

L'EVOLUTION RECENTE DE LA JURISPRUDENCE EN MATIERE DE LOYERS

par **Laura Jacquemoud-Rossari,**

juge à la Cour de justice à Genève

Sommaire

	<u>Page</u>
<u>Introduction</u>	3
<u>Chapitre I : Le rendement excessif de la chose louée</u>	3
1.0 Cas d'application	3
2.0 Le calcul de rendement net	6
3.0 La détermination du prix de revient	7
• <i>Les immeubles anciens</i>	7
• <i>L'immeuble transmis lors d'un partage successoral</i>	8
• <i>En cas d'augmentation des fonds étrangers</i>	9
• <i>Le cas spécifique des sociétés immobilières</i>	10
1.4 La détermination des charges immobilières	10
• <i>Généralités</i>	10
• <i>La prise en compte ou l'exclusion de certains frais</i>	11
• <i>Amortissement, provision et répartition des frais de construction d'installations communes</i>	11
• <i>Le montant des charges courantes et d'entretien</i>	12
<u>Chapitre II : Les autres critères de fixation du loyer</u>	12
2.1 Le rapport entre l'art. 269 CO et l'art. 269a CO	12
2.2 Les loyers usuels du quartier ou de la localité	13
• <i>Nature de la norme et cas d'application</i>	13
• <i>Conditions d'application</i>	13
2.3 Les prestations supplémentaires du bailleur (269a let. b CO)	15
2.4 Eléments de calcul du rendement brut admissible (269a let. c CO)	16

<u>Chapitre III :</u>	<u>Quelques questions en rapport avec le bail indexé et le bail échelonné</u>	16
1.0	Rappel des critères principaux	16
2.0	Méthode relative à l'issue d'une période d'échelonnement ou d'indexation	17
3.0	Cumul d'une clause d'indexation et d'une clause d'échelonnement	18
<u>Chapitre IV :</u>	<u>Les augmentations de loyer</u>	19
4.1	Motivation insuffisante	19
4.2	Validité d'une réserve de hausse	20
4.3	Effets d'une nullité pour vice de forme	20
4.4	Non respect du délai pour saisir le juge	21
4.5	La majoration consensuelle de loyer	21
<u>Chapitre V :</u>	<u>Les baisses de loyer</u>	23
1.0	Les points de référence	23
	• <i>La détermination de la dernière fixation de loyer</i>	23
	• <i>La détermination de la fixation du loyer contesté</i>	23
1.0	Acceptation tacite d'une baisse de loyer	25
5.3	Nature de la procédure préalable à la demande de baisse de loyer	25
5.4	Modifications des bases de calcul en cours de procédure	26
1.0	Nullité d'une clause conventionnelle prévoyant un loyer minimum absolu	26
<u>Chapitre VI :</u>	<u>Divers et procédure</u>	26
1.0	Le sous-loyer abusif	26
2.0	Portée de la maxime inquisitoire à caractère social de l'art. 274d al. 3 CO	27
3.0	Cadre procédural en cas d'application simultanée des méthodes relative et absolue lors de contestations de hausse et de baisse de loyer	28
<u>Conclusion</u>		29

Introduction :

La présente contribution n'a pas pour objectif de procéder à une analyse dogmatique de l'évolution de la jurisprudence en matière de loyers, nonobstant les commentaires ou réflexions qui assortiront parfois la présentation des sujets traités. Les lecteurs spécialisés en droit du bail voudront bien excuser le rappel de certains principes généraux qui permettront d'introduire les évolutions jurisprudentielles de ces dernières années.

Il paraît ainsi essentiel de se souvenir de la distinction à opérer entre les loyers fondés sur les coûts qui visent à « déterminer si le bailleur ne retire pas de son investissement personnel un rendement exagéré, aux dépens du locataire (art. 269 et 269a CO let. b-e CO) », des loyers du marché qui « tendent à la fixation objective du loyer, en fonction de la valeur de la chose louée (art. 269a let. a et f CO) »¹. Les critères de fixation des loyers sont qualifiés d'absolus, lorsqu'ils se réfèrent au seul objet loué, sans égard aux accords antérieurs des parties ; il s'agit des dispositions prévues aux art. 269 CO (rendement net de la chose louée), 269a let. a CO (loyers comparatifs) et 269a let. c CO (rendement brut). Les autres critères sont relatifs en tant qu'ils prennent en compte les relations contractuelles entre le bailleur et le locataire ; il en va ainsi de la hausse des coûts et des prestations supplémentaires du bailleur (art. 269a let. b CO), des plans de hausse (art. 269a let. d CO), et du renchérissement du capital exposé aux risques (art. 269a let. e CO). Enfin, la méthode de calcul du loyer admissible est différente selon que l'on recourt à la méthode absolue ou relative. La première sert à contrôler le caractère abusif ou non du loyer sans égard aux stipulations contractuelles, en se référant à l'objet loué, alors que la seconde, fondée sur le principe de la confiance, vise à apprécier la répercussion possible sur le loyer des critères d'appréciation qui se sont modifiés depuis sa dernière fixation².

Chapitre I : Le rendement excessif de la chose louée

1.1 Cas d'application

Le recours à la méthode absolue, en particulier à un calcul de rendement net (art. 269 CO), devient de plus en plus fréquente.

a. Fixation du loyer initial

La fixation du loyer initial selon le critère du rendement demeure la règle puisqu'il n'y a pas de relation contractuelle préexistante entre les parties qui justifierait l'application de la méthode relative. Le bailleur, qui a néanmoins indiqué des critères relatifs dans l'avis de fixation du loyer initial, tels que la hausse des coûts ou le renchérissement du capital exposé

¹ 120 II 240/242, 243

² Sur ces notions, David Lachat, *Le loyer : un état des lieux*, in SJ 1996 p. 137 ; du même auteur, *La pratique récente en matière de loyers*, 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 9 ss ; cité ci-après : David Lachat, *La pratique récente en matière de loyers*

aux risques, ne pourra plus invoquer le calcul de rendement et devra se laisser opposer la méthode relative; l'évolution du loyer se fera alors depuis la dernière fixation de loyer du locataire précédent³.

b. Changement de bailleur

Dans cette hypothèse, l'acquéreur d'un immeuble, nonobstant les baux en cours, peut majorer les loyers en invoquant le rendement insuffisant⁴.

c. Sortie du contrôle cantonal des loyers

A l'expiration de la période de contrôle cantonal des loyers d'un immeuble, le bailleur qui se trouve dans une situation nouvelle peut invoquer l'application de la méthode absolue⁵. Cette dérogation est justifiée en particulier par le fait que ces immeubles ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la contestation des loyers abusifs (art. 253b al. 3 CO).

d. Réserve de hausse

En cours de bail, le bailleur peut augmenter le loyer en se fondant directement sur l'art. 269 CO dans la mesure où, lors de la conclusion du contrat de location, il a valablement formulé une telle réserve en respectant les exigences posées par l'art. 18 OBLF⁶.

e. L'écoulement d'une longue période depuis la dernière fixation du loyer

Dans les baux de longue durée et si une longue période, non définie à ce jour, s'est écoulée depuis la dernière fixation du loyer, à titre exceptionnel, le bailleur peut se prévaloir du rendement insuffisant, pour autant qu'il ait épuisé préalablement tous les facteurs relatifs de hausse⁷.

f. A l'issue de la période d'échelonnement ou d'indexation du bail

Dans une première décision relative au bail échelonné (art. 269c CO), le Tribunal fédéral a estimé que ce type de contrat présentait un caractère aléatoire qui reposait sur le pronostic fait par les parties, au moment de la conclusion du bail, quant à l'évolution des critères de fixation du loyer jusqu'à son échéance; la présomption selon laquelle le précédent loyer est censé procurer un rendement suffisant de la chose louée, qui fonde l'application de la méthode relative, n'est pas applicable en ce cas. Si le bailleur sollicite une majoration du dernier échelon de loyer pour le terme de résiliation, ou si le locataire demande une diminution de son loyer, le nouveau loyer admissible « devra être déterminé au moyen de la méthode de calcul absolue ».

³ ATF 121 III 364/367 et réf. cit., le locataire peut toujours réclamer un calcul de rendement en contestant son loyer initial.

⁴ ATF 116 II 594/600-604, JT 1991 299/305-309 ss, confirmé in CdB 3/94 p. 75 ss

⁵ ATF 123 III 171/173 ; 117 II 77

⁶ ATF 118 II 124/127, JT 1993 I 643/645

⁷ MP 1994 p. 91 ; CdB 3/95 p. 74 ss (ATF n. p. du 25.1.94)

Cependant, si les parties laissent le bail se reconduire tacitement à la fin de la période d'échelonnement, la fixation subséquente du loyer pourra être déterminée au moyen de la méthode relative, car la présomption jouera à nouveau⁸.

Toutefois, dans cette dernière hypothèse de reconduction tacite d'un tel bail, qu'il s'agisse d'un bail « congéable » ou d'un bail de durée déterminée au sens strict, la jurisprudence a expressément réservé au bailleur la possibilité de motiver son avis de majoration par des facteurs absolus et de réclamer un calcul de rendement ; ce droit est également conféré au locataire s'il sollicite une baisse de son loyer⁹.

Cet élargissement du champ d'application de la méthode absolue qui constitue une exception à la règle jurisprudentielle imposant la relativisation des motifs absolus de hausse¹⁰, même si les circonstances ne se sont pas modifiées depuis la date d'expiration de la durée initiale pour laquelle le bail à loyers échelonnés a été conclu, a été critiquée par une partie de la doctrine¹¹.

Ultérieurement, la jurisprudence a transposé ces principes au bail à loyers indexés (art. 269b CO) en retenant que le caractère aléatoire de ce type de contrat résultait de l'impossibilité pour le bailleur, pour cinq ans au moins, de répercuter d'autres facteurs de majoration que le renchérissement, tels la hausse du taux hypothécaire, « qui influe de manière prépondérante sur le niveau des loyers. »¹².

g. La majoration consensuelle de loyer¹³ et l'expiration du bail à terme fixe

Dans ces deux hypothèses, les parties se trouvent dans la même situation qu'en cas de fixation du loyer initial de sorte qu'elles peuvent convenir de reconduire le contrat à de nouvelles conditions, ce qui légitime le recours à la méthode absolue¹⁴.

h. L'opposition à la majoration unilatérale de loyer

De jurisprudence constante, le locataire peut toujours s'opposer à une majoration unilatérale du loyer fondée sur une hausse des coûts en demandant un calcul de rendement. Le locataire était cependant tenu de démontrer au préalable l'existence d'indices d'abus. Cette exigence a été abandonnée récemment, le locataire pouvant invoquer sans autre l'application de l'art. 269 CO¹⁵.

