

La fixation du loyer contesté : une jurisprudence à bout de souffle ?

Réflexions sur l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 (destiné à la publication)

L'auteur donne son point de vue à propos d'un arrêt du tribunal fédéral qui a suscité beaucoup d'interrogations de la part des spécialistes du droit du bail à loyer. En raison de la baisse constante des taux d'intérêts hypothécaires, nos juges suprêmes abandonnent leurs vieilles jurisprudences de 1994 et 1986 sur la réévaluation des fonds propres et sur le taux d'intérêt qu'il convient d'appliquer à ces derniers dans le calcul de rendement au sens de l'art. 269 CO. De l'avis de David Lachat ces revirements de jurisprudence ne convainquent pas et souffrent d'un manque de motivation. L'auteur invite les milieux concernés à s'asseoir autour d'une table de négociations, sous les auspices des autorités politiques, et à trouver des solutions à inscrire dans l'ordonnance (OBLF) d'application des art. 253 à 273c CO.

I. Introduction	30
II. Les faits de la cause 4A_554/2019 du 26 octobre 2020	30
III. Les acquis de la jurisprudence	31
IV. La réévaluation des fonds propres	32
V. Le taux de rendement admissible des fonds propres	33
VI. Une jurisprudence à bout de souffle ?	36

Citation:

DAVID LACHAT, La fixation du loyer contesté : une jurisprudence à bout de souffle ?, sui generis 2021, p. 29

David Lachat, Avocat genevois retraité, spécialiste de droit du bail à loyer et auteur de nombreux ouvrages et contributions sur le sujet. Récemment : Le bail à loyer, Lausanne 2019 (avec Karin Grobet Thorens, Xavier Rubli et Pierre Stastny); La procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2019 (avec Boris Lachat); Le Bail au temps du coronavirus, SJ 2020 II, p. 111 ss et MP 2020, p. 99 ss (avec Sarah Brutschin); Le bail des cafés et des restaurants, 18^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, p. 221 ss; La résolution amiable des conflits locatifs (petit guide de la bonne transaction), 19^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 287 ss.

URL: sui-generis.ch/165

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.165>

Ce(tte) œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution – Partage dans les Mêmes Conditions 4.0 International.

I. Introduction

- 1 Les règles actuelles du droit du bail sur la fixation matérielle du loyer (art. 269 et 269a CO en particulier) remontent à 1972, soit à l'Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL; art. 14 et 15).
- 2 À l'époque, dans l'urgence, les Chambres fédérales ont retenu divers critères permettant au juge d'apprécier le montant d'un loyer contesté. Certains de ces critères reflètent un loyer fondé sur les coûts. D'autres s'approchent des loyers pratiqués sur le marché en fonction de la loi de l'offre et de la demande.
- 3 Les critères dits absolus, permettent d'apprécier le loyer pour lui-même, sans tenir compte des accords préalables des parties (rendement net ou brut de la chose louée; loyers comparatifs). D'autres critères, dits relatifs, s'attachent à prendre en compte l'évolution des coûts depuis la dernière fixation du loyer (taux hypothécaire; évolution des charges; prestations supplémentaires du bailleur; maintien du pouvoir d'achat).
- 4 Ni le législateur de l'époque ni le Conseil fédéral dans son ordonnance d'application (OASL) n'ont indiqué comment ces critères, parfois antinomiques, doivent s'appliquer et se combiner entre eux (cumul ou compensation entre les différents critères).
- 5 Le Tribunal fédéral a dès lors comblé ce vide, en élaborant progressivement une jurisprudence créative.
- 6 En partant du caractère tantôt absolu, tantôt relatif des critères légaux de fixation du loyer, nos juges fédéraux ont créé les méthodes absolue et relative.
- 7 La première sert avant tout à apprécier le loyer initial¹ lorsqu'il est contesté, par référence soit au rendement de la chose louée, soit aux loyers comparatifs.
- 8 La méthode relative, elle, sert surtout à apprécier une majoration du loyer² souhaitée par le bailleur ou une demande de diminution du loyer³ formulée par le locataire. Cette méthode relative prend en considération les rapports contractuels noués par les parties et présume, en raison des règles de la bonne foi, que le dernier loyer procure au bailleur un rendement à la fois admissible et suffisant⁴.

1 Aujourd'hui art. 270 CO.

2 Aujourd'hui art. 269d et 270b CO. La méthode absolue s'applique parfois exceptionnellement aux majorations de loyer: DAVID LACHAT / PIERRE STASTNY, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, p. 696 s.

3 Aujourd'hui, art. 270a CO. La méthode absolue s'applique parfois exceptionnellement aux demandes de diminution du loyer: LACHAT/STASTNY (n. 2), p. 699 s.

4 ATF 120 II 100 c. 5. c. et réf à ATF 117 II 452 c. 4. a et réf. cit.

Ainsi à l'époque de l'AMSL les règles d'appréciation des loyers ont été largement élaborées par le Tribunal fédéral.

En 1989, lorsqu'il a complètement revu le droit du bail à loyer, le législateur a cherché de nouvelles règles de fixation du loyer contesté.

Le sujet étant toutefois hautement politique, les Chambres fédérales ont, de guerre lasse, choisi d'en rester pour l'essentiel aux règles de l'AMSL. Ces dernières ont donc été reprises aux art. 269 à 270c CO⁵.

Le Tribunal fédéral a ainsi gardé la haute main sur l'élaboration du détail de ces règles et, depuis l'entrée en vigueur en 1990 du « nouveau droit », nos juges fédéraux ont poursuivi l'élaboration progressive de leur jurisprudence créative.

