

**Tribunal fédéral - 4A\_554/2019, destiné à la publication**

**Ire Cour de droit civil**

**Arrêt du 26 octobre 2020**

**Résumé et analyse**

**Proposition de citation :**

Philippe Conod, Rendement net art. 269 CO ; réévaluation des fonds propres ; taux de rendement des fonds propres (arrêt TF 4A\_554/2019), Newsletter Bail.ch décembre 2020

**Loyer**

Contestation du loyer initial ;  
méthode absolue ;  
rendement net admissible ;  
Réévaluation des fonds  
propres investis ; taux de  
rendement admissible ;  
changement de  
jurisprudence

**Art. 269 et 269a CO**



## Rendement net art. 269 CO ; réévaluation des fonds propres ; taux de rendement des fonds propres

Philippe Conod

### I. Objet de l'arrêt

L'arrêt traite de la contestation du loyer initial, de la méthode et des critères utilisés pour fixer celui-ci. Le Tribunal fédéral revient sur une jurisprudence bien établie. Dans le cadre d'un calcul de rendement net, il admet dès lors que le 100% des fonds propres peut être réévalué en lieu et place du 40%. De plus, le taux de rendement admissible en sus du taux hypothécaire de référence est de 2% en lieu et place de 0.5%. Ces éléments nouveaux ne valent que pour autant que le taux hypothécaire de référence soit égal ou inférieur à 2%.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Immeuble construit entre 1996 et 1998 sur une parcelle acquise par l'Etat X et sa caisse de pension. Par acte de cession du 18 décembre 2003, l'Etat X devient seul propriétaire de l'immeuble, son associée ayant cédé sa part. Le prix figurant dans l'acte d'acquisition était de CHF 24'950'000.-. Par la suite, la fondation B devient propriétaire de l'immeuble par transfert dans le cadre d'une fusion.

Contrat de bail conclu en juin 2017 portant sur un appartement de 4.5 pièces, d'une surface de 120 m<sup>2</sup> au rez-de-chaussée de cet immeuble. Le loyer mensuel initial convenu était de CHF 2'190.-, plus un acompte de CHF 270.- pour les frais accessoires alors que celui du précédent locataire s'élevait à CHF 2'020.-.

Contestation du loyer initial de l'appartement et des places de parc (loyer : CHF 130.- chacune).

Opposition formée par les locataires à la proposition de jugement formulée par la Commission de conciliation.

Dans le cadre de la procédure pendante devant le Tribunal des baux, la bailleuse ne fournit ni l'acte de cession, ni une note de calcul de rendement net, ni les factures relatives à l'ensemble des frais de construction de l'immeuble, alléguant qu'il s'agissait d'un immeuble ancien. En revanche, elle produit une liste d'annonces immobilières ainsi que des statistiques privées et cantonales selon lesquelles le

loyer mensuel des appartements vaudois de 4 pièces était de CHF 1'617.- en 2015 et CHF 1'633.- en 2016.

Par jugement du 8 janvier 2019, le Tribunal des baux fixe le loyer initial net à CHF 900.- et celui des deux places de parc à CHF 50.-.

Rejet de l'appel de la bailleresse qui recourt alors au Tribunal fédéral.

Recours partiellement admis. Le loyer mensuel net initial de l'appartement est fixé à CHF 1'390.-, celui de chacune des places de parc à CHF 73.-.

## B. Le droit

1. Le Tribunal fédéral rappelle que le contrôle de l'admissibilité du loyer initial ne peut s'effectuer en principe qu'à l'aide de la méthode absolue. Celle-ci sert à vérifier concrètement que le loyer ne procure pas un rendement excessif au bailleur compte tenu des frais qu'il doit supporter ou des prix du marché.

Le critère du rendement net de l'art. 269 CO permet, d'une part, d'offrir un rendement raisonnable au bailleur par rapport aux fonds propres investis et, d'autre part, de couvrir ses charges immobilières.

Le critère des loyers du quartier permet de justifier les loyers sur la base d'éléments de comparaison donc par rapport au marché.

