise en demeure par suite de la nullité du loyer en raison d'un vice affectant l'avis de fixation du loyer initial était vraisemblable et ne pouvait être tranchée *prima facie*; il en allait de même du grief d'abus de droit invoqué par les bailleurs consistant à soulever pareille nullité, qui nécessitait une appréciation circonstanciée de la situation à laquelle ne pouvait se livrer le juge du cas clair.

q. Le 14 mai 2012, les bailleurs ont saisi la Commission de conciliation d'une requête en évacuation dirigée contre les locataires, portée devant le Tribunal des baux et loyers le 29 juin 2012 après l'échec de la tentative de conciliation du 26 juin 2012.

Ils ont conclu à ce que A_____ et B_____ quittent et rendent immédiatement libre le logement, et au prononcé de l'exécution forcée directe immédiate par voie d'huissier judiciaire ou par la force publique de A_____ et B_____.

A l'appui de leur requête, ils ont relevé que la nullité du loyer initial était un prétexte découvert à la dernière minute par les locataires qui ne pouvaient priver les bailleurs des droits découlant de l'art. 257d CO; pareille attitude constituait un abus de droit.

La cause a été inscrite sous numéro C/9136/2012.

r. Dans leur réponse du 2 octobre 2012, les locataires ont rappelé que la nullité du loyer initial pouvait être constatée en tout temps et que lorsque la fixation du loyer initial était nulle, le locataire ne pouvait pas être en demeure. Ils avaient soulevé le vice de forme affectant le formulaire officiel de fixation du loyer initial sitôt portée à leur connaissance l'existence du vice et n'avaient pas abusé de leur droit en déposant la requête du 23 décembre 2011, avant la procédure en évacuation. Enfin, les bailleurs abusaient de leur droit en sollicitant l'exécution de l'évacuation pour des raisons liées à la personne de B_____; de ce fait, ils ne poursuivaient pas le but instauré par l'art. 257d CO.

Ils concluait au déboutement des bailleurs des fins de leur requête en évacuation.

Dans leur réponse du même jour, les bailleurs ont relevé que le logement se trouvait dans un immeuble classé qui avait fait l'objet d'importants travaux d'entretien et dont l'état général pouvait être estimé comme très bon. Ils rappelaient que les locataires avaient toujours réglé le loyer avec du retard, notamment en juin et octobre 2011 et qu'ils avaient soulevé la nullité de la fixation du loyer initial seulement lors des plaidoiries finales du 28 novembre 2011 après que les bailleurs avaient exprimé leur refus de trouver une solution transactionnelle; il s'agissait d'un moyen de dernière minute exprimé tardivement qui ne visait, de manière abusive, qu'à faire échec à la mise en demeure du 31 janvier 2011. Ils concluait au rejet de la demande en fixation de loyer des locataires et, à titre reconventionnel, à la fixation du loyer annuel de la chambre à 9'600 fr., plus 600 fr. d'acomptes de charges, dès le 1^{er} mai 2009.

s. Par bordereaux déposés les 23 octobre et 19 novembre 2012, les bailleurs ont versé à la procédure un relevé de compte des locataires au 12 octobre 2012, ainsi que diverses factures relatives à des travaux d'entretien sur l'immeuble entre les années 2001 à 2012 et ont indiqué que le coût total de ces travaux, entrepris depuis les dix dernières années, se montait à 2'240'368 fr.

t. Par ordonnance du 28 janvier 2013, le Tribunal des baux et loyers a ordonné la jonction des causes C/9136/2012 et C/_____ sous le numéro C/9136/2012.

u. Lors de l'audience du 26 février 2013, A_____ a reconnu ne pas avoir réglé l'intégralité de la somme réclamée dans le délai comminatoire; il n'avait finalement établi un ordre permanent pour régler le loyer qu'en février 2013, bien qu'il ait promis de l'établir lors de la procédure en cas clair; il avait appris la nullité de l'avis initial de fixation du loyer le 28 novembre 2011, lorsque son avocat en avait parlé en audience devant le Tribunal des baux et loyers; B_____, son aide-soignante, occupait la chambre et lui apportait des soins deux à trois fois par semaine; ses recherches de chambre n'avaient pas abouti, malgré des téléphones adressés à des régies.

La représentante des bailleurs a indiqué que seuls deux mois sur les trois réclamés avaient été réglés dans le délai comminatoire; le mois de janvier 2011 était en souffrance; les retards de paiement étaient réguliers, le locataire accusant un retard de 8'526 fr. au 28 février 2013; selon elle, les locataires étaient informés de la nullité de l'avis de fixation du loyer initial au mois de juin 2011 déjà.

v. Lors de l'audience du 9 avril 2013, A_____ a sollicité que le loyer soit fixé à 700 fr. par mois, plus 50 fr. de charges; l'arriéré s'était accru à 8'655 fr. selon les bailleurs.