Avec l'arrêt Tribunal Fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 (destiné à la publication) se pose la question de savoir si nos juges fédéraux entendent désormais rénover en profondeur l'édifice jurisprudentiel qu'ils ont patiemment élaboré. Ou faut-il au contraire n'y voir qu'un « réajustement conjoncturel », lié aux baisses successives des taux?

II. Les faits de la cause 4A_554/2019 du 26 octobre 2020

Des locataires de Gland (VD) signent en 2017 un contrat de bail pour un logement de 4,5 pièces, plus cuisine de 101 m², moyennant un loyer mensuel net de CHF 2'190, plus CHF 270 de provisions pour frais accessoires. Le formulaire de fixation du loyer initial (art. 270 al. 2 CO), obligatoire dans le canton de Vaud, indique que le loyer du précédent preneur se montait à CHF 2'020 par mois, plus CHF 270 de provisions pour frais accessoires.

Les locataires contestent le loyer initial (art. 270 al. 1 CO)⁶. Ils refusent une proposition de jugement de l'autorité paritaire de conciliation. Devant le Tribunal des Baux,

5 Ultérieurement plusieurs tentatives de revoir le droit des loyers ont échoué devant le Parlement ou le peuple, voire sont encore à l'étude: DAVID LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, p. 44 ss.

6 L'arrêt ne dit pas sur quelle base (art. 270 al. 1 let. a ou b CO) la contestation du loyer initial a été admise. Les locataires ont-ils été contraints de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale? L'ont-ils été en raison de la situation du marché local? Cette seconde hypothèse paraît probable, le canton de Vaud ayant imposé la formule officielle prévue par l'art. 270 al. 2 CO, ce qui suffit à établir la pénurie lorsque cette décision s'appuie sur des statistiques officielles, fiables, revues régulièrement et suffisamment différenciées par objets (ATF 142 III 442 c. 3.2; ATF 136 III 82 c. 2). L'hypothèse d'une sensible majoration par rapport au précédent loyer doit être exclue, car en l'espèce elle n'atteignait pas 10% (ATF 139 III 13 c. 3.1.1; ATF 136 III 82 c. 2.3)

puis devant le Tribunal cantonal, ces locataires demandent que le loyer soit fixé au moyen d'un calcul de rendement au sens de l'art. 269 CO.

- 16 Les juridictions cantonales suivent l'avis des locataires et fixent le loyer mensuel à CHF 900, plus provisions pour frais accessoires.
- 17 La bailleresse, une caisse de pension des fonctionnaires d'un canton alémanique, recourt au Tribunal fédéral. Ce dernier réforme l'arrêt cantonal et fixe le loyer initial mensuel à CHF 1'320, plus provisions pour charges.
- 18 Les faits de la cause nous inspirent trois commentaires :
- Les parties à ce bail ont, toutes les deux, trop « tiré sur la corde » ; le bailleur, en augmentant le loyer déjà très confortable au changement de locataire, alors que les taux hypothécaires de référence n'avaient cessé de baisser⁷ ; le locataire, en insistant pour obtenir un loyer réduit de plus de moitié, très bas au regard du marché. Pour les deux parties au contrat, le mieux était l'ennemi du bien et une transaction aurait été la solution la plus sage.
 - La personnalité du bailleur, une caisse de pension de droit public, chargée de garantir la retraite de fonctionnaires cantonaux, a certainement influencé l'issue du procès. Les juges fédéraux se sont peut-être dit « à trop vouloir réduire certains loyers, on punit les retraits ».
 - Enfin, le résultat du procès (fixation du loyer net mensuel à CHF 1'320) paraît équitable. Mais fallait-il vraiment renverser la jurisprudence pour parvenir à ce résultat correct ? À notre avis, les juridictions qui se sont penchées sur le dossier auraient dû davantage s'interroger sur le prix de revient de l'immeuble. Comme ce prix résulte en l'espèce de l'acquisition en 2003 par la bailleresse d'une moitié de l'immeuble, les juges auraient dû creuser la question de savoir si le prix de cette moitié n'était pas préférentiel⁸. L'expérience démontre qu'il est difficile de vendre une moitié d'immeuble locatif, son vendeur étant en quelque sorte « captif » de l'acquéreur détenant l'autre moitié.

III. Les acquis de la jurisprudence

- 19 L'arrêt confirme sur certains points la jurisprudence fédérale bien établie :
- Le loyer initial ne peut être apprécié qu'à l'aide de la méthode absolue, soit à l'aide du critère du rendement

⁷ Les juges des instances cantonales ont dû aussi être agacés par le peu de collaboration du bailleur à la preuve.

⁸ L'hypothèse d'une donation mixte (Arrêt du Tribunal fédéral 4A_645/2011 du 27 janvier 2012 c. 3.4.4 et réf. cit) n'est qu'un exemple de prix préférentiel.

net des fonds propres investis (art. 269 CO) ou du critère des loyers comparatifs (art. 269a let. a CO ; art. 11 OBLF⁹). Ces deux critères sont exclusifs l'un de l'autre¹⁰.