Les deux critères absolus que sont le critère du rendement net (fondé sur les coûts) et celui du loyer du marché sont antinomiques.

Le Tribunal fédéral rappelle la primauté du rendement net sur le loyer usuel de la localité ou du quartier, tout en relevant l'exception de l'immeuble ancien, soit l'immeuble de 30 ans ou plus et en mains du même propriétaire. Dans ce cas-là, la hiérarchie des critères absolus est renversée (ATF 144 III 514). Dans le cas d'espèce, l'immeuble n'est pas ancien au sens de la jurisprudence, puisque construit entre 1996 et 1998.

2. Les juges s'étaient basés sur le prix d'achat figurant dans l'acte d'acquisition de 2003, prix qu'ils avaient doublé pour tenir compte de la propre part de la bailleresse. La recourante estimait qu'il était impossible d'établir le rendement net, faute de pouvoir déterminer le prix de revient effectif de la construction et qu'il serait choquant de fixer le loyer à CHF 900.- pour un appartement de 4.5 pièces et d'une surface de 120 m<sup>2</sup>. De plus, le prix d'achat figurant dans l'acte d'acquisition de 2003 ne correspondait pas à la réelle valeur de la part acquise par la bailleresse. Ces arguments sont écartés dans la mesure où le Registre foncier avait produit la décision de 2003 ainsi que sur la base d'un témoignage attestant que la totalité de l'acquisition avait été réalisée au moyen de fonds propres ; il n'y a pas à établir le coût de construction de l'immeuble. De plus, la recourante ne faisait valoir aucun argument crédible permettant de remettre en cause le prix fixé dans l'acte de cession.
3. Le Tribunal fédéral rappelle ensuite les principes et le mode de calcul du rendement net développés par la jurisprudence et qu'il convient de procéder en 7 étapes pour déterminer le rendement net (consid. 7.1 ; notamment 4A\_239/2018 du 19.02.2019, consid. 5.2, consid. 3.2).

- 1) Il faut déterminer tous les coûts d'investissement effectifs (ou le prix de revient) de l'immeuble.

- 2) Il faut en déduire les fonds empruntés (fonds étrangers), ce qui permet d'obtenir le montant des fonds propres investis.
- 3) Le montant des fonds propres doit être réévalué pour tenir compte du renchérissement.
- 4) Il y a lieu d'appliquer à ces fonds propres investis le taux de rendement admissible.
- 5) Au taux de rendement admissible des fonds propres ainsi obtenus, il faut ajouter les charges immobilières (moyenne de 3 ou 5 ans).
- 6) Ventiler le résultat appartement par appartement pour obtenir le loyer admissible de la chose louée.
- 7) Comparer le loyer admissible pour la chose louée ainsi obtenu avec le loyer actuel.

La Cour cantonale avait retenu que le prix de revient de l'immeuble correspondait au prix payé pour le rachat de la part de la caisse de pension selon l'acte de cession de 2003 multiplié par 2 pour tenir compte de la valeur de la propre part augmentée des droits de mutation cantonaux et communaux.

La thèse de la recourante selon laquelle l'Etat X aurait bénéficié d'un prix de faveur largement en dessous du prix du marché est considérée comme sans fondement par le Tribunal fédéral car ni prouvé, ni même vraisemblable.

En effet, c'était à la bailleresse, selon la Cour cantonale, de prouver que le prix de cession était largement inférieur à ceux pratiqués pour le même genre de biens à la même époque.

Ainsi, si la bailleresse avait réalisé une bonne affaire, cela ne justifiait nullement d'admettre un prix préférentiel. Le Tribunal fédéral n'a dès lors rien à redire, dès lors il faut bel et bien se baser sur le prix d'achat de la part de la bailleresse multipliée par 2 en y ajoutant les droits de mutation.

4. Le Tribunal fédéral relève qu'à titre subsidiaire, la bailleresse s'en prend à la revalorisation à hauteur de 40% des fonds propres et à l'augmentation de 0.5% en sus du taux hypothécaire de référence.