Le Tribunal a ordonné la comparution de B_____.

w. Lors de son audition le 21 mai 2013, B_____ a confirmé être engagée par A_____ en qualité d'aide-soignante/dame d'accompagnement, à 30%, pour un salaire de 1'000 fr. à 1'200 fr. par mois; elle n'avait fait aucune recherche pour se reloger, hormis des consultations sur internet et dans la presse (GHI).

Elle a refusé de régler l'arriéré chiffré par les bailleurs à 8'655 fr. 90 au 31 mai 2013 et indiqué qu'elle refusait qu'un délai de départ au 31 décembre 2013 soit convenu.

Les plaidoiries finales ont été ordonnées et les conseils des parties ont plaidé sur le siège. En substance, les bailleurs ont relevé l'abus de droit des locataires consistant à invoquer la nullité de l'avis de fixation initial du loyer, qui était une mesure de représailles; les retards dans le paiement du loyer étaient récurrents; une formule officielle avait bien été notifiée; si elle était dépourvue de motivation, tous les éléments de fixation du loyer figuraient sur le contrat de bail.

Quant aux locataires, ils ont soutenu que l'absence de motivation de l'avis de fixation emportait la nullité partielle du contrat sous l'angle du loyer; la nullité pouvait être invoquée en tout temps; il n'y avait aucun abus de droit de leur part dès lors que la requête en fixation du loyer initial avait été déposée avant la requête en évacuation des bailleurs; ils n'étaient pas juristes et ne connaissaient pas leurs droits avant d'avoir consulté l'ASLOCA; le loyer initial n'étant pas encore fixé, ils ne pouvaient se trouver en demeure; la mise en demeure et la résiliation pour défaut de paiement étaient donc nulles.

C. Les arguments des parties seront examinés en tant que de besoin ci-après.

EN DROIT

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

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

Lorsque l'action ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal détermine la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point ou si la valeur qu'elles avancent est manifestement erronée (art. 91 al. 2 CPC). La détermination de la valeur litigieuse suit les mêmes règles que pour la procédure devant le Tribunal fédéral (RETORNAZ in : Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel, 2010, p. 363; SPÜHLER BSK ZPO, n° 8 ad art. 308).

L'art. 51 al. 2 LTF dispose que si les conclusions ne tendent pas au paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal fédéral fixe la valeur litigieuse selon son

appréciation. La jurisprudence prévoit, s'agissant d'une procédure relative à une évacuation, dans laquelle la question de l'annulation, respectivement de la prolongation du bail ne se pose pas, que l'intérêt économique du bailleur peut être assimilé à la valeur que représente l'usage des locaux pendant la période où le déguerpissement du locataire ne peut pas être exécuté par la force publique (arrêt 4A_72/2007 du 22 août 2007 consid. 2.2). Dans un arrêt de 2009, le Tribunal fédéral a également précisé que la valeur correspond à l'usage de l'appartement pendant la période durant laquelle le locataire pourrait encore l'occuper s'il obtient gain de cause (arrêt 4A_549/2008 du 19 janvier 2009 consid. 1).

1.1. En l'espèce, la présente procédure a trait à une demande d'évacuation et d'exécution directe déposée par les intimés. De son côté, l'appelant a agi en fixation du loyer initial. Les deux procédures ont été jointes par ordonnance du Tribunal du 28 janvier 2013.

La valeur litigieuse correspond dès lors à la somme des loyers entre le moment du dépôt de l'appel par l'appelant et le moment où le déguerpissement de ce dernier pourra vraisemblablement être exécuté par la force publique, soit 11'900 fr. (loyer mensuel de 850 fr. x 14 mois). La période de quatorze mois correspond à l'estimation suivante : quatre mois de procédure devant la Cour de justice, trente jours pour recourir au Tribunal fédéral, quatre mois de procédure devant le Tribunal fédéral, quatre mois pour la procédure relative à l'exécution du jugement d'évacuation et trente jours pour la force publique pour procéder à l'évacuation.

Le litige porte également sur la fixation du loyer initial dont l'appelant soutient qu'il devrait être fixé, depuis le 1^{er} mai 2009, à 7'800 fr. par an - hors frais accessoires - au lieu de 9'600 fr. Au jour du dépôt de l'appel, cette différence représente, sur 4,5 ans, la somme cumulée de 8'100 fr. (9'600 fr. - 7'800 fr. x 4,5 ans).