- Le critère des loyers usuels (art. 269a let. a CO ; art. 11 OBLF) ne sert en principe à apprécier un loyer initial que pour les immeubles anciens, ceux dont la construction ou la dernière acquisition remonte à trente ans au moins au moment où débute le bail en cause¹¹.
- Lorsque l'immeuble a moins de trente ans, le critère du rendement net (art. 269 CO) a la priorité sur les loyers usuels du quartier ou de la localité (art. 269a let. a CO ; art. 11 OBLF)¹². Ce n'est qu'en cas de difficulté ou d'impossibilité de déterminer le caractère excessif du rendement net qu'il pourra exceptionnellement être fait application des loyers comparatifs¹³.
- Lorsque l'immeuble a plus de trente ans, le critère des loyers comparatifs (art. 269a let. a CO) l'emporte et il convient d'apprécier le loyer initial, soit par référence à cinq exemples comparatifs au moins, soit au moyen des statistiques officielles (art. 11 al. 4 OBLF), si elles existent, sont suffisamment différenciées par types d'objets et tiennent compte de l'évolution récente des loyers¹⁴.
- Pour calculer le rendement net des fonds propres investis (art. 269 CO), le bailleur doit contribuer loyalement à la preuve et fournir au juge les pièces comptables qu'il est le seul à détenir¹⁵. Le Tribunal fédéral a distingué à ce propos trois hypothèses : soit les pièces en possession du juge suffisent au calcul du rendement des fonds propres investis ; soit l'absence de pièces est justifiée ; soit cette absence de pièces est imputable à une faute du bailleur. Dans chacune de ces trois hypothèses, le Tribunal fédéral précise comment apprécier le loyer initial litigieux¹⁶.

⁹ Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990 (OBLF ; SR 221.213.11)

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 4.1.

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 4.2 et réf. à ATF 144 III 514 c. 3.2.

¹² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 4.2 et réf à ATF 124 III 310 c. 2.b.

¹³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 4.2 et réf à ATF 124 III 310 c. 2.b.

¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 4.2 et réf. notamment à ATF 140 III 433 c. 3.1, JdT 2016 II 363 ; c. 4.1.2 et réf. notamment à ATF 141 III 569 c. 2.2.1.

¹⁵ En l'espèce (c. 6.2) la bailleresse n'a pas fait preuve d'une collaboration exemplaire, puisque les juges ont dû se procurer par eux-mêmes certains documents ou éléments comptables. C'est ici le lieu de rappeler que la jurisprudence fédérale implique que les bailleurs gardent les pièces comptables de leurs immeubles depuis la fin de l'année 1980 : ATF 140 III 433 c. 3.1.2, JdT 2016 II 363.

¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 6 et réf. notamment à ATF 142 III 568 c. 2.1 et à d'autres arrêts non publiés du Tribunal fédéral.

- 20 *In casu* le Tribunal fédéral a retenu que l'immeuble était récent¹⁷, qu'il fallait donc procéder à un calcul de rendement au sens de l'art. 269 CO. Ce calcul pouvait se fonder sur le prix de rachat de la moitié de l'immeuble, en 2003, par la Caisse de pension déjà propriétaire de l'autre moitié de l'immeuble, multiplié par deux¹⁸.
- 21 Très didactique, le Tribunal fédéral rappelle par ailleurs les sept étapes d'un calcul de rendement net au sens de l'art. 269 CO¹⁹.
- 22 Sur deux questions, le Tribunal fédéral revoit toutefois sa jurisprudence relative au calcul de rendement, à savoir la réévaluation des fonds propres investis (ci-après IV) et le taux de rendement des fonds propres (ci-après V).

IV. La réévaluation des fonds propres

- 23 De tout temps, il est admis que pour procéder à un calcul de rendement au sens de l'art. 269 CO les fonds propres investis par le bailleur dans la chose louée doivent évoluer, au fil des ans, pour compenser le renchérissement²⁰ (art. 269a let. e CO). Ils doivent donc être réévalués à l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation (IPC), à dater de la construction ou de l'acquisition de l'immeuble.
- 24 Selon l'arrêt²¹, le bailleur doit désormais pouvoir réadapter le montant de tous les fonds propres qu'il a investis dans la chose louée à l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation depuis la construction ou la dernière acquisition de l'immeuble.
- 25 Depuis 1994²², cette réévaluation ne pouvait porter au maximum que sur le 40% du prix de construction ou d'acquisition de l'immeuble, par référence à l'art. 16 OBLF²³.

17 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 4.3: immeuble construit entre 1996 et 1998; comme le bail en cause a débuté en juin 2017, l'immeuble n'avait pas trente ans d'âge.

18 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 7.2.2.

19 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 7.1 et réf. notamment à Arrêt du Tribunal fédéral 4A_239/2018 du 19 février 2019 c. 5.2.2.

20 Ou, selon une autre terminologie, maintenir le pouvoir d'achat du capital exposé aux risques.

21 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 8.3.

22 Auparavant, à l'époque de l'AMSL, le Tribunal fédéral admettait une réévaluation de la totalité des fonds propres investis par le bailleur, même s'ils dépassaient le 40% du coût de revient de l'immeuble: ATF 117 II 77 c. 3.a/dd.

23 Selon l'art. 16 OBLF, l'augmentation de loyer visant à compenser le renchérissement pour le capital exposé aux risques au sens de l'art. 269a let. e CO ne peut dépasser le 40% de la hausse de l'indice suisse des prix à la consommation. Mathématiquement cela revient au même si l'on réadapte le 40% des fonds propres à la totalité de l'évolution de l'IPC.

En cas de réalisation forcée de l'immeuble, l'expérience démontre en effet que la part correspondant usuellement aux prêts hypothécaires de premier rang (en règle générale 60% de la valeur de l'immeuble) pouvait être sauvegardée et par conséquent n'était pas exposée aux risques. Seuls les 40% de cette valeur étaient menacés et donc devaient être considérés comme exposés aux risques²⁴.