⁸ ATF 121 III 397, 402/404

⁹ Ibidem p. 404

¹⁰ ATF 121 III 163/164, JT 1996 I 171

¹¹ Cf. Maire-Claire Jeanprêtre Pittet, DB 1996 p. 23 s n° 17 pts 8 ss

¹² ATF 123 III 76

¹³ Sur cette question, cf. ci-dessous Chapitre IV, point 4.5 p. 21

¹⁴ ATF 119 II 348/351 ; ATF 121 III 397 (269c CO)

¹⁵ ATF 124 III 310/312

i. La baisse de loyer

Le bailleur peut s'opposer à une demande de baisse de loyer en établissant qu'il obtiendrait un rendement insuffisant, si la modification des bases de calcul depuis la dernière fixation du loyer était effectivement répercutée sur le loyer¹⁶.

A ce jour, le locataire n'a pas été admis à se fonder directement sur la méthode absolue pour obtenir une diminution de son loyer, sauf en cas de bail indexé ou échelonné aux conditions exposées précédemment.

Dans une décision isolée, le tribunal du canton de Vaud a jugé que le locataire pouvait également recourir à l'art. 269 CO pour solliciter une diminution de son loyer, en se fondant sur le principe de l'égalité de traitement entre bailleur et locataire et le texte de l'art. 270a CO¹⁷. Pour le tribunal, qui s'appuie sur l'opinion de Philippe Richard¹⁸, « la notable modification des bases de calcul », telle que prévue par l'art. 270a CO, n'est que la condition préalable à la demande de baisse du loyer, et non sa limite¹⁹.

1.2 Le calcul de rendement net

L'art. 269 CO vise le rendement net des fonds propres investis par le propriétaire, à savoir le rapport entre ses revenus nets, après paiement de toutes les charges et des intérêts débiteurs sur les fonds empruntés, et ses investissements personnels (fonds propres). Il s'agit de déterminer un loyer admissible fondé sur les coûts et non sur les critères du marché.

Le capital propre (fonds propres investis par le propriétaire) est constitué par la différence entre le coût initial/prix de revient effectif²⁰ et les fonds étrangers, à laquelle on ajoute, suivant les circonstances, l'amortissement des fonds étrangers et les investissements ultérieurs financés par des fonds propres apportant une plus-value. C'est le montant réel des fonds propres qui doit être pris en considération. Le montant des fonds propres est adapté à la totalité de l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation, mais jusqu'à concurrence de 40% du prix de revient pour les immeubles francs d'hypothèques ou dont les fonds étrangers sont inférieurs à 60% de sa valeur initiale. Le rendement net ainsi déterminé est admissible lorsqu'il n'excède pas de plus d'un demi pour-cent le taux de l'intérêt hypothécaire de premier rang pratiqué par les grandes banques suisses²¹.

¹⁶ ATF 121 III 163, JT 1996 171

¹⁷ CdB 2/96 p. 58/61

¹⁸ Philippe Richard, Le point sur la méthode absolue (...), CdB 2/95 p. 33 ss

¹⁹ David Lachat, Le loyer : un état des lieux, in SJ 1996 p. 137/152 soutient qu'en théorie, le locataire « pourrait se prévaloir des facteurs absolus, s'il démontre qu'ils ont évolué en sa faveur depuis la date de référence. »

²⁰ Le prix de revient inclut en particulier, le coût de construction, les intérêts intercalaires qui courent pendant la construction, les diverses taxes payées par le propriétaire, les honoraires du promoteur s'ils sont raisonnables, les indemnités versées aux précédents locataires, les frais des éventuelles procédures liées à la construction de l'immeuble ; si l'immeuble a changé de mains, seul le prix d'acquisition est déterminant s'il n'est pas exagéré – 10 OBLF, cf. David Lachat, Le bail à loyer, 1997 p. 282 ss.

²¹ ATF 122 III 257, JT 1997 I 595 ; sur le calcul de rendement ATF 117 II 77 ss

Au sujet de l'établissement bancaire de référence pour établir le taux hypothécaire déterminant, le Tribunal fédéral se réfère « aux grandes banques suisses », alors que dans une jurisprudence antérieure, il avait jugé qu'il devait s'agir de la banque cantonale du lieu de situation de l'immeuble, pour autant qu'elle « détienne une part significative du marché des crédits hypothécaires » pour les anciennes hypothèques²². Le Tribunal fédéral ne spécifie cependant pas qu'il entend modifier sa jurisprudence sur ce point ni ne motive la raison du choix d'une grande banque; il faut dès lors s'en tenir aux taux pratiqués par la banque cantonale du lieu²³.

Le rendement admissible doit être déterminé individuellement pour chaque appartement dans la mesure où cela est réalisable.

1.3 La détermination du prix de revient

Ce sont les coûts effectifs supportés par le propriétaire qui entrent dans la détermination du prix de revient de l'immeuble. Le rendement ne peut être calculé que sur la base des investissements concrets du propriétaire et des charges réelles. Plusieurs difficultés apparaissent lorsque ces données sont inconnues ou excessives. Il convient d'en citer les principales.

Les immeubles anciens

Généralement, il est impossible de connaître le capital initial d'un immeuble ancien, les pièces justificatives du prix d'acquisition du terrain et de son coût de construction n'existant plus. Si ces données existent, elles ne sont plus significatives, car elles n'ont plus de rapport avec la réalité.

Pour remédier à cette carence, plusieurs tentatives de fixation du coût initial proposées par la doctrine et fondées sur d'autres méthodes d'évaluation ont été clairement rejetées par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a de la sorte écarté toute évaluation fondée sur la valeur vénale, fiscale, intrinsèque ou d'assurance de l'immeuble. La valeur vénale peut conduire à intégrer injustement le bénéfice de l'inflation ; la valeur fiscale est irrelevante dans la mesure où elle se fonde précisément sur les loyers ; la valeur d'assurance, basée sur une comparaison des valeurs, intègre des critères du marché ; la valeur intrinsèque ne comprend pas les investissements effectivement réalisés par le bailleur²⁴.

La jurisprudence réfute ainsi toute méthode fondée sur des valeurs objectivées qui s'écartent du principe de fixation d'un loyer fondé sur les coûts.

Pour sortir de cette impasse qui conduit en réalité à l'impossibilité pour le propriétaire d'un immeuble ancien qui n'a pas changé de mains de se prévaloir de l'art. 269 CO dans le cadre d'une baisse de loyer, le Tribunal fédéral a affirmé que le bailleur pouvait invoquer les loyers

²² ATF 118 II 45/48, ATF 120 II 100/104

²³ A ce sujet, note David Lachat, DB 9/97 n. 15 p. 21

²⁴ ATF 122 III 257,259/260, JT 1997 I 595, 597/598

usuels du quartier ou de la localité (art. 269a let. a CO) pour s'opposer à une demande de baisse du loyer.

Sa motivation repose sur différents critères. Comme l'art. 270a CO renvoie expressément tant à l'art. 269 qu'à l'art. 269a CO, le bailleur peut se fonder sur l'une ou l'autre de ces dispositions. Le législateur n'a pas voulu défavoriser les propriétaires de longue date d'immeubles anciens par rapport à ceux qui les ont acquis récemment, et a souligné l'importance d'une certaine harmonisation entre les anciens et les nouveaux loyers, d'où la faculté de recourir au loyer lié au marché qui se trouve au premier plan dans le cas d'immeubles anciens. Refuser au bailleur le droit de recourir aux loyers comparatifs conduirait à une inégalité de traitement entre locataires : ceux qui sollicitent une baisse de loyer l'obtiendraient systématiquement quand l'objection fondée sur l'art. 269 CO serait inopérante pour les immeubles anciens. Les autres locataires se verraient confrontés à un calcul de rendement. De plus, le principe de l'égalité des armes commande que le critère comparatif puisse être invoqué aussi bien pour fixer le loyer initial ou pour majorer le loyer que pour s'opposer à une baisse de loyer²⁵.

La jurisprudence n'a pour l'heure pas accordé au locataire le droit de se fonder sur l'art. 269a let. a CO pour s'opposer à une demande de majoration de loyer²⁶.

L'immeuble transmis lors d'un partage successoral

La jurisprudence n'a pas tranché de manière définitive la question de savoir si le transfert d'un immeuble dans le cadre d'un partage successoral autorise à établir d'après la méthode absolue si un loyer est ou non abusif.

Nonobstant l'absence de décision sur cette question préjudicielle²⁷, le Tribunal fédéral a jugé que le montant du capital propre devait être déterminé d'après la valeur d'attribution de l'immeuble effectivement retenue par les héritiers dans le cadre du partage successoral, pour autant que cette valeur ne soit pas surfaite, à l'instar de ce qui prévaut en cas de vente d'immeuble²⁸. La valeur d'attribution ne peut pas être déduite des circonstances, elle doit avoir été fixée ou clairement déterminée au moment du partage. Il n'est pas davantage possible de recourir à une valeur d'attribution déterminée de manière hypothétique par le tribunal, dans le cadre d'un partage successoral, en ordonnant qu'un expert estime la valeur de marché du bien loué.

A défaut de pouvoir prouver la valeur d'attribution lors du partage successoral, les héritiers propriétaires ne sont pas en droit d'obtenir une augmentation des loyers fondée sur le rendement insuffisant. Enfin, lorsqu'il n'y a qu'un seul héritier, aucune valeur d'attribution ne sera prise en compte, faute de biens à partager.