En cumulant les montants ci-dessus, la valeur litigieuse minimale de 10'000 fr. est atteinte, de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

1.2. Selon l'art. 311 CPC, l'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision, laquelle doit être jointe au dossier d'appel.

L'appel a été interjeté dans le délai et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

2. Concernant l'appel, la Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).
3. Les appelants se plaignent d'une violation de l'art. 257d al. 3 CO et de l'art. 2 al. 2 CC; selon eux, lorsque la fixation du loyer est nulle, le locataire ne peut se trouver en demeure; ils ne s'étaient pas abstenus d'invoquer la nullité du loyer en attendant que le Tribunal statue sur l'expulsion et ne s'étaient pas aperçus du vice de forme en dernière minute. La première requête en évacuation, déposée en cas clair, avait été déclarée irrecevable et ne devait pas être prise en compte; ainsi, la

requête en fixation du loyer avait été déposée avant la requête en évacuation; les appelants avaient donc agi avec diligence et c'est à tort que le Tribunal avait retenu un abus de droit. Faute d'avoir été en demeure, la résiliation pour défaut de paiement était nulle, ce qui devait conduire au déboutement des intimés de leurs conclusions en évacuation.

3.1. La nullité partielle se constate d'office et intervient de plein droit (arrêt du Tribunal fédéral 4C.428/2004 du 1^{er} avril 2005, consid. 3.1, in SJ 2006 I p. 19); le locataire peut la faire valoir en tout temps, sous la seule réserve de l'abus de droit (FETTER, La contestation du loyer initial, 2005, n° 230). Il lui est donc loisible de soulever ce moyen plus tard, au stade de sa défense dans l'action en évacuation des locaux que le bailleur lui intentera après l'expiration du délai de congé (ATF 121 III 156).

A teneur de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Ce principe permet de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste. Le juge apprécie la question au regard des circonstances concrètes, qui sont déterminantes. L'emploi dans le texte légal du qualificatif "manifeste" démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (ATF 135 III 162 consid. 3.3.1 p. 169 et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 4A_129/2011 du 28 avril 2011, consid. 2.3).

S'agissant de la nullité du loyer initial, l'abus de droit peut entrer en considération lorsque la partie a eu conscience d'emblée du vice de forme et qu'elle s'est abstenue intentionnellement de le faire valoir sur-le-champ afin d'en tirer avantage par la suite (ATF 113 II 187 consid. 1a p. 189 et arrêt du Tribunal fédéral 4A_185/2008 du 24 septembre 2008 consid. 2.2; cf. aussi ATF 123 III 70 consid. 3c p. 75).

Le fait de payer sans discuter pendant une vingtaine de mois un loyer surévalué par rapport aux critères contenus aux art. 269 ss CO et de s'inquiéter de cette situation à l'occasion d'un avis d'augmentation ne saurait, à lui seul, faire admettre que le locataire commet un abus de droit en arguant de la nullité du loyer initial. En revanche, le locataire qui soulève un tel vice de forme pour s'opposer à la résiliation immédiate du contrat et à son expulsion commet un abus de droit (arrêt du Tribunal fédéral 4A_129/2011 du 28 avril 2011, consid. 2.3).

En effet, dans un arrêt non publié 4C_315/2000 du 5 février 2001, consid. 4c, le Tribunal fédéral avait jugé abusif d'invoquer la nullité du loyer initial pour s'opposer à une résiliation immédiate du contrat motivée par le défaut de paiement du loyer (art. 257d CO); il n'était pas imaginable que le vice de forme conduise à une cession de l'usage du logement à titre gratuit (ATF 120 II 341 consid. 6a). Le Tribunal fédéral avait bien précisé qu'il ne s'agissait pas d'apprécier le caractère

abusif de la nullité invoquée par les locataires en relation avec la contestation du loyer initial, qui faisait l'objet d'une procédure distincte introduite postérieurement à la résiliation du bail; il était tout au plus exclu d'invoquer la nullité du loyer initial en relation avec la procédure d'expulsion. Il s'agissait d'un cas où une institution juridique, soit la protection contre les loyers abusifs, était utilisée contrairement à sa finalité (cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 4A_38/2013 du 12 avril 2013, consid. 2.2.)