En raisonnant de la sorte, le Tribunal fédéral voulait, en 1994, empêcher que règne une disparité entre les loyers de deux immeubles identiques et de même coût, selon que l'un est entièrement financé par des fonds propres et l'autre hypothéqué à 60% par exemple²⁵.

En outre, à l'époque, le Tribunal fédéral voulait assurer une certaine cohérence entre la méthode absolue et la méthode relative qui permet de réévaluer les loyers de 40% de l'évolution du coût de la vie (art. 269a let. e CO et 16 OBLF) pour préserver leur part exposée aux risques²⁶.

Aujourd'hui, le Tribunal fédéral, dans une argumentation singulièrement pauvre, revient sur sa jurisprudence antérieure. À l'appui de son revirement, le Tribunal fédéral se contente d'affirmer qu'appliquer la proportion standardisée de l'art. 16 OBLF revient dans le cadre du contrôle concret du rendement net selon la

24 ATF 120 II 100 c. 5.b. Ultérieurement ATF 122 III 257 c. 3.a, JdT 1997 I 595 et ATF 123 III 171 c. 6.a. La jurisprudence de 1994 est notamment approuvée ROGER WEBER, dans: Widmer Lüchinger/Oser (edit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7^{ème} éd., Bâle 2020, art. 269 CO N9 et par LACHAT/STASTNY (n. 2), p. 542. Elle est notamment critiquée par PETER HIGI, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch; Obligationenrecht, Teilband V/2b, Zürich 1994, art. 269 CO N 190 ss et par BEAT ROHRER, Das Schweizerische Mietrecht SVIT Kommentar, 4^{ème} éd., Zurich 2018, art. 269 CO, N 23 ss. Autres réf.: LACHAT/STASTNY (n. 2), p. 542, note de bas de page 95.

25 ATF 120 II 100 c. 5.b: « Cette solution a encore le mérite d'empêcher que règne une disparité injustifiable entre les loyers de deux immeubles identiques et de même coût, selon que l'un est entièrement financé par des fonds propres et l'autre hypothéqué à 60% par exemple ».

26 ATF 120 II 100 c. 5.c: « La demanderesse se méprend sur la nature des méthodes dites relative et absolue lorsqu'elle affirme que les critères des art. 269 a CO trouvent exclusivement application dans la première méthode de calcul du loyer. Si, en vertu de l'art. 269a, les loyers ne sont en règle générale pas abusifs quand les prévisions des lettres a à f sont réalisées, lesdits critères de fixation des loyers doivent également être observés quand le rendement admissible est calculé d'après la clause générale de l'art. 269 CO. De fait, le produit qu'un bailleur retire de son investissement, examiné dans le cadre de la méthode dite absolue, est influencé en valeur tant par des hausses de coûts ou par des prestations supplémentaires (art. 269a let. b CO) que, comme on l'a vu, par la compensation du renchérissement pour le capital effectivement exposé aux risques (art. 269a let. e CO) ». En 1994, le Tribunal fédéral voulait aussi éviter une discordance entre la méthode absolue et la méthode relative, en vertu de laquelle le bailleur peut majorer le loyer en cas de hausse du taux hypothécaire, alors même que son immeuble est franc d'hypothèques: ATF 120 II 100 c. 5.b. D'où la question de mp-flash citée à la note de bas de page 29 (Vermieterrendite wird aufgestockt, Mietrechtspraxis [mp-flash] 7/20, p. 3).

méthode absolue à « *mélanger des critères fondamentalement différents* »²⁷.

30 Pourtant en 1994, le Tribunal fédéral avait pris la peine de souligner²⁸ que les critères des art. 269a CO let. e (et 16 OBLF) doivent également être observés quand le rendement admissible est calculé d'après la clause générale de l'art. 269 CO. De fait, disait notre Haute Cour en 1994, « *le produit qu'un bailleur retire de son investissement, examiné dans le cadre de la méthode dite absolue, est influencé en valeur tant par les hausses de coûts ou par des prestations supplémentaires (art. 269a let. b CO) que par la compensation du renchérissement pour le capital exposé aux risques (art. 269a let. e CO)* ». Loin de mélanger des critères fondamentalement différents, le Tribunal fédéral démontrait en 1994 la complémentarité liant les critères relatifs et le critère absolu de l'art. 269 CO.

31 La motivation succincte de l'arrêt commenté consistant à dire que les critères relatifs et absolus de fixation du loyer sont fondamentalement différents ne vise-t-elle qu'à résoudre le problème de la réévaluation des fonds propres ou annonce-t-elle une révision plus fondamentale dans la jurisprudence fédérale²⁹?

32 A lire le considérant 4 de l'arrêt commenté (cf. ci-dessus III), cette jurisprudence constante organisant la cohabitation dans la loi de critères différents de fixation du loyer ne semble pas être remise en cause. Le Tribunal fédéral y rappelle en particulier que pour la fixation du loyer initial seule prévaut en règle générale la méthode absolue, soit, selon l'âge de l'immeuble, le rendement de la chose louée (art. 269 CO) ou les loyers comparatifs (art. 269a let. a CO).

33 Nous ne voyons donc dans cette modification de la jurisprudence qu'un « *réajustement conjoncturel* » (cf. ci-dessus ch. 13).

34 Le fait que le bailleur puisse désormais réévaluer la totalité des fonds propres qu'il a investis dans l'immeuble, même lorsqu'ils dépassent le 40% de l'investissement dans la chose louée, ne profitera qu'aux bailleurs qui travaillent essentiellement en fonds propres, à savoir les caisses de pension et d'autres bailleurs institutionnels.