²⁵ ATF 122 III 257, 261/262, JT 1997 I 595, 599/600

²⁶ SJ 1990 579 cons. 2 n. p. de l'ATF 116 II 184 ss

²⁷ Le Tribunal fédéral était saisi d'une question incidente déclarée recevable en l'espèce ; CdB 1/2000 p. 3

²⁸ CdB 1/2000 p. 4 (ATF n. p. du 9.6.99)

En cas d'augmentation des fonds étrangers

Le montant des fonds propres peut évoluer avec le temps, soit augmenter en cas d'amortissement des fonds étrangers ou de financement avec ses propres deniers de travaux à plus-value, ou diminuer si le bailleur alourdit la charge hypothécaire de son immeuble. Si les fonds empruntés se révèlent égaux ou même supérieurs au montant de l'investissement initial réévalué, le montant des fonds propres est nul, le revenu locatif ne servant plus qu'à couvrir les charges immobilières effectives²⁹.

Dans le cas d'un bailleur qui avait grevé son immeuble d'emprunts hypothécaires subséquents d'un montant supérieur à celui de l'investissement initial réévalué, le Tribunal fédéral a refusé la prise en compte dans le calcul du rendement de la totalité des charges supportées par le bailleur.

Il a considéré qu'il fallait « limiter les emprunts à prendre en considération pour le calcul des charges financières au prix de revient de l'immeuble calculé selon la méthode usuelle, c'est-à-dire à la valeur - réactualisée dans les limites admissibles - des fonds propres investis par le bailleur, augmentée des fonds étrangers initiaux »³⁰.

Dans cette limite, l'affectation de l'emprunt est libre. La destination des fonds étrangers est examinée au delà de la marge autorisée ; si l'excédent de l'emprunt a servi à financer des prestations supplémentaires du bailleur, au sens de l'art. 269a let. b CO et 14 OBLF, il peut en être tenu compte dans le calcul des charges.

Le fondement de cette limitation dans le montant et l'affectation des charges repose sur le fait que le rendement ne peut être fonction de la valeur actuelle effective de l'immeuble, ce qui est contraire à la jurisprudence fédérale qui a expressément rejeté cette méthode d'évaluation³¹. Le Tribunal fédéral a voulu éviter que le bailleur, profitant de la plus-value de son immeuble, puisse la réaliser aux dépens des locataires en utilisant une partie du crédit octroyé par la banque sur la base de cette valeur pour acheter par exemple un autre immeuble, tout en faisant assumer par les locataires de l'immeuble grevé le service de la dette hypothécaire.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a jugé que la Cour cantonale avait retenu à tort un montant au titre de rendement des fonds propres, et avait comptabilisé tout aussi faussement les intérêts hypothécaires sur la dette globale.

Procédant à son tour au calcul de rendement net, le Tribunal fédéral a établi le montant des charges hypothécaires sur un capital reconstitué par l'addition des fonds propres réévalués et des fonds étrangers initiaux, en supprimant ainsi l'excédent de fonds étrangers³².

²⁹ ATF 123 III 171/174

³⁰ ATF 123 III 171

³¹ ATF 122 III 257/259, JT 1997 I 595 dans lequel le TF a refusé toute valeur objective liée au marché et non aux coûts individuels.

³² CdB 3/97 p. 69/72 (extrait n. p. in ATF 123 III 171), le TF ne suit pas sur cette question l'opinion de Beat Rohrer, (Comment calcule-t-on le rendement net au sens de l'art. 269 CO ? in CdB 3/96 p. 69, traduction de l'article paru in MRA 1996 p. 48) qui est d'avis que le montant et l'affectation des charges importent peu.

Ce faisant, le Tribunal fédéral s'est basé sur des données théoriques, et non plus concrètes, en reconstituant les fonds propres initiaux et l'endettement admissible, tout en faisant abstraction de la situation financière effective.

Cependant, en procédant de la sorte, on s'écarte de plus en plus d'un loyer fondé sur les coûts réels pour aboutir à un loyer « idéal » abstrait qui repose sur des données virtuelles.

Le cas spécifique des sociétés immobilières

Les créances chirographaires en mains de l'actionnaire unique ou fortement majoritaire sont considérées comme des fonds empruntés, compte tenu de la dualité juridique qui existe entre la société et son actionnaire et qui l'emporte sur l'unité économique³³. A ce propos, le Tribunal fédéral a rappelé que le principe de transparence (Durchgriff) peut être invoqué chaque fois que le recours à la dualité juridique formelle constitue un abus de droit ou porte atteinte à des intérêts légitimes³⁴. Son corollaire en est que ni l'actionnaire, ni la société ne peut se prévaloir de l'identité économique pour faire échec à la dualité juridique.

1.4 La détermination des charges immobilières

Généralités

Elles sont constituées des charges financières (intérêts hypothécaires et autres intérêts dus à des tiers), des charges courantes (rentes de droit de superficie, primes d'assurance, abonnements d'entretien, salaire du concierge, eau, électricité, fournitures, impôts immobiliers, honoraires de gérance, taxes diverses, etc.) et des charges d'entretien (travaux entrepris dans l'immeuble et/ou l'appartement)³⁵. Ne sont pas intégrés dans les charges courantes en particulier, les frais de publicité pour la relocation de locaux vacants, les honoraires d'avocat même en relation avec le bail en cause, les dividendes des sociétés immobilières, même s'ils ne sont pas distribués, les amortissements du capital emprunté, car ils sont pris en considération pour l'augmentation des fonds propres. Les travaux d'entretien doivent avoir été exécutés et payés, des provisions pour rénovation future et des primes de risque n'étant pas pris en compte³⁶.

Le principe veut que ces charges soient comptabilisées à leur montant réel pour autant qu'elles ne soient pas surfaites et qu'elles soient liées à la construction, la rénovation ou à l'entretien de l'immeuble.

³³ ATF 121 III 320/324, cf. commentaire de Patrick Blaser in CdB 2/96 p. 47

³⁴ ATF 102 III 165/170

³⁵ David Lachat, op. cit. p. 292 ch. 18 ad 6.2

³⁶ CdB 4/96 p. 97/102 (considérant n. p. in ATF 122 II 257, JT 1997 I 595)

La prise en compte ou l'exclusion de certains frais

En particulier, le Tribunal fédéral a refusé dans le poste des dépenses une prime de risque correspondant à 0,1% du capital investi, justifiée par le risque du bailleur d'avoir des loyers impayés³⁷.

Des frais de démolition, en l'occurrence d'un escalier, peuvent être pris en compte dans le prix de revient s'ils sont nécessaires pour la construction ou la transformation de la chose louée, et cela même si les locataires n'ont pas précédemment eu l'usage de l'objet à démolir, dès lors qu'ils vont profiter de cette démolition dans les nouveaux locaux³⁸.

Cependant, en fonction des données de faits concrètes, il ne serait pas contraire au droit fédéral de soustraire du prix de revient le coût de construction d'un escalier qui s'est révélé inutile, qui a été supprimé et qui n'existe plus.

Amortissement, provision et répartition des frais de construction d'installations communes

Le Tribunal fédéral ne donne pas de clé de répartition du coût d'un ascenseur en relevant que le droit fédéral ne régit pas la question, et que celui-ci ne pourrait être violé que si la clé de répartition adoptée par le propriétaire était à ce point insoutenable qu'elle contredise l'esprit de l'art. 269 CO.

Aucun amortissement sur le coût des installations ne peut être pris en compte au titre d'une dépréciation. La motivation repose sur l'idée que, dans le calcul de rendement net, les fonds propres qui doivent être rentés et qui sont déterminés sur la base du coût de revient, ne sont pas diminués avec l'écoulement du temps pour tenir compte de la vétusté croissante des locaux³⁹.

En revanche, en cas de majoration de loyer fondée sur des travaux à plus-value (art. 269a let. b), le bailleur pourra tenir compte d'un amortissement de ces travaux, conformément à l'art. 14 al. 2 OBLF.

Dans le même esprit, le locataire qui supporte le rendement du capital investi n'a pas à supporter en plus la charge d'une provision sur travaux futurs⁴⁰. Cela reviendrait à lui faire supporter une fois la charge du coût de construction actuel et une fois la charge du coût d'une construction future, alors qu'il ne bénéficiera pas des nouveaux travaux s'il a quitté l'immeuble dans l'intervalle. A nouveau, le bailleur n'en subit aucun inconvénient, puisqu'il peut répercuter le coût d'importantes réparations une fois celles-ci réalisées (269a let. b CO et 14 al. 1 OBLF).

³⁷ CdB 1/00 p. 6/10 (ATF n. p. 2.7.99) repris également in MP 99 p. 144

³⁸ ATF 125 III 421/424

³⁹ ATF 125 III 421/426

⁴⁰ ATF 125 III 421/425

Le montant des charges courantes et d'entretien

Les charges doivent être admises à leur montant effectif ; l'interdiction d'une évaluation forfaitaire des charges reposerait sur l'art. 20 al. 2 OBLF qui prévoit l'obligation pour le bailleur de présenter toutes les pièces justificatives sur requête du locataire⁴¹.

Le volume de documents et l'ampleur du travail que suppose la réunion de toutes les pièces permettant d'établir le montant des charges a pour conséquence que les bailleurs continuent en pratique à se fonder sur des montants forfaitaires correspondant à un certain pourcentage de l'état locatif de l'ordre de 0,5 à 1,5%.

Chapitre II : Les autres critères de fixation du loyer

1.0 Le rapport entre l'art. 269 CO et l'art. 269a CO

L'art. 269a CO pose une présomption du caractère non abusif des loyers qui remplissent l'un ou l'autre des six critères justifiant une adaptation du loyer. Tant le locataire que le bailleur doivent être admis à renverser cette présomption légale par le recours à un calcul de rendement fondé sur l'art. 269 CO, le locataire n'ayant plus pour sa part besoin de prouver l'existence d'indices d'abus. Les motifs d'adaptation du loyer – à la hausse ou à la baisse – fondés sur l'art. 269a CO deviennent ainsi subsidiaires en ce sens qu'ils déploient leurs effets uniquement lorsque la preuve du rendement abusif, respectivement insuffisant – en cas de demande de baisse de loyer du locataire – n'est pas rapportée par la partie adverse⁴².

En particulier, le locataire doit être autorisé à prouver que le loyer, présumé se situer dans les limites des loyers usuels du quartier (art. 269a let. a CO), procure au bailleur un rendement excessif, abusif au sens de l'art. 269 CO en cas de contestation du loyer initial.