Relevant l'argumentation confuse de la recourante, le Tribunal fédéral considère que celle-ci, en réalité, remet en cause la jurisprudence « non seulement en tant qu'elle limite la revalorisation des fonds propres, objet de la 3<sup>e</sup> étape, mais aussi en tant qu'elle fixe le taux de rendement admissible au taux hypothécaire de référence augmenté de 0.5%, objet de la 4<sup>e</sup> étape ».

Il commence par relever (consid. 8.2) qu'un changement de jurisprudence ne peut se justifier que lorsqu'il apparaît que les circonstances ou les conceptions juridiques ont évolué et qu'une autre pratique respecterait mieux la volonté du législateur. Il relève ensuite que la revalorisation de seulement 40% des fonds propres date de 1994 (ATF 120 II 100), celle sur le taux de rendement admissible de 0.5% en sus du taux hypothécaire de référence de 1986 (ATF 112 II 149 ; jurisprudence adoptée selon un droit d'urgence (AMSL) alors que le taux hypothécaire de référence à l'époque était de 5.5% pour les hypothèques de 1<sup>er</sup> rang pratiquées par les grandes banques).

Le Tribunal fédéral mentionne ensuite les nombreuses critiques à l'encontre de sa jurisprudence, l'inéquation avec la réalité économique, l'inégalité de traitement entre les propriétaires de longue date et ceux qui viennent d'acquérir un immeuble, les difficultés auxquelles font face les caisses de prévoyance professionnelle (voir initiative parlementaire OLIVIER FELLER n°17.491 du 29.09.2017

« modernisation des modalités de calcul du rendement admissible en droit du bail » ; ROGER WEBER in Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7<sup>e</sup> éd. 2020, n° 13 ad. art 269 CO / BEAT ROHRER in Das schweizerische Mietrecht, 4<sup>e</sup> éd. 2018, no 8 ad art. 269 / MARC MÜLLER, CdB 1/2016 p. 6 ss)

Le Tribunal fédéral relève par la suite que ces jurisprudences rendues en 1986 et 1994 visaient à permettre au bailleur de percevoir un rendement convenable du capital investi, lequel devait tenir notamment compte des risques encourus et que ce n'est plus le cas dans la conjoncture actuelle. Dès lors, les conditions pour un réexamen de la jurisprudence fédérale sont donc réunies en ce qui concerne le pourcentage de fonds propres à revaloriser et le pourcentage de rendement admissible en sus du taux hypothécaire de référence.

Dans le cadre de l'AMSL, le Tribunal fédéral admettait l'indexation de la totalité des fonds propres investis. C'est suite à un arrêt de 1994 qu'il l'a limitée à 40% du montant (ATF 120 II 100, consid. 5b, p. 102 ss).

Le Tribunal fédéral revient donc à son ancienne jurisprudence. Ainsi, si la limite de la revalorisation des fonds propres à seulement 40% des fonds propres pouvait être justifiée dans le contexte d'une forte augmentation des taux hypothécaires facilitant l'inflation, elle perd son sens dans le cadre d'un calcul concret.

De plus, cela revenait à appliquer par analogie l'art. 16 OBLF qui admet qu'un loyer, et non les fonds propres, relève le Tribunal fédéral, puisse être augmenté de 40% de la hausse de l'Indice suisse des Prix à la Consommation. Appliquer donc une proportion ainsi standardisée revient dans le cadre de l'application de la méthode absolue à mélanger des critères totalement différents et antinomiques.

Le Tribunal fédéral admet dès lors que la totalité des fonds propres investis puisse être réévaluée.

Concernant le taux de rendement admissible, il relève qu'en 1986 le taux hypothécaire de référence était de 5.5%. Dès lors, en appliquant un taux de rendement de 0.5% en sus du taux hypothécaire de référence, il considère qu'à l'époque un taux de 6% de rendement n'était pas excessif. Le taux ayant atteint un taux de 7% en août 1992, le Tribunal fédéral mentionne qu'il ne peut dire si à l'époque il aurait maintenu une augmentation de 0.5% ou s'il n'aurait pas introduit un plafond.