35 On ressuscite de la sorte un marché immobilier à deux vitesses où certains bailleurs sont favorisés par rapport à d'autres, ce que précisément le Tribunal fédéral voulait

éviter en 1994 (cf. ci-dessus ch. 27). Inversement, certains locataires seront prétérités par rapport à d'autres, selon le mode de financement immobilier choisi par leur bailleur. Pour ce motif, nous n'approuvons pas la nouvelle jurisprudence sur la réévaluation des fonds propres.

D'un autre côté, peut-être faudrait-il se demander dans un pays champion de l'endettement hypothécaire, s'il n'est pas opportun d'inciter les bailleurs à moins s'endetter, en leur procurant de meilleurs loyers s'ils renoncent à l'emprunt?

V. Le taux de rendement admissible des fonds propres

La seconde nouveauté de l'arrêt concerne le taux de rendement admissible des fonds propres.

Selon l'art. 269 CO, les loyers sont abusifs lorsqu'ils permettent au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée. Le Tribunal fédéral a donc dû définir le seuil à partir duquel le rendement des fonds propres investis est abusif, ce que ni le législateur ni le Conseil fédéral (OBLF) n'avaient fait.

Depuis 1986³⁰, le Tribunal fédéral considère que le rendement des fonds propres est admissible lorsqu'il n'exède pas de plus de ½% le taux d'intérêt hypothécaire de premier rang pratiqué par les grandes banques³¹. Puis, à compter de 2008, ce + ½% est admissible au-delà du taux hypothécaire retenu par la statistique du Département fédéral de l'économie (art. 12a OBLF)³².

Aux yeux du Tribunal fédéral, ce pourcentage légèrement supérieur au loyer de l'argent se justifiait : la législation ne vise qu'à combattre les abus³³, d'une part ; le bailleur encourt des risques³⁴ (insolvabilité des locataires, vacances dans les locations, avance de frais pour les grands travaux, risque de vente de l'immeuble à perte), d'autre part.

Désormais le Tribunal fédéral estime que cette jurisprudence doit être abandonnée lorsque le taux hypothécaire de référence est inférieur ou égal à 2%³⁵.

30 ATF 112 II 149 c. 2.b, JdT 1987 I 250 (résumé).

31 Egalement ATF 120 II 100 c. 2.b et ATF 122 III 257 c. 5.a, JdT 1997 I 595.

32 ATF 142 III 568 c. 2.1; ATF 141 III 245 c. 6.3.

33 ATF 120 II 100 c. 6.b/bb; ATF 112 II 149 c. 2.b.

34 ATF 120 II 100 c. 6.b/bb. Sur les risques du bailleur : ULF WALZ, Die renditebezogene Missbrauchskontrolle nach Art. 269 CO, thèse Zurich 2001, N 148.

35 Arrêt du tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 8.4. Nous n'avons pas la même lecture de l'arrêt que PHILIPPE CONOD, Rendement net art. 269 CO ; réévaluation des fonds propres ; taux de rendement des fonds propres, Newsletter Bail.ch de décembre 2020,

27 Arrêt du tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 8.3, 3^{ème} paragraphe.

28 ATF 120 II 100 c. 5.c, passage cité à la note de bas de page 26 ci-dessus.

29 Vermietenrendite wird aufgestockt, Mietrechtspraxis (mp-flash) 7/20, p. 3 pose autrement la question: « *Geht nun die Schere zwischen den nach absoluter und den nach relativer Methode berechneten Mietzinsen auf?* »

- 42 Tant que ce pourcentage du taux de l'intérêt hypothécaire statistique n'est pas atteint, le bailleur peut prétendre à un rendement de ses fonds propres supérieur de 2% à ce taux statistique, soit aujourd'hui à un rendement de 3,25% (1,25% + 2%).
- 43 Arrêtons-nous quelques instants sur la motivation de ce revirement³⁶ de la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ci-après ch. 44 à 55).
- 44 Nos juges fédéraux expliquent que les taux hypothécaires de référence ont continuellement baissé depuis mars 1995 jusqu'à atteindre aujourd'hui 1,25%. Le rendement ainsi calculé aboutit à un loyer qui n'est plus en rapport avec l'usage de l'habitation³⁷. Il est insuffisant pour les caisses de pension qui doivent servir des rentes à leurs assurés et pour les propriétaires immobiliers qui courent des risques³⁸.
- 45 Toutefois dans une jurisprudence non publiée de 2016³⁹, ce même Tribunal fédéral retenait qu'un taux hypothécaire bas, comme aujourd'hui, n'impliquait pas un calcul différent du taux de rendement des fonds propres investis par le bailleur. En effet, les variations du taux de rendement des fonds propres correspondent à la logique du système d'un loyer fondé sur les coûts. Le taux hypothécaire de référence reflète la tendance générale des taux qui, en 2016 comme aujourd'hui, connaissait un plus bas historique⁴⁰. Et le Tribunal fédéral d'ajouter qu'une modification du taux de rendement déterminant des fonds

p. 1. Il comprend que la nouvelle jurisprudence ne vaut que lorsque le taux hypothécaire de référence ne dépasse pas 2%, aussi bien pour la réadaptation des fonds propres que pour le taux de rendement. Selon nous, le Tribunal fédéral n'a explicitement prévu que seul le nouveau taux de rendement dépend du maintien du taux statistique jusqu'à 2%. Cette limite ne semble pas s'appliquer à la réadaptation des fonds propres, mais il est vrai que les deux nouveautés jurisprudentielles sont liées à une époque de taux bas.

