

Magister

Valentin André

Le taux de rendement admissible dans le calcul du rendement brut en droit du bail

ISBN 978-3-03916-242-0

Editions Weblaw
Bern 2024

Zitiervorschlag:

Valentin André, Le taux de rendement admissible
dans le calcul du rendement brut en droit du bail,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2024

Le taux de rendement admissible dans le calcul du rendement brut en droit du bail

MEMOIRE DE STAGE

présenté

par

Valentin André

sous la direction de la

Prof. Patricia Dietschy

Lausanne, le 9 juin 2024

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE	II
TABLE DES ARRETS.....	V
TABLE DES ABREVIATIONS.....	VI
I. INTRODUCTION.....	1
II. NOTION DE RENDEMENT DE LA CHOSE LOUÉE.....	2
A. GÉNÉRALITÉS.....	2
B. RENDEMENT NET.....	3
1. <i>Définition.....</i>	3
2. <i>Méthode de calcul.....</i>	3
C. RENDEMENT BRUT	4
1. <i>Définition.....</i>	4
2. <i>Notion de constructions récentes.....</i>	5
3. <i>Méthode de calcul.....</i>	6
III. TAUX DE RENDEMENT ADMISSIBLE.....	9
A. EN MATIÈRE DE RENDEMENT NET	9
1. <i>Selon l'ancienne jurisprudence.....</i>	9
a) Principe.....	9
b) Critiques	10
2. <i>Selon la nouvelle jurisprudence</i>	11
B. EN MATIÈRE DE RENDEMENT BRUT	12
1. <i>Ancien taux de rendement admissible</i>	12
2. <i>Nouveau taux de rendement admissible</i>	13
a) Généralités.....	13
b) Pour un taux de 2 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence	14
c) Pour un taux de 2,6 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence	16
d) Pour un taux de 3,5 % à 4 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence	18
e) Avis personnel	20
IV. CONCLUSION.....	22

Bibliographie

Doctrine

BIERI Laurent, *Le rendement brut de la chose louée*, in PJA 2021, p. 437 (cité : BIERI, p. [...]).

BOHNET François/CARRON Blaise/MONTINI Marino (éditions), *Commentaire pratique : Droit du bail à loyer et à ferme*, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CPra Bail-AUTEUR, art. [...] CO N [...]).

CONOD Philippe, *Loyers, rendements, travaux à plus-value*, in 20^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2018 (cité : CONOD, *Loyers, rendements, travaux à plus-value*, p. [...]).

CONOD Philippe, *Rendement net art. 269 CO ; réévaluation des fonds propres ; taux de rendement des fonds propres (arrêt TF 4A_554/2019)*, in Plateforme internet du centre bail et PPE de l'Université de Neuchâtel, décembre 2020 : www.bail.ch > Newsletter > Liste > Newsletter décembre 2020 (consulté le 2 juin 2024, cité : CONOD, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. [...]).

CONOD Philippe/BOHNET François, *Droit du bail — Fond et procédure*, 2^e éd., Bâle 2021 (cité : CONOD/BOHNET, p. [...]).

ENGEL Pierre, *Contrats de droit suisse*, 2^e éd., Berne 2000 (cité : ENGEL, p. [...]).

HIGI Peter/BÜHLMANN Anton/WILDISEN Christoph, *Art. 269-273c OR, Die Miete*, in SCHMID Jörg (édit.), *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, 5^e éd., Zurich 2022 (cité : ZK-AUTEUR, art. [...] OR N [...]).

LACHAT David, *La fixation du loyer contesté : une jurisprudence à bout de souffle ?*, in sui generis 2021, p. 29 : www.sui-generis.ch > Archiv > 2021 > Privatrecht (consulté le 23 mai 2024, cité : LACHAT, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. [...]).

LACHAT David, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019 (cité : LACHAT/COAUTEUR, p. [...]).

MONTALTO César/RUBLI Xavier, *Loyers abusifs et rendement net*, in Revue de l'avocat 2021, p. 59 (cité : MONTALTO/RUBLI, p. [...]).

MÜLLER Christoph, *Contrats de droit suisse*, Neuchâtel 2021 (cité : MÜLLER C., p. [...]).