Compte tenu de la baisse drastique du taux d'intérêt hypothécaire de référence, le Tribunal fédéral estime que le loyer calculé sur ces bases n'est plus en rapport avec la mise à disposition de l'usage de l'habitation et qu'il est insuffisant pour les caisses de pension qui doivent servir des rentes à leurs assurés et pour les propriétaires immobiliers qui prennent des risques (défauts de paiement du loyer, locaux demeurant vides, etc.).

Après avoir fait état des critiques à l'encontre de sa jurisprudence (voir supra arrêt cité consid. 8.2), le Tribunal fédéral relève que certains proposent d'admettre un taux de 1 à 2% en sus du taux hypothécaire de référence et de garantir aux bailleurs un taux plancher de 5%, voire un taux de rendement proche de 5% (PIERRE STASTNY, Questions choisies en matière de droit bail, plaidoyer 3 2017, p. 39 N 23 et les références citées), alors que d'autres auteurs proposent une refonte complète du système, ce qui n'est pas possible selon le Tribunal fédéral car pareille modification reste du ressort du législateur.

Tout en relevant que dans le cadre d'un calcul de rendement brut, il a admis un taux de rendement supérieur de 2% par rapport au taux hypothécaire de référence, le Tribunal fédéral rappelle qu'il a lui-même admis dans le cadre d'un arrêt du 07.11.2019 – mais il s'agissait de

loyers contrôlés par le droit public — un rendement dépassant de 0.31% la limite de 0.5% (arrêt 1C\_471/2018 du 07.11.2019, consid. 8.4).

Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal fédéral admet dès lors de fixer le taux admissible à 2% en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2%.

Sur cette base, il arrive dès lors à un loyer mensuel net admissible de CHF 1'387.25, arrondi à CHF 1'390.- et à CHF 72.-, arrondi à CHF 73.- pour les places de parc.

Le dernier argument de la recourante visant à tenir compte des statistiques est jugé sans pertinence dans la mesure où il a été clairement possible d'établir le calcul de rendement net.

### III. Analyse

1. Dans l'arrêt 4A\_554/2019 du 26.10.2020 destiné à la publication, le Tribunal fédéral opère un revirement de jurisprudence qui sans nul doute est l'un des plus marquants en matière de droit du bail. Dans le calcul de rendement net, le bailleur peut dorénavant réévaluer le 100% des fonds propres et le taux de rendement admissible des fonds propres est fixé à 2% en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2% en lieu et place de 0.5%.

Examinant la question de la revalorisation des fonds propres, le Tribunal fédéral relève avec justesse que dans l'AMSL, la totalité des fonds propres pouvait être réévaluée (voir notamment ATF 112 II 153) et que ce n'est qu'en 1994 qu'elle a été limitée à 40% (ATF 120 II 100, consid. 5b, p. 102 ss).

Cette jurisprudence avait été rendue dans un contexte de hausse de l'intérêt hypothécaire et d'inflation, ce qui pouvait à l'époque se comprendre. De plus, c'était, en quelque sorte, tenir compte dans le cadre du calcul de rendement d'un critère relatif. En effet, l'art. 16 OBLF permet de répercuter le 40% de la hausse de l'Indice suisse des Prix à la Consommation sur le loyer. Il s'agit de ne pas mélanger les critères et le Tribunal fédéral précise que l'art. 16 OBLF mentionne le loyer et non pas les fonds propres.

Compte tenu également de la baisse drastique du taux de l'intérêt hypothécaire, cette jurisprudence n'est plus justifiée et le Tribunal fédéral revient ainsi à son ancienne jurisprudence.

Son raisonnement convainc. D'une part, cette jurisprudence avait été décidée dans le cadre d'une hausse continue des taux de l'intérêt hypothécaire et d'une forte inflation et d'autre part, cela revenait à utiliser un critère relatif dans le cadre d'un calcul de rendement net.