36 CONOD (n. 35), p. 5 qualifie ce revirement comme « l'un des plus marquants sans doute en droit du bail ». Pour notre part, comme pour la première nouveauté de l'arrêt, nous n'y voyons qu'un « réajustement conjoncturel », lié à une période de taux bas généralisés.

37 Ce considérant confond la notion d'un loyer fondé sur les coûts et d'un loyer comparatif. L'usage possible de l'habitation est un critère à retenir dans le cadre de l'art. 269a let. a CO et non de l'art 269 CO. En effet l'art. 11 al. 1 OBLF, disposition d'application de l'art. 269a let. a CO, se réfère à des critères exprimant l'usage possible de la chose louée, comme l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état d'entretien. Autant de critères inopérants dans le calcul de rendement au sens de l'art. 269 CO.

38 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_645/2011 du 27 janvier 2012 c. 8.4, 2^{ème} paragraphe. On rappelle que la marge de 0,5% accordée par le Tribunal fédéral au-delà du taux hypothécaire de référence tient compte précisément des risques du bailleur.

39 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_465/2015 du 1. mars 2016 c. 4.4.2 et réf. à ATF 141 III 245 c. 3.7 à Arrêt du Tribunal fédéral 4A_198/2014 du 17. Juillet 2014 c. 4.4 et à Arrêt du Tribunal fédéral 4A_470/2009 du 18. Février 2010 c. 6.

40 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_465/2015 du 1. mars 2016 c. 5.6.1 et référence aux obligations de la Confédération affichant des valeurs de rendement très faibles, voir négatives.

propres investis présupposait vraisemblablement une modification législative⁴¹.

Même si l'on peut comprendre la motivation du revirement de jurisprudence, on aurait pu attendre du Tribunal fédéral qu'il expliquât dans son arrêt 4A_554/2019 pourquoi son opinion de 2016 n'est plus pertinente en 2020.

Pour justifier le + 2% qu'il préconise désormais au-delà du taux hypothécaire de référence, le Tribunal fédéral se fonde entre autres sur l'initiative du Conseiller national Olivier Feller qui a demandé en vain au Parlement⁴² d'adopter ce pourcentage pour calculer le rendement des fonds propres au sens de l'art. 269 CO.

Cela revient de la part du Tribunal fédéral à préjuger de l'issue d'un processus législatif et correspond à une ingérence indue du judiciaire dans la politique⁴³.

Pour asseoir ce revirement de jurisprudence, le Tribunal fédéral aurait dû compiler de manière plus exhaustive la doctrine. Il aurait constaté une vaste palette d'opinions, majoritairement favorables, il est vrai, à une augmentation du pourcentage de rendement en période de taux bas.

Pour certains auteurs, la marge de 0,5% au-delà du taux hypothécaire est attrayante pour les bailleurs, voire injustifiée⁴⁴. Pour d'autres, le taux de rendement admissible doit s'inspirer de celui de placements à risque comparables⁴⁵. Certains proposent des taux de rendement différenciés selon l'objet locatif, les risques n'étant pas les mêmes pour toutes les locations⁴⁶. D'autres encore semblent suggérer un taux de l'ordre de 5% (cf. art. 104 al.

41 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_465/2015 du 1. mars 2016 c. 5.6.3.

42 Initiative parlementaire Feller 17.491 du 29 septembre 2017 (« modernisation des modalités de calcul du rendement admissible en droit du bail ») adoptée par le Conseil national le 20 juin 2019 et rejetée par le Conseil des États le 15 décembre 2020 ; Bulletin Officiel du Conseil national du 20 juin 2019 et du Conseil des États du 15 décembre 2020.

43 Dans ce sens, Office fédéral du logement, document de réflexion du 14 décembre 2020, non publié sur le site de l'OFL (« Processus de discussion de la loi sur le droit du bail »), p. 1. *Idem*, Vermieterrendite wird aufgestockt, Mietrechtspraxis (mp-flash) 7/20, p. 2: « Das Bundesgericht stoppt demokratische Ausmarchung ab ». D'aucuns objecteraient que les démarches politiques n'aboutissant pas, il fallait bien que le Tribunal fédéral prenne le relais, et fasse preuve d'un certain « courage jurisprudentiel ».

44 WEBER (n. 24), art. 269 CO, N7. Favorables à la marge de 0,5% : LACHAT/STASTNY (n. 2), p. 554. Le Tribunal fédéral (c. 8.4 3^{ème} paragraphe) a mal lu la contribution de PIERRE STASTNY, Questions choisies en droit du bail, Plaidoyer 3/2017, p. 37 et note de bas de p. 23, p. 39. STASTNY n'y soutient pas que le taux de rendement devrait être de 5%. Il ne fait que recenser, comme nous (ci-dessous note de bas de p. 47), l'avis d'auteurs qui préconisent un tel taux de 5%.

45 BERNARD CORBOZ, 12^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002, p. 15 (il faut « se demander si le taux de rendement est ou non abusif en fonction de la situation économique générale »). MÊME AUTEUR, le loyer abusif au sens de l'AMSL, Droit de la construction 1982 p. 30 et 32.

46 RICHARD BARBEY, L'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972, Lausanne 1984, p. 71 ss.

1 CO)⁴⁷, prônent une marge supérieure à 0,5%, jusqu'à 2%, ou se montrent critiques quant à la pratique du Tribunal fédéral en période de taux bas⁴⁸.