MÜLLER Mark, *La fixation du taux de rendement net admissible des fonds propres : pour un changement de jurisprudence*, in CdB 2016 (cité : MÜLLER M., p. [...]).

PIAGET Emmanuel, *Le rendement net de la chose louée*, in 22^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2022 (cité : PIAGET, p. [...]).

ROHRBACH Helen, *L'évolution du droit du bail en Suisse de 1911 à nos jours*, Berne 2014 in Office fédéral du logement OFL www.ofl.admin.ch > Droit du bail > Articles et exposés (consulté le 31 mars 2024, cité : ROHRBACH, p. [...]).

ROHRER Beat, *Konsequenzen aus der Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die zulässige Nettorendite (BGE 147 III 14)*, in MietRecht Aktuell 2021, p. 113 (cité : ROHRER, p. [...]).

SCHWEIZERISCHER VERBAND DER IMMOBILIEN-TREUHÄNDER, *Das Schweizerische Mietrecht : Kommentar (SVIT-K)*, 4^e éd., Zurich 2018 (cité : SVIT-K-AUTEUR, p. [...]).

STASTNY Pierre, *Questions choisies en matière de droit du bail*, in Plaidoyer 2017, p. 36 : www.plaidoyer.ch > Thèmes > Droit privé > Questions choisies en matière de droit du bail (consulté le 26 mai 2024, cité : STASTNY, *Questions choisies*, p. [...]).

STASTNY Pierre, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Nettorendite ; quo vadis ?*, in mp 2021, p. 7 (cité : STASTNY, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. [...]).

TERCIER Pierre, *Hausse des loyers et variation du taux de l'intérêt hypothécaire, à propos de l'ATF 118 II 45*, in Droit de la construction 1992, p. 88 (cité : TERCIER, p. [...]).

TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Fribourg, Lausanne, Neuchâtel 2016 (cité : TERCIER/BIERI/CARRON, p. [...]).

WERRO Franz/THÉVENOZ Luc (édits), *Commentaire romand : Code des obligations I*, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR, art. [...] CO N [...]).

WIDMER LÜCHINGER Corinne/OSER David (édits), *Basler Kommentar : Obligationenrecht I*, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-AUTEUR, art. [...] OR N [...]).

Législation

Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220.

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

Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL) du 30 juin 1972, RO 1972 1531 (abrogé).

Publications officielles

Intervention de Monsieur le Conseiller national Olivier FELLER : *Initiative parlementaire N 14.403 du 11 mars 2014, in Bulletin officiel du Conseil national, année 2015, page 1710* (cité : FELLER, *Initiative parlementaire N 14.403 du 11.03.14, in BO 2015 CN 1710*).

Intervention de Madame la Conseillère nationale Mattea MEYER : *Motion N 22.3185 du 16 mars 2022, in Bulletin officiel du Conseil national, année 2023, page 1813* (cité : MEYER, *Motion N 22.3185 du 16.03.22, in BO 2023 CN 1813*).

Intervention de Monsieur le Conseiller aux États Stefan ENGLER : *Motion N 22.4448 du 15 décembre 2022, in Bulletin officiel du Conseil des États, année 2023, page 984* (cité : ENGLER, *Motion N 22.4448 du 15.12.22, in BO 2023 CE 984*).

Intervention de Monsieur le Conseiller fédéral Guy PARMELIN, *in Bulletin officiel du Conseil national, année 2023, page 1979* (cité : PARMELIN, *BO 2023 CN 1979*).

Sites internet

Association Suisse des Locataires (ASLOCA), *Tabelle des amortissements commune aux associations de bailleurs et de locataires*, Lausanne 2007, *in Association Suisse des locataires ASLOCA : www.asloca.ch > Liens utiles > Tabelle d'amortissements* (consulté le 18 mai 2024, cité : Tabelle des amortissements).

Association Suisse des Locataires (ASLOCA), *Deuxième table ronde du CF Guy Parmelin : du vent !*, 4 avril 2024, *in Association Suisse des locataires ASLOCA : www.asloca.ch > Actualités* (consulté le 8 juin 2024, cité : Deuxième table ronde du CF Guy Parmelin : du vent !)