Concernant la prise en compte d'un taux de rendement admissible de 2% en sus du taux de l'intérêt hypothécaire de référence, ce n'est pas véritablement une surprise, même si, pour certains, ce revirement est plutôt inattendu. Face aux critiques de sa jurisprudence, le Tribunal fédéral relevait certes que la modification du système actuel présupposerait une intervention sur le plan législatif (TF 4A\_465/2015, consid. 5.6.3 du 01.03.2016). Toutefois, comme c'est le Tribunal fédéral qui avait lui-même fixé le taux de rendement admissible, logiquement, il n'y avait nul besoin de modification législative pour le modifier.

Dans un arrêt du 25 septembre 2014, le Tribunal fédéral avait considéré que l'art. 269 CO s'appliquait également dans le cadre de loyers au bénéfice d'une aide des pouvoirs publics et contrôlés par l'autorité administrative (TF 1C.500/2013 du 25.09.2014).

Dans le cas d'espèce, la bailleuse avait consenti à de sérieux efforts, notamment en renonçant à percevoir un rendement sur ses fonds propres en augmentant progressivement par la suite les

loyers. Pour le Tribunal fédéral, cet élément devait être pris en compte dans le cadre du calcul de rendement et le dossier a été renvoyé pour nouvelle décision à l'autorité cantonale.

Selon le Tribunal fédéral, le Conseil fédéral attendait des clarifications de la part des juges, mais le nouvel arrêt rendu n'avait pas apporté d'éléments supplémentaires (TF 1C\_471/2018 du 07.11.2019).

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait rejeté le recours de la locataire, considérant que le rendement n'était pas abusif, même s'il dépassait de 0.31% la limite du 0.5% découlant de la jurisprudence relative à l'art. 269 CO.

Si dans le cas d'espèce le taux de rendement admissible n'était que légèrement supérieur au 0.5%, la barrière était franchie.

Vu la baisse continue du taux de l'intérêt hypothécaire de référence et les critiques de plus en plus vives dont a fait état le Tribunal fédéral dans son arrêt, il était dès lors logique de s'attendre à un revirement de jurisprudence.

Le Tribunal fédéral met toutefois une cautèle à ce revirement dans la mesure où le taux admissible de 2% en sus du taux de l'intérêt hypothécaire ne vaut que pour autant que le taux de l'intérêt hypothécaire de référence soit égal ou inférieur à 2%.

A l'évidence, le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs pas été insensible à la problématique des caisses de pension, respectivement des petits propriétaires immobiliers.

Force est d'admettre que la jurisprudence telle qu'appliquée avant ce revirement a amené des résultats choquants.

C'est ainsi que le loyer d'un 3,5 pièces de 70 m<sup>2</sup> au centre de Lausanne avait été fixé à CHF 800.- compte tenu des conclusions prises par la partie locataire, mais il aurait pu être fixé beaucoup plus bas, soit entre CHF 386.- et CHF 476.70 selon la prise en compte de certains paramètres (TF 4A\_191/2018 du 26.03.2019 / Newsletter bail.ch, juin 2019). Il n'était pas possible d'appliquer les loyers comparatifs puisque les juges avaient considéré que l'immeuble avait moins de 30 ans.

Cela dit, dans l'arrêt du 26 octobre, le loyer tel que fixé par le Tribunal fédéral sur la base de la nouvelle jurisprudence reste raisonnable et avantageux pour le locataire puisque fixé à CHF 1'390.- en lieu et place de CHF 2'190.-.

2. Cette jurisprudence que nous saluons a une portée qui dépasse le simple calcul de rendement net. Logiquement, le taux de rendement admissible dans le cadre d'un calcul de rendement brut, comme celui admissible pour les travaux à plus-value ainsi que la prise en compte des frais d'entretien courant dans le cadre d'un calcul de rendement net doivent être réévalués à l'aune de cette jurisprudence.