Comme le relève David Lachat, la portée du critère des loyers comparatifs en est encore amoindrie, et ne conserve son utilité qu'en cas d'immeubles anciens dont le prix de revient ne peut pas être déterminé ou comme moyen de défense du bailleur contre une demande de baisse de loyer⁴³.

⁴¹ Beat Gut, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum missbräuchlichen Mietzins, in MRA 2000 p. 16, et David Lachat, op. cit., p. 294

⁴² ATF 124 III 310/312

⁴³ Note David Lachat, in DB 11/99 n.14 p. 20 et réf. cit.

2.2 Les loyers usuels du quartier ou de la localité

Nature de la norme et cas d'application

Cette disposition tend à fixer le loyer, non par rapport aux coûts, mais par rapport aux prix du marché. Il s'agit d'un facteur absolu de fixation du loyer, qui permet de déterminer si le loyer est abusif sans tenir compte des accords antérieurs des parties.

En cours de bail, il peut être invoqué par le bailleur à l'appui d'une majoration de loyer si une période relativement longue, fixée à cinq ans, s'est écoulée depuis la dernière fixation du loyer⁴⁴. En ce sens, le facteur absolu a été relativisé, puisqu'il peut intervenir exceptionnellement en cours de bail.

A ce jour, il n'est pas certain que le locataire puisse opposer à une majoration de loyer l'art. 269a let. a CO⁴⁵, alors que le bailleur peut l'invoquer pour s'opposer à une demande de baisse de loyer (art. 270a CO) fondée sur des facteurs relatifs⁴⁶. Une partie de la doctrine critique cette distinction qui rompt l'égalité des armes. La question de savoir si l'évolution à la baisse des loyers comparatifs peut justifier de la part du locataire une demande de baisse de loyer est également controversée en doctrine⁴⁷.

Conditions d'application

Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a relevé que « pour pouvoir tirer des conclusions qui offrent quelque sécurité, il faut disposer, en règle générale, de cinq éléments de comparaison au moins, qui présentent, pour l'essentiel, les mêmes caractéristiques que le logement litigieux ... » quant aux exigences fixées par l'art. 11 OBLF, à savoir l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état d'entretien et l'année de construction⁴⁸. Les tribunaux doivent ainsi procéder à des comparaisons concrètes avec l'objet litigieux.

Au sujet de l'emplacement, la proximité de l'espace ne suffit pas à établir une situation comparable, il faut encore prendre en considération l'infrastructure du quartier, la présence des commerces, les facilités de transport, les installations sportives, les écoles etc. Les conditions environnantes doivent être semblables tant sous l'angle des nuisances (trafic, odeurs, etc.) que des avantages du site, tels la vue, la tranquillité⁴⁹.

Les immeubles doivent se situer dans la même période de construction, une différence d'âge de plus de vingt ans pouvant être considérée comme trop importante⁵⁰.

⁴⁴ ATF 118 II 130/135 ; MP 4/1997 p. 223 (ATF n. p. du 29 août 1997 c. 2b p. 5)

⁴⁵ SJ 1990 p. 579 (n. p. ATF 116 II 184) ; le TF a refusé aux locataires le recours à l'art. 15 al. 1 let. a AMSL.

⁴⁶ ATF 122 III 257, 260/262, JT 1997 I 595, 598/599

⁴⁷ David Lachat, Le bail à loyer, p. 274, 303, 361 ; Tercier, Les contrats spéciaux, p. 251 n. 2046 ; Brunner/Stoll, Die Mietzinsherabsetzung, in MP 1993 p. 106/109 l'admettent; hésitant Zihlmann, Das Mietrecht, p. 189, contra SVIT-Kommentar Mietrecht, Zurich, 1991, n. 5 ad art.270a CO

⁴⁸ ATF 123 III 317/319 ; ATF 114 II 361/364, JT 1989 I 78/81

⁴⁹ ATF 123 III 4b/ee p. 322

⁵⁰ Ibidem 4b/aa p. 321 a contrario

L'équivalence dans le critère relatif à l'état d'entretien est relativement souple, en ce sens qu'il ne doit pas y avoir de « différences importantes » par rapport à l'objet litigieux. L'analyse comparative se fonde sur une approximation⁵¹. L'entretien porte sur l'état de l'immeuble et de l'appartement et comprend l'examen de la toiture, de la chaudière, des vitrages, de l'ascenseur, des cuisines et des sanitaires etc.

L'équipement suppose que les objets offerts à la comparaison bénéficient d'installations comparables, comme le chauffage central, l'équipement des cuisines, des sanitaires, la jouissance d'un balcon, l'état des peintures.

La dimension s'apprécie en fonction de la surface de l'appartement, du nombre de pièces et de la répartition des volumes. Ont été admis à la comparaison des appartements présentant une différence de surface de 30 m² par rapport à un appartement d'une surface de 171 m², ou d'une demi-pièce à une pièce avec l'appartement litigieux⁵².

Les exemples de comparaison doivent se situer dans des immeubles différents et appartenir à des bailleurs différents.

La jurisprudence a posé une exigence supplémentaire à l'application de l'art. 269a let. a CO qui consiste dans la vérification du caractère non abusif des loyers de comparaison, parce que les bailleurs ne les auraient pas adaptés à l'évolution des facteurs de baisse, en particulier la baisse du taux hypothécaire. La détermination des loyers usuels, facteur absolu de fixation de loyer, est relativisée par un critère ressortissant aux coûts. Le Tribunal fédéral a rejeté toute critique de la doctrine formulée à ce sujet; il a persisté dans sa jurisprudence en se fondant sur le but des dispositions légales qui veut éviter toute prétention du bailleur fondée sur des rendements abusifs⁵³.

A l'heure actuelle, dans les procédures en cours, les bailleurs proposent de calculer fictivement la répercussion des baisses du taux hypothécaire sur les loyers de comparaison qui n'y ont pas réagi, pour autant que la date de fixation du dernier loyer soit connue ainsi que son évolution, aux fins de démontrer que le loyer litigieux se situe dans les loyers du marché après adaptation des loyers de comparaison. Le tribunal cantonal des baux du canton de Vaud a admis, semble-t-il, cette pratique, de même qu'une partie de la doctrine⁵⁴.

Enfin, dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que la prise en considération des statistiques officielles expressément prévues par l'art. 11 al. 4 OBLF suppose des données chiffrées, suffisamment différenciées et dûment établies sur la situation, l'agencement et l'état de la chose louée, comme sur la période de construction⁵⁵. Actuellement, aucune statistique existante ne répond à ces critères et n'a pu être valablement employée.

⁵¹ Ibidem 4b/bb p. 321 in fine où le TF emploie le terme « grosso modo » pour ce critère de comparaison.

⁵² Ibidem 4b/cc p. 321

⁵³ Ibidem 4d p. 326/327 ; cf. aussi art. 11 al. 3 OBLF sur lequel le TF appuie sa motivation.

⁵⁴ David Lachat, *Le bail à loyer*, p. 305

⁵⁵ ATF 123 III 4a/a p. 319 ; ATF 114 II 361/362

La jurisprudence relative aux conditions posées pour satisfaire au critère des loyers comparatifs est devenue si restrictive que la preuve en est devenue pratiquement impossible à rapporter. Confronté à une demande de baisse de loyer pour des immeubles anciens, le bailleur se trouve dans une impasse, qu'il invoque le rendement insuffisant selon l'art. 269 CO ou les loyers du quartier sur la base de l'art. 269a let. a CO.

2.3 Les prestations supplémentaires du bailleur (269a let. b CO)

A teneur de l'art. 14 al. 1 OBLF, sont des prestations supplémentaires celles qui aboutissent à des améliorations créant des plus-values, l'agrandissement de la chose louée ainsi que les prestations accessoires supplémentaires.

En raison de la difficulté à distinguer les améliorations à plus-value (rénovation) des travaux d'entretien (réparation), la loi a assimilé une partie des travaux d'entretien importants à des prestations supplémentaires en disposant que « en règle générale, les frais causés par d'importantes réparations sont considérés, à raison de 50 à 70 pour cent, comme des investissements créant des plus-values. » (art. 14 al. 1 OBLF).

Récemment, la jurisprudence a confirmé le caractère réfragable de la présomption posée par l'art. 14 al. 1 OBLF. Il en découle qu'avant de l'appliquer, il faut rechercher si, dans les travaux invoqués à l'appui d'une majoration de loyer, on peut distinguer ceux qui constituent des améliorations créant des plus-values de ceux qui ne sont que de simples travaux d'entretien. Le locataire a toujours la faculté de renverser la présomption aux fins de démontrer que les travaux à plus-value représentent moins de 50% du coût des travaux et le bailleur peut apporter la justification que la quote-part exacte de la plus-value est supérieure à 70%⁵⁶.

Dans le cas d'espèce, il a été jugé que le remplacement de la chaudière constituait de l'entretien courant alors que la pose de vannes thermostatiques et de répartiteurs de chaleur sur chaque radiateur était une amélioration à plus-value. L'analyse des pièces produites permettant de déterminer le coût respectif des deux postes, seuls les frais relatifs au remplacement des radiateurs ont été admis comme prestations supplémentaires, contrairement à ce qu'avaient retenu les juridictions cantonales estimant à 50% l'investissement à plus-value sur l'ensemble des travaux.

L'art. 14 al. 2 OBLF détermine la répercussion de hausse admissible sur le loyer qui se compose :

- de l'intérêt du capital investi pour les travaux – qui correspond au coût de revient des travaux admis multiplié par le taux hypothécaire du marché, plus ½ %, étant précisé que ce taux doit être appliqué à la moitié des investissements à plus-value, pour tenir compte de l'amortissement progressif ;
- de l'amortissement qui est fonction de la durée de vie des installations ;
- et des nouvelles charges d'entretien⁵⁷.

⁵⁶ MRA 5/98 p. 153, DB 11/99 n° 15 p. 20 s ; ATF 118 II 415/417, DB 1994 n° 16 p. 19 s

⁵⁷ ATF 118 II 415 ss, pour un ex. chiffré cf. David Lachat, Le bail à loyer, p. 318/319, pour une critique cf. note Bernard Corboz, SJ 1993 217/219 s

Les auteurs proposent des tables établissant la durée de vie des installations qui comportent des indications différentes les unes des autres⁵⁸. Ces données ont une incidence déterminante sur l'augmentation admissible du loyer ; or la jurisprudence n'a pas à ce jour fixé les critères d'admissibilité de telles tables comme outils de référence.