- 51 Le Tribunal fédéral motive aussi son revirement de jurisprudence par rapport au taux de rendement brut des constructions récentes (art. 269a let. c CO)⁴⁹ pour lequel la pratique admet un taux supérieur de 2% au taux hypothécaire de référence⁵⁰.
- 52 De notre point de vue, c'est ignorer la différence fondamentale entre un taux de rendement net et un taux de rendement brut ; le second doit intégrer les frais (intérêts des fonds empruntés ; charges courantes ; frais d'entretien), alors que dans le calcul de rendement net, ces frais s'ajoutent au montant permettant de renter équitablement les fonds propres investis.
- 53 La nouvelle jurisprudence, si elle admet pour les constructions récentes un taux de rendement brut de 3,5% au-delà du taux hypothécaire statistique⁵¹ permettra des loyers que les bailleurs aujourd'hui ne pourraient vraisemblablement pas atteindre. En effet, à l'heure actuelle les coûts de construction des nouveaux immeubles sont très élevés. Leurs bailleurs peinent, en tous cas dans certaines régions du pays, à trouver des locataires pouvant payer un loyer rentant à 3,25% (1,25% + 2%) leur investissement. Cette quête ardue de locataires solvables serait encore plus difficile, si ces mêmes bailleurs prétendaient désormais obtenir un rendement brut de l'ordre de 4,75% (1,25% + 3,5%).
- 54 Enfin le Tribunal fédéral semble aussi justifier sa nouvelle pratique en se référant au taux de rendement admis pour les immeubles bénéficiant d'une aide étatique qui sont soumis à un contrôle des loyers limité dans le temps (art. 253b al. 3 CO ; art. 2 al. 2 OBLF)⁵².

47 MAYA BLUMER, Schweizerisches Privatrecht, Dritter Teilband, Gebrauchsüberlassungsverträge, Bâle 2012, N 426 ; BEAT ROHRER, Das Schweizerische Mietrecht SVIT Kommentar, 4^{ème} ed., Zürich 2018, art. 269 CO, N 8 ; MARC MÜLLER, La fixation du taux de rendement net admissible des fonds propres : pour un changement de jurisprudence, Cahiers du bail 2016 p. 7 s. Autres références : LACHAT/STASTNY (n. 2), p. 554, notes de bas de p. 162 et 163.

48 HANS BÄTTIG, dans : Müller (edit.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Wohn- und Geschäftsraummiete, Bâle 2016, N 1.9 ; FRANÇOIS BOHNET, dans : Bohnet/Carron/Montini (edit.), Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, Bâle 2017, art. 269 CO, N 8 ; ROBERT SIEGRIST, Der missbräuchliche Mietzins, Regel und Ausnahmen, thèse Zürich 1997, p. 31 s. ; WALZ (n. 34), N 148.

49 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 8.3, 4^{ème} paragraphe.

50 ATF 118 II 124 c. 5, JdT 1993 I 643 ; FRANÇOIS BOHNET / JULIEN BROQUET, dans : Bohnet/Carron/Montini (edit.), Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, Bâle 2017, art. 269a CO, N 106 ; autres réf. : LACHAT/STASTNY (n. 2), p. 620 notes de bas de p. 339 et 340.

51 C'est ce que préconise CONOD (n. 35), p. 7.

52 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020 c. 8.4, 5^{ème} paragraphe et à Arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du

Or en pratique le taux de rendement des fonds propres investis dans les loyers contrôlés doit être nettement supérieur à celui des immeubles à loyer libre. Il doit tenir compte des particularités des immeubles subventionnés et contrôlés, d'une part⁵³. Le loyer de ces immeubles est fixé pour toute la durée du contrôle étatique, d'autre part. En troisième lieu, la décision étatique de contrôle des loyers s'applique à tous les baux de l'immeuble en cause, alors que la contestation d'un loyer libre ne concerne que le locataire qui s'adresse aux tribunaux. Donc *de facto*, même si l'un ou l'autre loyer d'un immeuble à loyer libre est réduit suite à une contestation judiciaire, son état locatif total procure à son bailleur un rendement supérieur au taux de rendement admis par le Tribunal fédéral. En effet, sauf cas exceptionnels, seul un petit nombre des locataires des grands ensembles locatifs contestent le loyer proposé par le bailleur⁵⁴.

En synthèse, nous pensons que la seconde nouveauté de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26 octobre 2020, à savoir l'augmentation à + 2% du taux de rendement admissible des fonds propres du bailleur, lorsque le taux hypothécaire de référence est inférieur à 2%, souffre d'un sérieux manque de motivation. Par ailleurs, on doit se demander si cette nouveauté n'aurait pas plutôt dû être introduite par le biais d'une modification de la loi ou de l'ordonnance (cf. ci-après VI).

Qu'advient-il lorsque le taux hypothécaire de référence dépassera 2% ? En reviendra-t-on à la règle jurisprudentielle antérieure ? Le bailleur ne pourrait-il prétendre qu'à un rendement, par exemple de $2,25\% + 0,5 = 2,75\%$? Le locataire pourra-t-il alors demander une baisse de son loyer ? Ou bien doit-on envisager une adaptation progressive du taux de rendement admissible au fur et à mesure de la remontée du taux hypothécaire de référence⁵⁵ ? On pourrait aussi, par exemple, envisager

25 septembre 2014 et Arrêt du Tribunal fédéral 1C_471/2018 du 7 novembre 2019.