Autorités judiciaires zurichoises, *communiqué relatif au revirement de jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de calcul de rendement*, *in Zürcher Zivil und Strafgerichte : www.gerichte-zh.ch > Themen > Miete > Mietzinsgestaltung > Missbrauchsriterien > Übersetzter Etrag* (consulté le 4 juin 2024, cité : Communiqué des autorités judiciaires zurichoises).

Office fédéral du logement, *Évolution du taux de référence et du taux d'intérêt moyen*, *in Office fédéral du logement OFL : www.ofl.admin.ch > Droit du bail > Taux de référence* (consulté le 2 juin 2024, cité : Taux d'intérêt hypothécaire de référence publié par l'OFL).

Observatoire du logement, *taux de logements vacants par district au 1^{er} juin*, *in site officiel de l'État de Vaud : www.vd.ch > Thèmes > Territoire et construction > Observatoire du logement > Statistiques en matière de logement > Taux de logements vacants > Statistiques disponibles* (consulté le 7 juin 2024, cité : Taux de logements vacants par district dans le canton de Vaud au 1^{er} juin 2024).

Table des arrêts

Tribunal fédéral

ATF 106 II 170, JdT 1981 I 149 (rés.).

ATF 112 II 149, SJ 1987 I 66 (trad.).

ATF 116 II 594, JdT 1991 I 299 (trad.).

ATF 118 II 124, SJ 1992 I 595 (rés.).

ATF 120 II 100.

ATF 120 II 240, JdT 1995 I 222 (rés.).

ATF 125 III 421.

ATF 133 III 61.

ATF 141 III 245.

ATF 142 III 568.

ATF 147 III 14.

TF, arrêt 4A_35/2008 du 13 juin 2008.

TF, arrêt 4A_198/2014 du 17 juillet 2014.

TF, arrêt 4A_465/2015 du 1er mars 2016.

TF, arrêt 4A_147/2016 du 12 septembre 2016.

TF, arrêt 1C_471/2018 du 7 novembre 2019.

TF, arrêt 4A_470/2009 du 18 février 2020.

TF, arrêt 4A_285/2022 du 16 juin 2023.

TF, arrêt 4A_268/2023 du 20 février 2024.

Tribunaux cantonaux

Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Fribourg, *in mp* 2002, p. 51, du 31 juillet 2001.

Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA19.005612-200840 162 du 1er avril 2021.

Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA18.026836-201080 223 du 6 mai 2021.

Arrêt en ligne de la Chambre des baux et loyers de la Cour de Justice du canton de Genève ACJC/34/2022 du 17 janvier 2022.

Arrêt n. p. du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers (Neuchâtel) PSIM.2019.88 du 16 mai 2022.

Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA20.010041-220490 163 du 20 avril 2023.

Table des abréviations

ACJC	Arrêt de la Cour de Justice
al.	alinéa(s)
AMSL	Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972, RO 1972 1951 (abrogé)
art.	article(s)
ASLOCA	Association Suisse des Locataires
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BO	Bulletin officiel
BSK	Basler Kommentar
c.-à-d.	c'est-à-dire
CACI	Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois
CdB	Cahiers du bail
CE	Conseil des États
CF	Conseiller fédéral
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220
consid.	considérant(s)
CPra	Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
éd.	édition
édit(s)	éditeur(s)

<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>id.</i>	<i>idem</i>
JdT	Journal des Tribunaux
let.	lettre
mp	mietrechtparaxis
N	numéro(s)
n. p.	non publié
OBLF	Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990, RS 221.213.11
OFL	Office fédéral du logement
OR	Obligationenrecht
p.	page
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
rés.	résumé
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
TF	Tribunal fédéral
trad.	traduit
USPI	Union Suisse des Professionnels de l'immobilier
ZK	Zürcher Kommentar

I. Introduction

Le marché du logement est sans doute l'un des sujets les plus controversés actuellement en Suisse¹. Pour cause, il se caractérise depuis maintenant de nombreuses années par une offre faible et par une demande abondante, ce qui a pour conséquence une augmentation constante des loyers². Cette problématique est loin d'être récente puisqu'au sortir de la Seconde Guerre mondiale, la Confédération avait déjà dû prendre des mesures afin de contrôler ces derniers³. Depuis, nos institutions ont toujours tenté de préserver cet équilibre fragile, avec d'un côté les bailleurs, cherchant à maintenir une rentabilité suffisante à leurs investissements et de l'autre, les locataires, revendiquant des loyers adaptés à leur niveau de vie⁴.