2.4 Eléments de calcul du rendement brut admissible (269a let. c CO)

Autre critère absolu de fixation du loyer, il permet au bailleur de répercuter le coût de construction d'un immeuble récent sur les loyers ; sont considérés comme récents des objets jusqu'à dix ans d'âge. Cette disposition est utilisée lors de la fixation du loyer initial, ou ultérieurement si une réserve de hausse appropriée a été valablement formulée⁵⁹. Le bailleur peut l'invoquer pour s'opposer à une demande de diminution de loyer. Les loyers de ce type de construction peuvent être ainsi supérieurs aux loyers comparatifs⁶⁰.

Le rendement brut définit le rapport exprimé en pour-cent entre le montant des loyers nets (c'est-à-dire sans les frais accessoires) de l'objet loué et son prix de revient⁶¹. Ce dernier correspond aux frais d'investissements faits par le constructeur ou par le premier acquéreur immédiatement après l'achèvement de l'immeuble. Les frais comportent les coûts d'acquisition du terrain⁶².

Le rendement brut est admissible s'il ne dépasse pas de 2% le taux hypothécaire de premier rang.

Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question controversée de savoir si les frais d'investissements encourus pouvaient être adaptés au renchérissement du coût de la vie, à l'occasion de locations ultérieures à la première location⁶³.

Chapitre III : Quelques questions en rapport avec le bail indexé et le bail échelonné

1.0 Rappel des critères principaux

L'indexation (269b CO) et l'échelonnement (269c CO) sont des clauses d'adaptation du loyer qui peuvent être convenues au moment de la conclusion du contrat à certaines conditions, en

⁵⁸ USPI, Commentaire du bail à loyer, p. 416, David Lachat, op. cit. annexe III

⁵⁹ ATF 118 II 124/127, JT 1993 I 643/645

⁶⁰ ATF 118 II 126/127, JT 1993 I 643/644 ; ATF 116 II 594/604, JT 1991 I 299/308

⁶¹ David Lachat, Le bail à loyer, p. 322 ch. 6.5

⁶² MP 1997 p. 238 (ATF n. p. 17.2.97), DB 10/98 n°17 p. 22

⁶³ ATF 118 II 124/128, JT 1993 I 643/646 ; ATF 116 II 594/599, JT 1991 I 299/304,305; David Lachat, Le bail à loyer, p. 321 n. 124

particulier, si celui-ci a une durée minimale de cinq ans dans le premier cas et de trois ans dans le second. Sous réserve de la contestation du loyer initial, le locataire ne peut agir que dans les limites fixées par l'art. 270c CO pour le bail indexé, l'art. 270d CO excluant pour sa part toute contestation d'échelon pour le bail échelonné.

Le contrat qui ne prévoit qu'une seule adaptation prédéterminée, même s'il s'agit d'une réduction limitée dans le temps d'un loyer ultérieurement supérieur, est déjà un bail échelonné. La convention d'échelonnement peut figurer dans le contrat de bail, dans un avis de majoration ou dans une transaction judiciaire passée devant l'autorité de conciliation⁶⁴.

Le bailleur ne peut plus se prévaloir de la clause d'indexation en cas de reconduction tacite du bail d'année en année⁶⁵.

Depuis le 1^{er} août 1996, l'art. 17 OBLF prévoit que la totalité de l'évolution de l'indice peut être répercutée sur les loyers des locaux d'habitation.

3.2 Méthode relative à l'issue d'une période d'échelonnement ou d'indexation

Les circonstances dans lesquelles une adaptation de loyer, à l'issue d'une convention d'échelonnement ou d'indexation, est examinée selon la méthode relative ont été développées plus haut⁶⁶.

De manière générale, dans le cadre du calcul de la méthode relative, il convient d'examiner l'évolution de tous les critères connus des parties et pris en compte lors de la dernière fixation du loyer, ainsi que ceux qui ont fait l'objet d'une réserve valablement formulée.

La détermination de la période de référence pour calculer l'évolution du loyer est différente selon qu'il s'agit d'un bail échelonné ou d'un bail indexé.

Pour le bail à loyers échelonnés

Ce principe jurisprudentiel a conduit le Tribunal fédéral à retenir comme déterminante la date d'expiration de la convention d'échelonnement, que celle-ci résulte du contrat de bail, d'un avis de majoration ou d'une transaction judiciaire, au motif que dans ce type de bail, le loyer englobe l'ensemble des frais pour la durée du contrat⁶⁷. Cette solution repose sur le postulat selon lequel les parties, conscientes du caractère aléatoire du bail échelonné, ont anticipé la variation des facteurs de hausse et de baisse jusqu'à l'expiration du bail.

Récemment, suite à des remarques fondées sur le fait que les parties n'ont pas nécessairement voulu anticiper l'évolution des critères de fixation du loyer et ont envisagé d'autres

⁶⁴ ATF 121 III 397/400

⁶⁵ ATF 123 III 76/78

⁶⁶ Cf. chap. I/1/ 1.1 Cas d'application, p. 3

⁶⁷ ATF 121 III 397/402, 407

hypothèses (compromis, rattrapage progressif du loyer couvrant les coûts, etc.)⁶⁸, le Tribunal fédéral a nuancé sa position en laissant ouverte la possibilité de prendre comme premier point de référence la date de la fixation du loyer échelonné, par exemple lorsqu'il ne s'agit pour les parties que d'étaler sur plusieurs années une augmentation de loyer admissible dès le départ dans sa totalité. Pour ce faire, les parties doivent avoir « manifesté clairement et d'une manière concordante, en fixant le loyer échelonné, qu'elles n'entendaient pas anticiper la variation des facteurs de hausse et de baisse », ce qui suppose que les bases de calcul dudit loyer (niveau des coûts, en particulier taux hypothécaire et indice suisse des prix à la consommation) figurent expressément sur l'acte considéré, et que l'on puisse en déduire la volonté des parties de se baser sur ces paramètres pour la fixation du loyer postérieurement à l'expiration de la convention d'échelonnement⁶⁹.

Pour le bail à loyers indexés

La solution n'est pas la même pour le bail à loyers indexés pour lequel le Tribunal fédéral a considéré que la première date de référence est celle de la conclusion du bail pour fixer le loyer que devra payer le locataire durant la période de reconduction tacite du bail.

La motivation en est que la présomption selon laquelle le dernier loyer fixé est censé procurer au bailleur un rendement suffisant ne peut être rapportée au bail à loyers indexés, dès lors que les parties savent, en prévoyant une telle clause, que le bailleur ne pourra pas répercuter les autres facteurs de hausse, en particulier la hausse du taux hypothécaire ; corollairement, le locataire n'aura pas bénéficié d'une baisse du taux. Il ne saurait pas davantage être reproché au bailleur de ne pas avoir formulé une réserve de hausse, impossible en l'espèce, l'indexation étant un facteur exclusif, qui empêche le bailleur de répercuter tout autre critère de hausse, hormis l'hypothèse de prestations supplémentaires⁷⁰. Il faut donc prendre en considération comme base de calcul les facteurs en vigueur au moment de la conclusion du contrat⁷¹.

3.3 Cumul d'une clause d'indexation et d'une clause d'échelonnement

Le cumul dans le même contrat de bail d'une clause d'indexation et d'une clause d'échelonnement n'est pas admissible. Tous deux sont des facteurs exclusifs de fixation du loyer qui ne sauraient s'additionner dans un même contrat⁷².

Ainsi, si le bail prévoit d'une part une indexation du loyer dont le bailleur a fait usage au cours de la période, et d'autre part une clause d'échelonnement, il n'y a plus de place pour cette dernière.

⁶⁸ David Lachat, *Le bail à loyer*, p. 360 n. 62

⁶⁹ ATF n. p. du 3 mai 1999 c. 3b cc p. 10/11, extrait n. p. in SJ 1999 I 379, exemple de clause de ce type in SVIT-Kommentar, n. 23 ad art. 269c CO

⁷⁰ SJ 1994 p. 487 (ATF n. p. du 16 février 1994)

⁷¹ ATF 123 III 76/82 ; le TF ne suit pas sur cette question les opinions contraires de OR - Weber/Zihlmann, 1996, N. 2 ad art. 269b CO (moment de la dernière adaptation de l'indice) ; pour une critique de la date de prise en compte des bases de calcul cf. Marie-Claire Jeanprêtre, DB 9/1997 n° 17 p. 23, qui voit là une possibilité de cumuler les effets de deux systèmes de fixation de loyer.

⁷² ATF 124 III 57/59, JT 1999 I 19/21

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral ne dit cependant pas sur quelles bases la priorité aurait été donnée si la majoration avait reposé simultanément sur les deux facteurs. Faute de pouvoir déterminer la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat, l'avis de hausse aurait été probablement nul pour les deux critères.

Examinant le grief tiré d'une violation de l'art. 20 al. 2 CO soulevé par le bailleur qui faisait valoir que, si les parties avaient eu connaissance de l'impossibilité de cumuler les deux clauses d'adaptation de loyer, elles auraient renoncé à l'indexation et choisi l'échelonnement, le Tribunal fédéral a relevé que, dans le cas particulier, il n'est pas possible de conclure que la volonté hypothétique était celle alléguée par le recourant⁷³.

La jurisprudence cantonale genevoise a admis qu'une clause d'échelonnement, puis d'indexation, avec un indice de base remontant à la date de l'expiration du dernier échelon, pouvaient se succéder dans un même contrat, dans la mesure où il n'y avait pas de chevauchement chronologique des bases de calcul⁷⁴.

Chapitre IV : Les augmentations de loyer

4.1 Motivation insuffisante

L'article 269d al. 2 CO prévoit la nullité d'une majoration de loyer qui ne respecte pas certaines conditions⁷⁵, en particulier l'indication dans le formulaire officiel des motifs précis de la hausse (art. 19 al. 1 let. a ch. 4 OBLF). La loi autorise cependant le bailleur à faire figurer les motifs dans une lettre d'accompagnement à laquelle le formulaire doit expressément se référer (art. 19 al.1bis OBLF)⁷⁶. Cette lettre doit parvenir au locataire simultanément à l'avis de hausse; la jurisprudence a refusé de tenir compte d'un courrier explicatif d'une hausse à venir antérieur de plusieurs mois à l'avis de majoration qui s'y référait⁷⁷.