Dans un arrêt du 7 novembre 2011, le Tribunal fédéral a également qualifié d'abus de droit le fait, pour un locataire, d'invoquer l'absence de notification du loyer initial sur formule officielle pour s'opposer à une résiliation de bail fondée sur le non-respect, à plusieurs reprises, des échéances pour le paiement du loyer. La juridiction fédérale a considéré que, dès lors que le locataire ne contestait pas le montant du loyer et qu'il n'avait engagé aucune procédure en contestation du loyer, l'argument formulé revenait à utiliser une institution juridique (l'exigence de la formule officielle de fixation du loyer initial) d'une manière contraire à son but (ATF 137 III 547 consid. 2.3).

3.2. Dans un premiers temps, il n'y a pas lieu d'apprécier le caractère abusif de la nullité invoquée par les appelants en relation avec la fixation du loyer initial - qui faisait l'objet d'une procédure distincte C/ _____ finalement jointe à la présente cause - introduite huit mois environ après la résiliation du bail notifiée par avis du 27 avril 2011, mais de déterminer si les appelants peuvent, sans commettre un abus de droit, se prévaloir de cette nullité pour s'opposer à la résiliation immédiate de leur bail au sens de l'art. 257d CO et, partant, à leur évacuation.

En l'espèce, les locataires ne se sont prévalus de la nullité liée à l'absence de motifs sur la formule officielle que le 28 novembre 2011, lors de la seconde audience de débats qui s'est tenue dans la procédure en évacuation déposée par les bailleurs en procédure sommaire. Auparavant, pendant près de deux ans, ils avaient versé leur loyer sans émettre de réserve. Alors même qu'ils étaient conseillés par l'ASLOCA dès le 12 juillet 2011, leur première intervention, exprimée dans le courrier du 21 juillet 2011, visait à s'excuser pour le retard pris dans le paiement des loyers et obtenir un délai d'épreuve. Lors de la première audience du 17 octobre 2011, toujours dans la requête d'évacuation en procédure sommaire, A_____ a expliqué avoir été dans l'erreur, croyant, à tort, que les loyers devaient être consignés en cas de procédure en cours contre son bailleurs; dès qu'il avait été informé par l'ASLOCA de son erreur, les retards avaient été rattrapés; il s'était en outre engagé à établir un ordre permanent auprès de sa banque. De par son comportement, A_____ proposait donc de payer régulièrement et à temps le loyer courant, sans émettre la moindre protestation sur son montant.

Si, comme l'a indiqué A_____ le 26 février 2013, il n'a appris la nullité de l'avis de fixation du loyer initial que lorsque son conseil l'a relevée lors des plaidoiries du 28 novembre 2011, cela signifie que les appelants ont cherché, par un moyen

découvert en dernière minute non pas à réduire le loyer, mais à justifier son non-versement, en supprimant les conséquences de leur demeure.

Admettre, dans ces circonstances, la nullité du loyer initial en relation avec la procédure d'expulsion aurait pour effet de légitimer l'usage de l'appartement à titre gratuit et de priver les intimés des droits découlant de l'art. 257d CO, ce qui reviendrait à détourner le contrat de bail de son but.

Il n'est pas non plus relevant de déterminer laquelle de l'instance relative à la fixation du loyer ou de celle relative à l'évacuation des locataires a été saisie en premier. Est déterminante la question de savoir si la nullité du loyer a été invoquée avant la notification de la résiliation pour défaut de paiement, ou, du moins, si cette nullité a été invoquée dans le délai comminatoire de trente jours imparti par les bailleurs. Le Tribunal fédéral a certes retenu que lorsque le locataire avait introduit une procédure judiciaire pour contester le loyer initial, il était en tout cas exclu qu'il tombe en demeure (art. 257d CO) jusqu'à la fixation judiciaire du loyer (ATF 120 II 341 consid. 6c p. 350 s.). Or, dans le cas d'espèce, les locataires étaient clairement en demeure au moment du congé; ils ne contestent d'ailleurs pas n'avoir réglé que deux des trois mensualités réclamées dans l'avis comminatoire du 31 janvier 2011. En outre, ils ont régulièrement accusé du retard dans le paiement des mensualités courantes en 2011 notamment. La demeure des appelants a donc préexisté et était réalisée bien avant qu'ils ne soulèvent la nullité du loyer liée à un vice de forme de la formule officielle de fixation du loyer et qu'ils saisissent la juridiction des baux et loyers de ce chef à la fin du mois de décembre 2011. Il découle clairement de l'attitude des locataires et de leur conseil qu'ils se sont abstenus de soulever le vice de forme avant l'audience d'évacuation du 28 novembre 2011, cherchant ainsi à échapper, en dernière seconde, aux rigueurs découlant de leur demeure et du congé notifié en application de l'art. 257d CO.

C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que les appelants avaient invoqué abusivement le vice de forme pour se soustraire aux règles en matière de demeure; ils n'ont donc pas violé l'art. 2 al. 2 CC.