En Suisse, le droit du bail autorise un rendement des fonds propres qui peut dépasser d'un faible pourcentage le taux d'intérêt hypothécaire de référence. Pendant longtemps, la jurisprudence a fixé ce pourcentage à 0,5 % au-dessus du taux précité⁵. Toutefois, le 26 octobre 2020, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt de principe mettant fin à cette jurisprudence datant de plus de trente ans. En substance, le TF a estimé qu'en matière de calcul de rendement net, le bailleur pouvait désormais réévaluer le 100 % des fonds propres et que le taux de rendement admissible de ces derniers était désormais fixé à 2 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence pour autant que celui-ci n'excède pas 2 %⁶.

Cet arrêt n'est de loin pas passé inaperçu et a suscité de nombreuses réactions en doctrine, allant de l'indignation à l'approbation enthousiaste⁷. Il n'en demeure pas moins qu'il a laissé certaines questions sans réponse, notamment celle du taux de rendement admissible dans le calcul du rendement brut⁸. En effet, comme nous le verrons, plusieurs auteurs ont estimé que la portée de cet arrêt dépassait clairement celle du rendement net et qu'il était nécessaire de reconsidérer la jurisprudence rendue en matière de rendement brut (*cf. infra* p. 14 ss).

Bientôt quatre années après la parution de cet arrêt de principe, les conséquences de ce dernier sur le rendement brut admissible n'ont toujours pas été examinées par le Tribunal fédéral et cela, au grand dam des autorités judiciaires ainsi que des praticiens. En outre, lors d'un stage effectué au Tribunal des baux du canton de Vaud en septembre 2023, j'ai été forcé de constater que cette problématique n'était de loin que purement théorique et que tant les magistrats que les avocats s'impatientaient de ce que le Tribunal fédéral rende un arrêt mettant fin à l'incertitude générée par ce flou juridique.

Le but de ce mémoire est donc de déterminer quel serait le taux de rendement qui devrait être appliqué en matière de calcul de rendement brut. Pour ce faire, les notions de rendement net ainsi que de rendement brut seront abordées, afin de pouvoir mieux comprendre les différents avis doctrinaux. La problématique du calcul du rendement net sera également présentée, de façon à pouvoir saisir l'influence de celle-ci sur le calcul du rendement brut. Enfin, après nous être intéressés à ce dernier de façon détaillée, nous examinerons les différentes solutions proposées à ce jour par la doctrine et essayerons de déterminer laquelle d'entre elles serait la plus appropriée.

¹ PARMELIN, BO 2023 CN 1979.

² LACHAT, p. 37.

³ ROHRBACH, p. 5.

⁴ PARMELIN, BO 2023 CN 1979.

⁵ ATF 112 II 149, consid. 2b, SJ 1987 I 66 (trad).

⁶ ATF 147 III 14.

⁷ PIAGET, p. 97 et références citées.

⁸ MONTALTO/RUBLI, p. 60.

II. Notion de rendement de la chose louée

A. Généralités

En droit du bail, la notion de rendement de la chose louée s'inscrit dans un cadre plus large qu'est celui de la protection contre les loyers abusifs. À cet égard, l'art. 109 de la Constitution fédérale⁹ impose à la Confédération de légiférer afin de lutter notamment contre ceux-ci. Les art. 269 à 270e du Code des obligations¹⁰ (ci-après : CO) et les art. 10 à 20 de l'Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux¹¹ (ci-après : OBLF) répondent à cet objectif en réglementant le caractère abusif des loyers et en instaurant des règles sur la possibilité de contester ceux-ci. En matière de rendement de la chose louée, deux dispositions sont cardinales : les art. 269 et 269a let. c CO.

Aux termes de l'art. 269 CO, « *les loyers sont abusifs lorsqu'ils permettent au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'ils résultent d'un prix d'achat manifestement exagéré* ». En d'autres termes, un loyer doit être qualifié d'abusif dans deux hypothèses, soit lorsque le rendement de la chose louée est excessif ou soit lorsqu'un loyer, admissible en soi, résulte d'un prix d'achat manifestement exagéré.