La précision des motifs de hausse a pour objectif de permettre au locataire de se faire une idée suffisante des prétentions du bailleur pour décider s'il entend contester la hausse ou non. En cas de doute sur le sens à donner aux motifs de hausse, il y a lieu de les interpréter selon le principe de la confiance, au vu de toutes les circonstances du cas et des facultés de

⁷³ ATF 124 III 57/60, JT 1999 I 19/22

⁷⁴ CdB 2/97 p. 60/63 ; Stücki, MRA 1998 p. 56/57 ; David Lachat, Le bail à loyer, p. 339 n. 21, SVIT-Kommentar Mietrecht ad art. 269c CO n° 11 et note David Lachat in DB 10/1998 n° 18 p. 23 qui admet que l'on prévoit d'abord une période d'échelonnement, puis d'indexation et inversément.

⁷⁵ Sur l'ensemble de la question, cf. David Lachat, Le bail à loyer, p. 264 ss

⁷⁶ Modification de l'OBLF du 26.6.1996, entrée en vigueur le 1^{er} août 1996 (RO 1996 II p. 2120 s), qui rend caduques les décisions antérieures (ATF 121 III 6/8 ; 118 II 133) qui exigeaient que les motifs figurent dans l'avis de majoration lui-même.

⁷⁷ ATF n. p. du 15.6.98 c. 3b p. 7 repris in DB 11/1999 n° 17 p. 22

compréhension du locataire de bonne foi⁷⁸. Le bailleur ne peut se prévaloir dans le même avis de plusieurs facteurs qui s'excluent, tels les loyers du quartier et la hausse des coûts⁷⁹.

Sur la base de ces principes, le Tribunal fédéral a confirmé une décision cantonale jugeant nulle une majoration de loyer comportant comme indication de motifs, « Augmentation conforme aux art. 269 et 269a lettre b CO, ainsi qu'aux art. 1 et ss de l'OBLF - Travaux de rénovation - . Selon notre courrier du 21 mars 1995 ». Ce libellé a été considéré difficilement compréhensible pour les locataires, car il mêle des dispositions légales à un motif déterminé de hausse (travaux de rénovation) exprimé laconiquement ; les mentions recouvrent indifféremment des critères de rendement, de hausses des coûts, des prestations supplémentaires ainsi qu'un renvoi global à la totalité des dispositions de l'OBLF. Il a été admis qu'il n'apparaissait pas « excessif, dans l'optique de l'information due au locataire, de l'économie de la procédure et de la prévention du contentieux judiciaire, d'exiger que la bailleuse procède au calcul de la majoration de loyer, en choisissant sans ambiguïté la méthode de calcul qu'elle adopte, plutôt que de différer ce choix dans l'attente d'une éventuelle contestation, puis de la moduler en fonction des aléas de la procédure. »⁸⁰.

4.2 Validité d'une réserve de hausse

Selon la jurisprudence constante, le bailleur qui n'adapte que partiellement le loyer doit indiquer quels facteurs de hausse il entend réserver, et dans quelle mesure il n'entend pas utiliser en plein l'un des critères invoqués⁸¹. De plus, l'art. 18 OBLF prescrit l'obligation de chiffrer le montant de la majoration réservée. La réserve de hausse constitue une déclaration de volonté, susceptible d'être interprétée selon le principe de la confiance, de la façon dont le destinataire peut la comprendre de bonne foi.

En application de ces principes, la seule mention d'une réserve de hausse de 6%, assortie de la précision qu'il n'a été tenu compte que partiellement de l'évolution de l'intérêt du taux hypothécaire, de l'indice suisse des prix à la consommation et des charges, constitue une réserve globale, partant nulle. Elle ne permet pas de déterminer la mesure dans laquelle la bailleuse a tenu compte de chacun des facteurs⁸².

4.3 Effets d'une nullité pour vice de forme

Lorsque la hausse de loyer est nulle pour vice de forme, le bailleur n'est pas présumé avoir renoncé aux motifs de hausse dont il s'était prévalu ; il peut en conséquence la renouveler pour les mêmes motifs avec effet à la date de la dernière fixation de loyer pour l'examen des facteurs relatifs en cas d'application de cette méthode⁸³. La nullité pour vice de forme

⁷⁸ ATF 121 III 6/10

⁷⁹ ATF 121 III 6/11

⁸⁰ ATF n. p. du 15.6.98 repris in DB 11/1999 n° 17 p. 22

⁸¹ ATF 117 II 161/162

⁸² DB 11/1999 n. 16 p. 22 (ATF n. p. du 21.07.1997)

⁸³ SJ 1999 I 379 ss; ATF 124 III 245/247

n'entraîne pas la péremption des droits du bailleur de sorte que la nouvelle hausse pourrait même intervenir pour la même échéance contractuelle si la notification intervient dans le délai légal (art. 269d al. 1 CO, 2^{ème} phrase).

A titre d'exemple, si la nullité d'une majoration de loyer fondée sur des facteurs absolus à l'issue d'une période d'échelonnement a été prononcée judiciairement pour vice de forme, le bailleur conserve le droit d'invoquer le rendement insuffisant pour l'examen de la validité d'une nouvelle hausse⁸⁴.

4.4 Non respect du délai pour saisir le juge

Dans une décision récente, le Tribunal fédéral a retenu que le droit à l'augmentation de loyer du bailleur, resté inactif après l'échec de la tentative de conciliation (274f CO), était périmé pour le même terme de résiliation en raison de l'identité de la prétention. En revanche, le bailleur est recevable à notifier un nouvel avis de majoration pour les mêmes motifs, mais pour l'échéance contractuelle suivante, car l'objection tirée de l'identité des prétentions n'est pas réalisée dans ce cas⁸⁵.

L'arrêt cité ne règle cependant pas une troisième hypothèse, selon laquelle le bailleur notifierait pour le même terme une nouvelle hausse, mais fondée sur d'autres motifs, tels des facteurs absolus si les conditions à leur invocation en cours de bail étaient réalisées, par exemple après une reconduction tacite d'un bail échelonné ou indexé. La péremption du droit à la hausse se réduit-elle à l'identité des motifs ou porte-t-elle sur le principe même de la hausse quelle que soit sa motivation ? Sous l'angle du critère de l'identité qui a fondé la décision précitée, il faut considérer que, si une majoration intervient pour le même terme, mais avec une motivation différente, la prétention du bailleur serait recevable.

4.5 La majoration consensuelle de loyer

Le Tribunal fédéral a récemment confirmé sa jurisprudence⁸⁶ aux termes de laquelle le bailleur est dispensé de l'usage de la formule officielle en cas de majoration consensuelle de loyer, moyennant respect de certaines conditions cumulatives et restrictives afin de ne pas éluder le but de protection que la loi confère au locataire. Le locataire doit avoir pleinement accepté la hausse de son loyer, il doit avoir eu connaissance de son droit de contestation et y avoir renoncé de son plein gré et non sous la pression, en particulier d'une résiliation. La seule signature apposée par le locataire sur un avenant au bail préparé par le bailleur ne permet ainsi pas de conclure à la réalisation de ces conditions⁸⁷.

⁸⁴ SJ 1999 I 379/381

⁸⁵ ATF 124 III 245/248, le TF après avoir analysé la position divergente de la doctrine sur la question, a suivi l'opinion exprimée par Higi, Commentaire zurichois, n. 86/87 ad art. 274f CO et celle du Tribunal cantonal vaudois (cf. CdB 4/95 p. 124 s). Pour une critique de cet arrêt, cf. note de Bénédicte Foëx, DB 11/99 n° 26 p. 36 qui approuve la solution dans son résultat, mais constate une motivation incomplète sur la base légale qui fonde la décision.

⁸⁶ ATF 123 III 70 s, JT 1998 I 8, ATF n. p. du 28 mars 1995, repris in MP 1995 p. 145 s et MRA 1995 p. 256 ss

⁸⁷ ATF n. p. du 28.8.98, repris in CdB 1/1999 p. 13/15, DB 11/1999 n°18 p. 23

Le Tribunal fédéral motive son opinion par le fait que l'existence d'un intérêt public à une prohibition générale des loyers abusifs doit être niée, puisqu'il n'y a pas de contrôle officiel des loyers. La liberté contractuelle n'est donc pas restreinte par les dispositions sur les loyers abusifs, dans la mesure où le locataire peut accepter de payer, consciemment et de son plein gré, un loyer objectivement trop élevé pour l'objet du bail⁸⁸.

Ces principes ont néanmoins été fixés alors que les litiges ont, en définitive, été réglés sous l'angle de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). A cet égard, il faut tenir compte de la nature de la modification contractuelle affectée du vice et des circonstances qui l'entourent pour déterminer dans quelles conditions un locataire peut se prévaloir, après des années, de la nullité de la hausse et réclamer les prestations versées en trop. Le formalisme protecteur de la loi trouve ainsi ses limites dans le principe de la bonne foi⁸⁹.

Ces décisions prêtent à une certaine confusion au regard notamment du caractère impératif des normes qui imposent, sous peine de nullité, l'usage de la formule officielle.

En fixant les conditions d'admissibilité d'une majoration consensuelle de hausse de loyer sans usage de la formule officielle, le Tribunal fédéral laisse entendre que les exigences posées par l'art. 269d CO seraient de nature dispositives dans cette hypothèse.

Or, ces principes ne sont pas transposables sans autre en matière de fixation de loyer initial dans les cantons qui ont imposé l'usage de la formule officielle (art. 270 al. 2 CO). Le contrat étant par essence consensuel, la renonciation à l'usage de la formule officielle par les parties n'est pas possible, en raison du caractère impératif de la disposition.

En l'espèce, le recours à l'abus de droit pour les cas soumis à examen suffisait à fonder les solutions retenues sans qu'il y ait lieu d'établir que, préalablement, les parties avaient voulu déroger à la forme prescrite, ni dans quelles conditions elles étaient en droit d'y déroger. L'acte affecté du vice reste ainsi nul, mais c'est l'invocation de cette nullité, consentie en pleine connaissance, qui est contraire au principe de la bonne foi.