53 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014 c. 3.2, en particulier 3.2.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_471/2018 du 7 novembre 2019 c. 2.2. Voir aussi : VALÉRIE DEFAGO GAUDIN / FRANÇOIS BELLANGER, Les loyers contrôlés par l'État peuvent-ils être abusifs ?, SJ 2015 I 217 ; DAVID LACHAT, Rendement des immeubles subventionnés : un arrêt qui agite la Genève immobilière, dans : Regards de marathoniens sur le droit suisse, Mélanges publiés à l'occasion du 20^{ème} marathon du droit, Genève 2015, p. 165 ss.

54 Il est notoire que le nombre de locataires qui contestent devant les autorités de conciliation le montant de leur loyer ne représente qu'une toute petite partie de ceux qui signent un bail, reçoivent une majoration du loyer ou seraient habilités à solliciter une diminution de leur loyer en raison de la baisse du taux hypothécaire. Sur un parc locatif de l'ordre de 2 millions de logements en Suisse, les autorités de conciliation n'ont eu à connaître au premier semestre de 2020 que 2171 contestations de loyer. Les chiffres des précédents semestres ne sont pas fondamentalement différents (source : Communiqué de l'Office fédéral du logement du 8 décembre 2020 [Davantage de procédures de conciliation en matière de bail à loyer et de bail à ferme avec des différences cantonales]).

55 C'est celle que préconise CONOD (n. 35), p. 7.

qu'un rendement de 3,25% des fonds propres investis par le bailleur vaut aussi longtemps que le taux de référence n'atteint pas 3%. À partir de 3%, on en reviendrait à la règle du +0,5%.

58 Enfin le Tribunal fédéral a-t-il réfléchi aux éventuels effets pervers que pourrait avoir sa nouvelle jurisprudence ?

59 D'une part, ne pourrait-elle pas susciter une vague de congés économiques, destinés à majorer le loyer au travers d'un changement de locataire, admissibles si le bailleur démontre qu'il peut obtenir un loyer supérieur à l'actuel au vu d'un calcul de rendement au sens de l'art. 269 CO⁵⁶ ?

60 D'autre part, ne va-t-elle pas induire des ventes immobilières, elles-mêmes génératrices de majorations importantes des loyers, puisque ces dernières peuvent être motivées par un calcul de rendement au sens de l'art. 269 CO, fondé, sauf abus, sur le prix de la transaction immobilière⁵⁷ ?

VI. Une jurisprudence à bout de souffle ?

61 Nous ne pouvons que remercier le Tribunal fédéral, en l'absence d'indications suffisantes de la loi (art. 269 et 269a CO) et de l'ordonnance (OBLF), d'avoir bâti au fil des ans un édifice jurisprudentiel cohérent (cf. ci-dessus ch. 5).

62 Toutefois le temps semble venu de se demander si le législateur ou le Conseil fédéral ne doit pas reprendre la main.

63 Il n'est pas sain que les Tribunaux empiètent sur le terrain de la politique (cf. ci-dessus ch. 47 et 48).

64 Par ailleurs, les solutions jurisprudentielles prennent du temps à être mises en place⁵⁸. Par exemple lorsque le

56 ATF 120 II 105 c. 3.b.

57 ATF 116 II 594 c. 6-8, JdT 1991 I 299.

58 Il est vrai que les solutions législatives prennent devant les Chambres fédérales autant de temps que les solutions jurisprudentielles de principe arrêtées par le Tribunal fédéral. C'est pour cela que nous préconisons que les solutions à trouver prennent place dans l'OBLF, la modification d'une ordonnance pouvant aboutir plus rapidement.

taux hypothécaire de référence dépassera 2% (cf. ci-dessus ch. 57), les bailleurs et les locataires devront-ils attendre deux ou trois ans pour qu'une cause aboutisse au Tribunal fédéral et que celui-ci indique si le taux admissible de rendement des fonds propres doit être de 2,25% + 0,5% = 2,75%, de 2,25% + 2% = 4,25% ou par exemple de 2,25% + 1% = 3,25% ?

Certes, sur le plan « technique », les nouvelles solutions proposées par le Tribunal fédéral dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2019 du 26.10.2020 sont du ressort des juges, ni la loi, ni l'ordonnance (OBLF) ne les régissant⁵⁹.

Toutefois le sujet est hautement sensible et politique. Les politiciens s'en sont déjà emparés (cf. ci-dessus ch. 47) et le Tribunal fédéral lui-même estimait en 2016 que de « *Savoir si cette réglementation est satisfaisante ou si elle consacre... une solution trop éloignée de la réalité économique, notamment pour le bailleur qui a financé le bien immobilier exclusivement par des fonds propres, est une question de politique législative qu'il n'appartient pas au Tribunal fédéral de trancher, mais bien au législateur* »⁶⁰.

Nous ne pouvons dès lors que saluer l'initiative prise par l'Office fédéral du logement d'engager (avec les milieux concernés) une discussion sur le droit du bail constructive et sans résultats présumés⁶¹.

Si elle ne débouche pas sur une révision en profondeur des règles sur la fixation du loyer, elle devrait au moins permettre de faire la liste des diverses questions pratiques qu'il faudrait régler et si possible de leur donner une solution par voie d'ordonnance (dans l'OBLF).

59 Dans ce sens CONOD (n. 35), p. 5

60 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_465/2015 du 1 mars 2016 c. 5.6.2. Dans le même sens : Vermietterrendite wird aufgestockt, Mietrechtspraxis (mp-flash) 7/20, p. 2 (« *Es erstaunt, dass dieses Politikum in einer Demokratie nicht durch Gesetz und Verordnung geregelt wird* »).

61 Document de réflexion de l'Office fédéral du logement du 14 décembre 2020, non publié sur le site de l'OFL, (« Processus de discussion du droit du bail »).