Quant à l'art. 269a CO, il contient un catalogue de six présomptions réfragables quant au caractère non abusif du loyer au sens de l'art. 269 CO¹². En particulier, l'art. 269a let. c CO dispose que les loyers des constructions récentes ne sont pas abusifs lorsqu'ils se situent dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais. Ainsi, le législateur, prévoyant que le rendement net de l'art. 269 CO risquait de freiner la construction de nouveaux logements, a introduit la possibilité pour les constructions récentes de calculer le loyer en fonction du critère du rendement brut, celui-ci permettant au bailleur d'obtenir un rendement supérieur à celui autorisé par les autres critères légaux¹³.

Tant le rendement net (art. 269 CO) que le rendement brut (art. 269a let. c CO) sont des critères de fixation du loyer se fondant sur les coûts (*Kostenmiete*) et non sur le prix du marché (*Marktmiete*)¹⁴. De plus, ces deux critères sont absous, en ce sens qu'ils ne tiennent pas compte des accords antérieurs entre les parties ; on leur oppose ainsi les critères de fixation du loyer relatifs, qui impliquent une comparaison entre la situation lors de la dernière fixation du loyer et la situation actuelle, c.-à-d. celle au moment où le loyer est contesté¹⁵.

Selon la doctrine, le rendement est un rapport, généralement exprimé en pour cent, entre les revenus que l'on peut tirer d'une chose et son prix¹⁶. Ainsi, en droit du bail, le rendement d'un immeuble se définit comme le rapport entre les loyers qu'il produit et sa valeur ou son prix¹⁷. Suivant que les revenus concernés incluent ou non les charges, on parle de rendement brut ou net¹⁸.

⁹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

¹⁰ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220.

¹¹ Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990, RS 221.213.11.

¹² ATF 133 III 61, consid. 3.2.2.2.

¹³ TF, arrêt 4A_465/2015 du 1^{er} mars 2016, consid. 5.6.1.

¹⁴ ATF 120 II 240, consid. 2.

¹⁵ CPra Bail-BOHNET, Intro. art. 269-270e CO N 12 ; MÜLLER C., p. 351.

¹⁶ LACHAT/STASTNY, p. 531.

¹⁷ CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 3.

¹⁸ *Id.*, N 4.

B. Rendement net

1. Définition

Le rendement déterminant au sens de l'art. 269 CO est, selon la jurisprudence, le rendement net des fonds propres investis par le propriétaire¹⁹. Il se définit comme le rapport entre les loyers nets, soit après déduction de toutes les charges, et l'investissement personnel consenti par le bailleur, soit les fonds propres²⁰.

Ainsi, un loyer est abusif lorsqu'il procure au bailleur un revenu excessif par rapport à l'investissement qu'il a consenti. Dans cette définition, la notion de rendement joue un rôle capital dans l'appréhension du caractère abusif ou non du loyer²¹. Toutefois, alors que la notion de prix d'achat manifestement exagéré fait l'objet d'un développement à l'art. 10 OBLF, celle du rendement n'est pas évoquée dans cette ordonnance et la méthode de calcul pour déterminer le seuil d'un rendement excessif est prétorienne²².

2. Méthode de calcul

Concrètement, le revirement de jurisprudence du 26 octobre 2020 ne remet pas entièrement en cause la méthode de calcul utilisée de longue date par le Tribunal fédéral. En outre, seuls la réévaluation du montant des fonds propres investis ainsi que le taux de rendement admissible ont été impactés par ce changement. Partant, elle continue de s'appliquer *mutatis mutandis* aux calculs de rendement net actuels.

Il découle de la jurisprudence constante du TF qu'il y a lieu de procéder en sept étapes pour déterminer le rendement net²³ :