Dans l'une des affaires citées, le Tribunal fédéral a précisément relevé que le jugement entrepris ne contenait aucune constatation de fait sur la connaissance que le locataire avait de la possibilité de contester la hausse de loyer ni sur les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat et de conclure « que la question peut rester ouverte de savoir si et à quelles conditions une renonciation exceptionnelle au respect des règles de forme aurait été possible... ». Dans ce cas particulier, le Tribunal fédéral a relevé que ce qui plaquait en faveur de l'abus de droit à invoquer le vice de forme, était avant tout le fait que les demandeurs, « rompus aux affaires, ont sans réserve et pendant plusieurs années, payé le loyer convenu ...et que partant, la défenderesse, respectivement son prédécesseur, n'avait aucune raison de douter de la validité de l'accord intervenu... »⁹⁰.

⁸⁸ ATF 123 III 70/73, JT 1998 8/11

⁸⁹ Cf. Pierre Wessner qui approuve la solution retenue, en relevant toutefois que l'admissibilité de majorations consensuelles de loyer doit rester l'exception, in DB 11/1999 n. 18 p. 24, voir aussi Rohrer, Keine Formularpflicht bei einvernehmlich vereinbarter Mietzinserhöhung ohne Formular ? in MRA 1995 p. 295 ss ; contra Brunner/Stoll, Mietzinserhöhung ohne Formular ? Bemerkungen zur konsensualen Mietzinserhöhung, in MP 1996 p. 1 ss ; David Lachat, La pratique récente en matière de loyers, p. 4.

⁹⁰ ATF 123 III 70/74/75, JT 1998 I 8/12/13

Chapitre V : Les baisses de loyer

5.1 Les points de référence

La détermination de la dernière fixation de loyer

La jurisprudence la plus récente a réaffirmé qu'une demande de diminution de loyer, au sens de l'art. 270a al. 1 CO, s'apprécie selon la méthode relative⁹¹; le locataire ne peut se prévaloir que des modifications des bases de calcul intervenues depuis la dernière fixation du loyer, l'art. 13 al. 4 OBLF ne modifiant en rien cette règle⁹². Les accord, jugement, transaction ou augmentation de loyer non contestés constituent des limites à la prise en compte d'une variation antérieure du taux de l'intérêt hypothécaire, dans la mesure où ces actes portent sur ce facteur.

Il faut entendre par dernière fixation du loyer servant de référence pour déterminer la variation des charges, en dehors de la détermination du loyer en début de bail, la modification effective du montant du loyer correspondant à une adaptation à de nouvelles bases de calcul, soit la fixation d'un nouveau montant.

Une modification du bail qui ne remet pas en cause le montant du loyer ne saurait servir de point de référence pour juger de l'admissibilité d'une majoration postérieure.

Un avis modifiant les bases de calcul du loyer et procédant à une comptabilisation différente des charges de chauffage et d'eau chaude qui reste sans incidence sur le montant du loyer ne constitue pas une nouvelle fixation de loyer, susceptible de servir de point de référence pour juger de l'admissibilité d'une adaptation postérieure⁹³.

La détermination de la fixation du loyer contesté

Toute demande d'adaptation du loyer à la hausse ou à la baisse ne peut avoir lieu, aux termes de la loi, que pour « le prochain terme de résiliation »; il en découle que les avis, respectivement demandes y relatives doivent toujours se référer à un terme déterminé de résiliation et respecter le délai de congé (art. 269d al. 1 et 270a al. 1 CO).

Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a fixé de manière objective le moment de référence pour la détermination des critères de fixation du loyer.

Dans cette perspective, la date déterminante à laquelle l'adaptation du loyer doit être calculée pour juger de son admissibilité par rapport à la date de la dernière fixation de loyer, n'est pas celle de son entrée en vigueur⁹⁴, ni celle de sa notification, mais celle à laquelle la déclaration

⁹¹ Une exception à ce principe en cas de sortie d'une période d'indexation ou d'échelonnement, même en cas de reconduction tacite, le locataire peut se prévaloir du rendement excessif cf. ci-dessus chapitre I, le rendement excessif, 1.1 cas d'application.

⁹² ATF 124 III 67/68,69, JT 1999 I 111/113

⁹³ ATF 126 III 124/127; SJ 1985 389 (ATF n. p. du 5 mars 1985); ATF 108 II 135

⁹⁴ Le Tribunal fédéral retenait cette date dans sa jurisprudence antérieure à 1987.

de hausse ou la demande de baisse doit, au plus tard être communiquée au destinataire, soit le dernier jour où la communication peut être remise à la poste, afin d'atteindre le cocontractant avant le début du délai de résiliation.

En conséquence, il ne faut prendre en considération que les critères qui, à cette date, sont connus avec certitude des parties et entrent en vigueur au plus tard au terme de résiliation⁹⁵.

Le Tribunal fédéral a voulu par ce biais rattacher les critères de fixation de loyer à un moment objectivement déterminable, plutôt qu'à une date choisie arbitrairement par les parties⁹⁶. La date effective de la demande de modification de loyer n'est donc pas nécessairement la date de référence pour la prise en considération des critères connus permettant la comparaison.

Il en résulte que, lors d'une demande de diminution de loyer, le moment de référence pour le calcul de l'adaptation du loyer ne sera ni la date de la demande effective du locataire, ni la réponse du bailleur, mais une date de référence objective pour les deux parties, basée sur la théorie d'une réception fictive de la demande au dernier jour admissible de notification de la résiliation.

La portée de cette jurisprudence, même si les considérations du Tribunal fédéral portent sur les adaptations de loyer en général, doit être relativisée en ce qu'elle concerne principalement les demandes de baisses de loyer pour lesquelles le moment de la connaissance des bases de calcul doit être déterminé, plusieurs dates pouvant être prises en considération.

En ce qui concerne les majorations de loyer qui doivent répondre aux exigences de forme prévues par la loi (art. 269d al. 1 et 2 CO), comme le bailleur reste lié par les motifs de hausse invoqués pour la suite de la procédure⁹⁷, ce n'est qu'exceptionnellement qu'il peut se prévaloir d'un critère de fixation à venir, s'il est certain, qu'il l'a mentionné dans l'avis et qu'il intervient effectivement entre la notification du nouveau loyer et la date de sa prise d'effet, comme par exemple, une majoration du taux hypothécaire annoncée par la banque cantonale et connue au moment de la fixation du loyer, mais prenant effet pour le terme de résiliation. En revanche, sur la base de cette jurisprudence, le bailleur qui notifie longtemps à l'avance une majoration de loyer, alors que survient une baisse du taux hypothécaire avant le dernier jour utile pour notifier la majoration pour l'échéance contractuelle, se verra imposer par le juge le report du moment déterminant à la dernière date possible pour la notification de la hausse, et cela même si le locataire n'a pas sollicité de baisse de son loyer⁹⁸.

⁹⁵ ATF 122 III 20/23, 24, JT 1996 I 601/602, 603 ; le locataire peut donc intégrer une modification du taux hypothécaire connue le dernier jour auquel la notification de la prétention peut intervenir, mais qui entrera en vigueur ultérieurement, toutefois avant l'échéance du terme de résiliation.

⁹⁶ Cette jurisprudence rencontre l'approbation de la majorité de la doctrine; cf. ATF 122 III 23/24 pour les réf. citées ; à relever une note critique d'Isabelle Bieri, in DB 8/1996 n° 26 p. 28 qui relativise l'utilité et la nécessité de ce procédé qui soulève des difficultés d'ordre pratique notamment ; cf. aussi le commentaire de Peter Münch, in RJB 1996 p. 350-351

⁹⁷ ATF 118 II 130, JT 1993 I 143, spéc. 144

⁹⁸ Bernard Corboz, note in SJ 1993 217/218 qui préconisait cette solution depuis longtemps.

5.2 Acceptation tacite d'une baisse de loyer

La signification sur formule officielle par le bailleur d'une baisse de loyer n'implique pas que le locataire renonce à exiger ultérieurement une baisse plus étendue sans être lié par les modifications des bases de calcul intervenues lors de la diminution du loyer fixée unilatéralement par le bailleur⁹⁹.

Sous l'angle du principe de la confiance qui régit la méthode relative, à l'instar du créancier qui ne renonce pas au solde de sa créance par l'acceptation d'une prestation partielle de la part de son débiteur, le locataire qui accepte tacitement une offre de baisse de loyer ne renonce pas à réclamer une réduction plus importante, car son silence à la réception de la baisse de loyer ne le lie pas¹⁰⁰. Cette conclusion est renforcée par le fait que le bailleur est seul à détenir les documents relatifs aux bases de calcul du loyer¹⁰¹.

En rapport avec l'objection des bailleurs relative à la péremption du droit des locataires qui n'ont pas contesté l'avis de baisse notifié sur formule officielle, le Tribunal fédéral a rappelé que le bailleur n'est pas tenu d'observer une forme particulière lorsqu'il accorde une diminution de loyer et que la péremption d'un droit ne se produit que si la loi le prévoit expressément.

Au regard de la jurisprudence relative aux majorations consensuelles de loyer, la solution retenue serait naturellement différente, si les parties avaient convenu d'une modification consensuelle du loyer, en envisageant également la question de son caractère abusif.

5.3 Nature de la procédure préalable à la demande de baisse de loyer

La procédure préalable à une demande de baisse de loyer prévue par l'art. 270a al. 2 CO a pour but d'amener les parties à un échange de vues sur le loyer avant l'introduction d'une procédure devant l'autorité. Il en découle qu'elles n'ont pas l'obligation de se déterminer définitivement à ce stade et qu'elles ne sont pas ultérieurement liées par leurs déclarations, que celles-ci portent sur les montants en jeu ou les motifs invoqués, si la procédure est introduite devant l'autorité. Les prescriptions de cette disposition sont qualifiées globalement de règles d'ordre par le Tribunal fédéral¹⁰².