En effet, dans le cadre d'un calcul de **rendement brut**, la jurisprudence qui aujourd'hui applique un taux de rendement supérieur de 2%, voire de 2.5%, en sus de l'intérêt hypothécaire de référence (voire Cpra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 106 et doctrine et jurisprudence citées) doit être revue.

Or, dans le cadre d'un calcul de rendement net, il est tenu compte des charges immobilières calculées sur une moyenne de 5 ans, voire de 3 ans.

Dans le cadre d'un calcul de rendement brut, il n'en est pas tenu compte, d'où un rendement admissible supérieur.

Dès lors, il convient, en quelque sorte, d'admettre une réévaluation du taux admissible de rendement dans le cadre d'un calcul de rendement brut.

En effet, il serait difficilement compréhensible que pour un immeuble récent, le rendement soit finalement inférieur sur la base d'un calcul de rendement brut que s'il était calculé sur la base d'un calcul de rendement net.

Si l'on prend les mêmes proportions, le taux de rendement admissible devrait dès lors être supérieur de 3.5 à 4% au taux de l'intérêt hypothécaire de référence, lorsque celui-ci ne dépasse pas 2%.

Relevons que certains commentateurs admettent un taux de rendement proche de 5% (PIERRE STASTNY, Questions choisies en matière de droit du bail, plaidoyer 3/2017, p. 39 N 23 et les références citées).

Comme le relève à juste titre le Tribunal fédéral, il s'agit de tenir compte de l'intérêt légitime des propriétaires immobiliers, respectivement des caisses de pension. Toutefois, comme il s'agit d'éviter des abus dans le cadre d'un calcul de rendement brut, il faudrait également tenir compte de la part des fonds propres investis, respectivement des fonds empruntés et ne rentrer sur la base du taux de référence que les fonds propres, les fonds empruntés étant pris en compte sur la base du taux de l'intérêt réellement payé.

Cela aurait le mérite d'éviter qu'un bailleur acquiert une parcelle et construise un immeuble en grande partie avec des fonds empruntés, donc avec un intérêt hypothécaire vraisemblablement peu élevé à régler, pour finalement bénéficier globalement d'un rendement des plus intéressants si l'on prend en compte la totalité du prix renté sur la base d'un taux de rendement admissible de 3.5 à 4% de plus que l'intérêt hypothécaire de référence.

Dans le cadre de **travaux à plus-value**, le Tribunal fédéral admettait la prise en compte également d'un taux de rendement admissible de 0.5% en sus de l'intérêt hypothécaire de référence divisé par 2. Là également, il faudra dès lors appliquer le nouveau taux admis par le Tribunal fédéral. Il n'y a en effet aucune raison d'avoir un taux de rendement admissible dans le cadre d'un calcul de rendement net et un autre taux de rendement admissible dans le cadre de travaux à plus-value.

Le nouveau taux admissible doit également entrer en ligne de compte dans le cadre d'un **calcul de rendement net et la prise en compte des frais d'entretien courants** (voir TF 141 III 245 ; PHILIPPE CONOD, Loyers, rendement, travaux à plus-value in 20<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2018, p. 274 ss).

Remarque pertinente du Professeur François Bohnet, le Tribunal fédéral s'est donné le temps de la réflexion et n'a pas tranché ce qu'il adviendrait en cas de taux de référence supérieur à 2%. A l'évidence, il est en effet difficilement imaginable de passer d'un rendement de 4% lorsque le taux est à 2% à un rendement de 2.75% lorsque le taux serait 2.25%.

La solution retenue par le Tribunal fédéral ne peut que confirmer ce que l'éminent juriste et professeur Pierre Tercier relevait dans son commentaire de l'ATF 118 II 45, soit les « difficultés qu'il y a à appliquer des critères juridiques à des problèmes de politique économique » (PIERRE TERCIER, Hausse des loyers et variation du taux de l'intérêt hypothécaire, à propos de l'ATF 118 II 45, Droit de la construction, 1992 vol. 4, p. 88 ss).