On commence par déterminer tous les coûts d'investissement effectifs (aussi appelés prix de revient) de l'immeuble (*étape 1*). Il convient ensuite d'en déduire le montant des fonds empruntés, ce qui permet d'obtenir le montant des fonds propres investis par le bailleur (*étape 2*). Ce montant doit ensuite être réévalué afin de tenir compte du renchérissement en fonction de l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation (*étape 3*)²⁴. Une fois réévalué, on applique au montant obtenu le taux de rendement admissible, permettant ainsi de déterminer le rendement admissible des fonds propres réévalués (*étape 4*, cf. *infra* p. 10). On ajoute ensuite à ce montant l'ensemble des charges immobilières annuelles, c.-à-d. les charges financières, les charges courantes et les charges d'entretien (*étape 5*), puis on « *ventile* » ce résultat appartement par appartement afin d'obtenir le loyer admissible de la chose louée. Cela peut être fait au *pro rata* de la surface, mais aussi du nombre de pièces ou encore du volume des logements (*étape 6*)²⁵. Enfin, on finit par comparer le loyer annuel admissible obtenu avec le loyer actuel, permettant ainsi de déterminer si ce dernier est abusif et, le cas échéant, s'il doit être réduit (*étape 7*).

¹⁹ ATF 142 III 568, consid. 2.1 ; ATF 141 III 245, consid. 6.3.

²⁰ CONOD/BOHNET, p. 143.

²¹ CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 1.

²² LACHAT, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. 30.

²³ Confirmé dernièrement in ATF 147 III 14, consid. 7.1 ; voir également : TF arrêt 4A_147/2016 du 12 septembre 2016, consid. 2 ; TF arrêt 4A_465/2015 du 1^{er} mars 2016, consid. 4.3-4.5 ; ATF 141 III 245, consid. 6.3-6.6.

²⁴ Depuis le revirement de jurisprudence, le 100% des fonds propres doit désormais être réévalué (contre 40% précédemment, ATF 147 III 14, consid. 8.3).

²⁵ Lorsque l'habitation ou le local commercial se trouve dans un immeuble, le rendement de l'immeuble entier est sans pertinence (ATF 125 III 421, consid. 2d).

Cette méthode de calcul est parfois qualifiée par certains de complexe, tout particulièrement pour les personnes peu familières aux subtilités de l'économie immobilière²⁶.

Sur la base de la jurisprudence précitée ainsi que de la doctrine²⁷, le calcul du rendement net peut être exprimé algébriquement par les deux formules suivantes :

$$FP \times (TIH + TRA) + C = RA \quad \text{où} \quad FP = \text{Fonds propres investis réévalués}$$

$$\frac{RA}{SI} \times SL / 12 = LA$$

	TIH = Taux d'intérêt hypothécaire de référence
	TRA = Taux de rendement admissible
	C = Charges immobilières annuelles
	RA = Revenu locatif annuel admissible pour l'immeuble
	SI = Total des surfaces destinées à la location dans l'immeuble
	SL = Surface des locaux litigieux
	LA = Loyer mensuel net admissible

C. Rendement brut

1. Définition

Pour rappel, les loyers de constructions récentes ne sont pas abusifs lorsqu'ils se situent dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais (art. 269a let. c CO). Par ailleurs, l'art. 15 al. 1 OBLF précise que : « *le rendement brut au sens de l'art. 269a let. c CO est calculé sur la base des frais d'investissement* ». Force est de constater que la notion de frais d'investissement (aussi appelés prix de revient par la doctrine) n'a pas été définie par le législateur ou le Conseil fédéral. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le prix de revient au sens de l'art. 269a let. c CO se définit comme « *les investissements du constructeur d'un nouvel immeuble ou de l'acquéreur directement après l'achèvement de celui-ci* »²⁸. La doctrine précise qu'il correspond au prix du terrain et au coût de la construction, mais également que, dans l'hypothèse d'un immeuble déjà construit, le prix d'achat est déterminant²⁹. Certains auteurs estiment que d'autres dépenses liées à la construction doivent être également prises en considération dans l'estimation du prix de revient³⁰.

Quant à l'art. 15 al. 2 OBLF, il exclut du calcul du rendement brut les frais d'acquisition ou de construction manifestement exagérés. Selon la jurisprudence, dans un tel cas de figure, il

²⁶ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 269 OR N 516-518 ; *contra* : LACHAT/STASTNY, p. 564 ; CONOD/BOHNET, p. 151.

²⁷ Voir notamment : LACHAT/STASTNY, p. 566.

²⁸ ATF 116 II 594, consid. 5d, JdT 1991 I 299 (trad.).

²⁹ LACHAT/STASTNY, p. 619 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 104.