Cela ne signifie pas pour autant que le locataire pourrait se dispenser de la procédure de concertation préalable prévue par l'art. 270a al. 2 CO. Le respect de la forme écrite par le locataire dans la phase préalable est plus qu'une prescription d'ordre dans la mesure où le législateur opte délibérément pour la forme écrite - « le locataire doit adresser par écrit sa demande de diminution de loyer au bailleur... » - ce qui permet de déterminer la prise d'effet de la diminution pour le prochain terme de résiliation tel que prévu par l'art. 270a al. 1 CO; aussi, une requête de baisse de loyer adressée directement à l'autorité de conciliation sans

⁹⁹ ATF 124 III 67, SJ 1998 361, JT 1999 I 111

¹⁰⁰ Brunner/Stoll, Die Mietzinsherabsetzung, MP 1993 p. 99 ss, 127

¹⁰¹ David Dürr, Mietzinsherabsetzung und Einrede des nicht übersetzten Ertrags, RSJ 1995 p. 265 ss, 269

¹⁰² ATF 122 III 20/24, JT 1996 I 601/604

avoir été précédée de la phase préalable de concertation risquerait de se heurter à une décision d'irrecevabilité.

5.4 Modifications des bases de calcul en cours de procédure

L'art. 270a al. 3 CO prévoit une exception au respect de l'application de l'alinéa précédent, soit lorsque le locataire qui conteste une augmentation de loyer en demande simultanément la diminution ; cette disposition n'a en effet plus de sens, selon le Tribunal fédéral, si les parties sont déjà en conflit dans une procédure sur le montant du loyer.

Cette disposition est applicable par analogie lorsque de nouveaux motifs de baisse surviennent alors qu'une procédure en diminution de loyer est déjà pendante devant l'autorité judiciaire pour autant que le droit cantonal de procédure le permette et le locataire le requiert, le juge ne pouvant pas d'office tenir compte des modifications des bases de calcul¹⁰³.

En revanche, le bailleur ne peut en cours de procédure invoquer l'évolution des critères à la hausse pour majorer davantage le loyer ; il doit notifier une nouvelle majoration susceptible de contestation.

5.5 Nullité d'une clause conventionnelle prévoyant un loyer minimum absolu

De manière générale, le système légal de contestation du loyer (art. 270, 270a et 270b CO) ne peut être ni restreint ni exclu conventionnellement en raison du caractère impératif de ces normes. Une disposition contractuelle prévoyant que le locataire s'interdit de contester pour l'avenir un loyer minimal absolu a été jugée nulle par le Tribunal fédéral pour cette raison¹⁰⁴.

Chapitre VI : Divers et procédure

6.1 Le sous-loyer abusif

Récemment le Tribunal fédéral a confirmé que le contrat de sous-location auquel s'appliquent les dispositions des art. 253 ss CO doit être accompagné de la formule officielle pour la fixation du loyer initial dans les cantons qui ont rendu obligatoire sur tout ou partie de leur territoire l'usage d'une telle formule. Un vice de forme tenant au contenu de cet avis ou son absence entraîne, à l'instar de ce qui vaut pour un bail ordinaire, une nullité partielle du contrat (art. 20 al. 2 CO) qui n'est vicié que pour ce qui concerne la fixation du loyer¹⁰⁵.

¹⁰³ ATF 122 III 20/24,25, JT 1996 I 601/604

¹⁰⁴ ATF 125 III 358, SJ 2000 I 80

¹⁰⁵ ATF 124 III 62/64 ; pour une étude globale des questions liées à la sous-location, cf. David Lachat, La sous-location, in SJ 1992 p. 469 ss ; Philippe Nordmann, La sous-location (questions choisies), in 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998 ; Höchli Andreas, Der Untermietvertrag, Zürich 1982.

Cette jurisprudence n'a pas clairement défini quel est le loyer de référence qui doit figurer sur la formule officielle.

Selon la doctrine et le Tribunal fédéral, l'avis doit mentionner le loyer payé par le sous-locataire précédent. Si l'objet est sous-loué pour la première fois, l'avis devrait mentionner celui fixé dans le bail principal pour permettre au sous-locataire de déterminer si les conditions de sous-location sont ou non abusives, puisque le loyer servant de point de comparaison est celui du bail principal.

Si le loyer du bail principal est lui-même abusif et que le locataire principal ne l'a pas contesté, le sous-locataire ne peut se voir opposer le fait que son loyer ne procure pas à son sous-bailleur un rendement abusif alors qu'il le procurerait au bailleur principal, sauf à vider de sa substance les droits du sous-locataire de contester le loyer initial ou les majorations de loyer subséquentes¹⁰⁶.

Si toutefois le loyer initial du sous-locataire et celui du locataire sont identiques, le sous-locataire aura des difficultés sur la seule base de son avis de fixation du loyer initial à déterminer des indices d'abus. Il paraîtrait donc indiqué que l'avis mentionne, outre le loyer initial du locataire principal, celui du précédent locataire. A défaut, le sous-locataire pourrait l'exiger sur la base de l'art. 256a al. 2 CO¹⁰⁷.

6.2 Portée de la maxime inquisitoire à caractère social de l'art. 274d al. 3 CO

Cette disposition, qualifiée de maxime inquisitoire dite sociale, ou de maxime des débats tempérée, vise à protéger la partie économiquement faible¹⁰⁸.

La prescription de l'art. 274d al. 3 CO qui impose au juge d'établir d'office les faits ne dispense cependant pas les parties de lui « présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige », ce qui implique l'obligation d'alléguer les faits et de fournir les preuves. Le devoir du juge consiste à interroger les parties et les informer de leur devoir de collaborer en les invitant à indiquer et produire les preuves nécessaires à établir les faits pertinents. Si une partie y renonce, le juge ne saurait suppléer à sa carence¹⁰⁹.

Sur cette base, un bailleur qui, dans le cadre d'un calcul de rendement, a indiqué la répartition des frais pour l'appartement loué, mais a omis de joindre les pièces justificatives y relatives,

¹⁰⁶ ATF 124 III 62/66 ; cf. aussi CdB 3/96 p. 94/97 (arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève) relatif à une hausse de loyer

¹⁰⁷ Dans l'affaire citée (ATF 124 III 62/66) le sous-loyer avait été majoré de 120% par rapport au loyer du précédent locataire du bail principal, le sous-bailleur n'ayant quant à lui procédé à aucune majoration de loyer dans le bail de sous-location. Pour un commentaire de l'arrêt, cf. François Knoepfler, in DB 10/1998 n° 13 p. 17 s

¹⁰⁸ Cf. sur le sujet en particulier, Jürgen Brönnimann, Gedanken zur Untersuchungsmaxime, RJB 1990, 329/345 ; Hohl, La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg 1994, p. 46 ; Rapp, Autorités et procédure en matière de bail à loyer, 8^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994 p. 13

¹⁰⁹ CdB 1/2000 p. 6/10

s'est vu débouté faute de preuves¹¹⁰. De même, le simple fait d'offrir de produire les pièces déterminantes à un calcul de rendement sans les verser à la procédure, ne satisfait pas à l'obligation de collaboration, le juge n'ayant pas à suppléer à cette carence¹¹¹.

Le Tribunal fédéral a, en revanche, jugé que le tribunal de première instance, respectivement le tribunal cantonal, qui n'avait pas interrogé les parties et exigé d'elles qu'elles lui fournissent les preuves nécessaires, avait violé la prescription de l'art. 274d al. 3 CO¹¹².

6.3 Cadre procédural en cas d'application simultanée des méthodes relative et absolue lors de contestations de hausse et de baisse de loyer

Lorsque le bailleur fonde une majoration de loyer sur des facteurs relatifs, le juge est tenu de restreindre son examen aux facteurs invoqués¹¹³, si le locataire ne sollicite pas un calcul de rendement. Le locataire qui conteste l'augmentation de loyer peut en demander simultanément la diminution (art. 270a al. 3 CO). Dans ce cas, le bailleur peut invoquer l'application de la méthode absolue pour s'opposer à la baisse du loyer. Si le calcul de rendement lui donne raison, le locataire est débouté de ses conclusions. Ce résultat n'autorise cependant pas le bailleur à s'en prévaloir dans la procédure relative à la hausse de loyer. La jurisprudence exclut d'invoquer après coup, en cours d'instance, d'autres motifs de hausse que ceux qui figurent dans l'avis de majoration¹¹⁴. Il en résulte qu'un bailleur peut échouer dans la preuve du bien-fondé d'une hausse de loyer fondée sur la méthode relative alors que la procédure a révélé que la majoration ne lui procurait pas un rendement excessif.

Dans ce contexte, la méthode absolue a une fonction purement défensive qui sert uniquement de correctif à la méthode relative invoquée par le locataire pour fonder sa requête en diminution de loyer¹¹⁵.

La solution aboutit certes à l'application correcte des principes procéduraux qui fixent le cadre des débats en procédure de contestation de loyer, mais conduit à un résultat qui peut se révéler insatisfaisant en équité si le calcul de rendement révèle que la hausse serait admissible. N'y aurait-il pas lieu dans ce contexte particulier d'élargir une nouvelle fois le champ d'application de la méthode absolue ?

Le tribunal doit distinguer l'action en validation de la hausse du loyer de l'action reconventionnelle de baisse du locataire pour ce qui concerne la date de la prise d'effet de l'une et de l'autre. Si le bailleur est débouté et que l'action du locataire est admise, la baisse de loyer est accordée pour le plus prochain terme de résiliation, et non pour le terme prévu dans l'avis de hausse rejeté par le juge.

¹¹⁰ MP 1997 p. 88 (ATF n. p. du 1^{er} mai 1997), repris in DB 10/1998 n° 14 p. 18

¹¹¹ CdB 4/96 p. 111/113

¹¹² CdB 1/2000 p. 6/8

¹¹³ ATF 121 III 364/368

¹¹⁴ ATF 121 III 397/408 ; 117 II 452/457

¹¹⁵ ATF n. p. du 3 mai 1999, extrait n. p. in SJ 1999 I p. 379, Higi, op. cit., n. 509 ch. 3 1^{er} tiret ad art. 269 CO

Conclusion :

Ce tour d'horizon, certes incomplet, permet une fois de plus de mesurer la difficulté à rendre compatible et cohérente une réglementation légale fondée sur deux approches différentes de fixation du loyer. La jurisprudence a développé de nouveaux principes directeurs qui permettent de mieux s'orienter dans les méandres de cette législation. Il demeure néanmoins regrettable que le droit du bail reste aussi obscur et complexe alors qu'il devrait être accessible et compréhensible pour tout un chacun.