3.3. Les premiers juges ont donc valablement prononcé la validité du congé notifié en application de l'art. 257d CO - dont les conditions sont réalisées, ce que ne contestent d'ailleurs pas les appelants -, ordonné l'évacuation immédiate des appelants, et réservé la suite de la procédure, s'agissant de la procédure d'expulsion.

Le jugement entrepris sera donc confirmé sur ces points.

- 4.** Dans un second grief, les appelants estiment que seulement cinq mois s'étaient écoulés entre le moment où ils ont pu s'apercevoir du vice de forme dans la fixation du loyer initial (motifs de fixation du loyer inexistant) et le dépôt de leur requête en fixation du loyer le 23 décembre 2011; il ne pouvait donc leur être reproché de s'être abstenus de protester sur ce point pour en tirer profit ultérieurement; les premiers juges avaient donc violé les art. 270 al. 1 et 2 CO et l'art. 2 al. 2 CC en refusant de procéder à la fixation du loyer initial et en leur

reprochant d'abuser de leur droit en invoquant tardivement la nullité du loyer initial. La cause devait donc être renvoyée au Tribunal pour qu'il instruisse cette question et administre les preuves.

4.1. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a retenu que l'abus de droit peut aussi entrer en considération lorsque le locataire, qui ne s'est aperçu qu'ultérieurement du vice de forme, a omis de protester dans un délai raisonnable; dans un tel cas, l'on peut inférer qu'il considère le loyer comme non abusif et renonce à le contester devant l'autorité, validant ainsi le montant convenu et guérissant les effets du vice de forme (ATF 137 III 547 consid. 2.3). En revanche, le seul fait d'avoir payé le loyer pendant un long laps de temps sans discuter ne saurait, à lui seul, conduire à la conclusion que le locataire commet un abus de droit en arguant de la nullité du loyer initial après avoir pris conscience du vice de forme initial (arrêt du Tribunal fédéral 4A_38/2013 du 12 avril 2013, consid. 2.1.).

Le fait qu'il soit exclu d'invoquer la nullité du loyer initial en relation avec la procédure d'expulsion n'empêchait pas que le locataire puisse faire examiner, dans une procédure distincte, la validité du loyer initial qui avait été fixé sans l'usage du formulaire officiel; aucun abus de droit ne pouvait être reproché au locataire (arrêt du Tribunal fédéral 4A_38/2013 précité, consid. 2.2. et 2.3.).

La situation du cas d'espèce est très proche; elle se distingue du cas susvisé en ce sens que le vice de forme soulevé par les appelants réside dans le défaut de motivation figurant dans l'avis de fixation du loyer initial; en outre, la procédure d'expulsion et la procédure de fixation du loyer ont été jointes par les premiers juges, mais ont bien fait l'objet de procédures distinctes.

Partant, le grief d'abus de droit invoqué par les bailleurs - consistant à reprocher aux locataires d'avoir soulevé abusivement la nullité du loyer initial - ne pouvait être admis par les premiers juges pour les mêmes motifs et sur la base de la même motivation qui les ont conduits à retenir que les locataires abusaient de leur droit en soulevant un vice de forme pour faire obstacle à leur expulsion et aux règles en matière de demeure.

Il y a donc lieu de retourner la cause aux premiers juges pour qu'ils examinent la question de l'abus de droit des locataires à soulever la nullité du loyer à l'aune de la jurisprudence topique en la matière, et, cas échéant, qu'ils instruisent la question de la nullité de la fixation du loyer initial soulevée par les locataires et procèdent à la fixation du loyer initial.

5. Comme déjà examiné ci-dessus (cf. consid. 1.1), la valeur litigieuse est manifestement supérieure à 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. d LTF), ouvrant la voie du recours en matière civile.
6. La procédure est gratuite, de sorte qu'il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens (art. 22 al. 1 LaCC), étant rappelé que l'art. 116 al. 1 CPC autorise les cantons à prévoir des dispenses de frais dans d'autres litiges que ceux visés à l'art. 114 CPC.

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ et B_____ contre le jugement JTBL/676/2013 rendu le 25 juin 2013 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/9136/2012-3-OSE.

Au fond :

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

Annule le chiffre 4 du dispositif du jugement.

Cela fait :

Renvoie la cause au Tribunal des baux et loyers aux fins d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt.

Dit que la procédure est gratuite.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Madame Elena SAMPEDRO et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Monsieur Alain MAUNOIR et Monsieur Grégoire CHAMBAZ, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Sylvie DROIN

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 : cf. considérant 7.