³⁰ SVIT-K-ROHRER, p. 789 ; LACHAT/STASTNY, p. 538.

convient de corriger les éléments trop élevés en les ramenant au niveau du prix du marché³¹. Pour ce faire, on ne saurait se référer aux loyers usuels, dans la mesure où l'art. 269a let. c CO permet expressément de fixer le loyer au-delà de ces derniers. La doctrine propose ainsi de comparer le prix de revient effectif de l'immeuble et le coût usuel des terrains à proximité, majoré du prix de construction du moment pour des immeubles comparables à leur valeur intrinsèque³². Il sied toutefois de relever que la notion de « *manifestement exagérée* » ne doit pas être interprétée trop largement, en ce sens qu'il est communément admis qu'un écart d'environ 10 % par rapport au prix du marché doit être considéré comme acceptable³³. La preuve d'un éventuel prix d'achat ou frais de construction manifestement exagérés incombe au locataire³⁴. Toutefois, dans la mesure où les documents permettant de prouver cet état de fait se trouvent en main du bailleur, la jurisprudence impose à ce dernier de présenter au tribunal les différentes pièces demandées³⁵.

Selon le Tribunal fédéral, la *ratio legis* de cette disposition est d'empêcher que la législation en matière d'abus dans le secteur locatif (tout particulièrement l'art. 269 CO) engendre une diminution des activités dans le domaine de la construction immobilière³⁶. En outre, elle permet de favoriser la construction de nouveaux logements dont le rendement est souvent inférieur aux frais d'investissement durant les premières années qui suivent la fin des travaux³⁷. Cet article constitue dès lors une exception à l'art. 269 CO, en ce sens qu'il assure au constructeur ou au premier acquéreur d'un bâtiment neuf, en tant que bailleur, un rendement approprié qui peut se révéler supérieur aux loyers usuels³⁸.

Toutefois, indépendamment du but premier de cette disposition, une partie de la doctrine met en avant l'utilité du calcul du rendement brut face à celui du rendement net s'agissant des constructions récentes. Entre autres, le critère du rendement net au sens de l'art. 269 CO ne saurait être appliqué aux constructions récentes, dans la mesure où il n'existe encore aucune valeur concrète connue pour les charges d'entretien et les frais d'exploitation, qui doivent donc être calculés sur la base de forfaits³⁹. De plus, contrairement aux immeubles plus anciens, le prix de revient d'une construction récente est encore facilement déterminable, ce qui plaide en faveur de l'utilisation de ce critère⁴⁰.

2. Notion de constructions récentes

Le texte de l'art. 269a let. c CO est clair et limite l'application du rendement brut permettant de couvrir les frais aux constructions récentes. Une construction doit être qualifiée de récente lorsqu'il est encore facilement possible d'en déterminer le prix de revient, ce qui est le cas, selon la doctrine majoritaire, pour les immeubles construits il y a moins de dix ans⁴¹.

³¹ ATF 106 II 170, consid. 6c, JdT 1981 I 149 (rés.).

³² LACHAT/STASTNY, p. 619 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 104.

³³ CONOD/BOHNET, p. 134.

³⁴ SVIT-K-ROHRER, p. 790 ; LACHAT/STASTNY, p. 622.

³⁵ ATF 142 III 568, consid. 2.1 ; ATF 106 II 170, consid. 6b, JdT 1981 I 149 (rés.).

³⁶ ATF 118 II 124, consid. 4a, SJ 1992 I 595 (rés.).

³⁷ ATF 118 II 124, consid. 4a, SJ 1992 I 595 (rés.).

³⁸ ATF 116 II 594, consid. 7b, JdT 1991 I 299 (trad.).

³⁹ SVIT-K-ROHRER, p. 785.

⁴⁰ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO.

⁴¹ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 269a OR N 146 ; LACHAT/ STASTNY, p. 619 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 101 ; plus nuancé : CONOD/BOHNET, p. 134.

Pour d'autres auteurs en revanche, une construction devrait être considérée comme récente lorsqu'elle n'a pas plus de quinze, voire vingt-cinq ans⁴². En outre, dans la mesure où un immeuble neuf ne nécessite normalement pas de travaux d'entretien durant les dix premières années qui suivent sa construction⁴³, seuls peuvent être représentatifs les frais d'entretien et d'exploitation engendrés entre la onzième et la quinzième année⁴⁴. Selon nous, il semble dès lors cohérent d'appliquer le critère du rendement brut aux immeubles construits il y a moins de quinze ans.

Enfin, un immeuble qui vient d'être entièrement rénové doit être assimilé à une construction récente⁴⁵. En effet, après un assainissement total d'un bâtiment, il devient compliqué, voire impossible, de déterminer le nouveau montant du loyer au sens de l'art. 269 CO, dans la mesure où un nouveau calcul des frais d'entretien et d'exploitation s'impose⁴⁶. Partant, le critère du rendement brut lui est également applicable, et ce, pendant les quinze années qui suivent sa rénovation⁴⁷.

3. Méthode de calcul

La doctrine définit le rendement brut comme étant le rapport, exprimé en pour cent, entre le loyer net de l'objet loué et son prix de revient⁴⁸. La notion de prix de revient a déjà été précédemment détaillée (*cf. supra* p. 4). Quant au loyer net de l'objet loué, il convient de distinguer deux situations : dans la première, lorsque les loyers de l'immeuble sont homogènes, le calcul peut être fait en rapportant l'état locatif global au prix de revient de l'immeuble⁴⁹. Dans la seconde, lorsqu'il existe des disparités dans l'état locatif (p. ex. un immeuble composé d'appartements dont le nombre de pièces diffère), il convient de rapporter le loyer du logement concerné à son prix de revient ; le principe étant que le rendement admissible doit être déterminé séparément pour chaque appartement dans la mesure où seuls les coûts individuels effectifs peuvent être pris en compte⁵⁰. En définitive, cette dernière situation semble rester la plus fréquente en pratique, tant il est rare qu'un bâtiment à usage locatif soit construit avec des appartements dont les surfaces, respectivement, le nombre de pièces, soient identiques.

En substance, ce qui distingue fondamentalement le calcul du rendement brut (art. 269a let. c CO) du calcul du rendement net (art. 269 CO), c'est que l'on va prendre en compte l'ensemble du capital investi, c.-à-d. sans distinguer la part financée par des fonds propres de celle financée au moyen de fonds empruntés⁵¹.

La question de savoir s'il est possible d'adapter ou non le montant des fonds propres (indexation des fonds propres investis) au renchérissement intervenu depuis l'investissement est controversée, dans la mesure où le Tribunal fédéral l'a laissée ouverte⁵².

⁴² Voir les références citées par : BSK OR I-WEBER, art. 269a OR N 14.

⁴³ Tabelle des amortissements.

⁴⁴ SVIT-K-ROHRER, p. 786.

⁴⁵ CONOD, *Loyers, rendements, travaux à plus-value*, p. 259.

⁴⁶ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 269a OR N 146-150 ; du même avis : BSK OR I-WEBER, art. 269a OR N 14.

⁴⁷ SVIT-K-ROHRER, p. 787.

⁴⁸ LACHAT/STASTNY, p. 619 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 102 ; ZK-HIGI/WILDISEN, art. 269a OR N 152.

⁴⁹ LACHAT/STASTNY, p. 619 ; CONOD/BOHNET, p. 145.

⁵⁰ TF, arrêt 4A_35/2008 du 13 juin 2008, consid. 4.3.

⁵¹ LACHAT/STASTNY, p. 620 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 103.

⁵² ATF 116 II 594 consid. 5d, JdT 1991 I 299 (trad.) ; ATF 118 II 124 consid. 5a, SJ 1992 I 595 (rés.).

Dans un arrêt du 31 juillet 2001, le Tribunal cantonal fribourgeois avait estimé qu'il ne convenait pas d'adapter ce montant, dans la mesure où cela pouvait conduire à des gains injustifiés en raison de l'inflation⁵³. Cette question n'a apparemment que très peu d'importance dans la pratique, notamment en raison du fait qu'il n'y a que très peu de renchérissement au cours des dix à quinze années qui suivent la construction d'un immeuble. Il n'en demeure pas moins que, depuis cet arrêt, il semblerait que cette solution ait été suivie par la majorité des tribunaux amenés à devoir se prononcer sur la question, dans la mesure où elle apparaît être soutenue par la doctrine dominante⁵⁴.

En effet, une partie importante de celle-ci estime que l'indexation des fonds propres ne s'effectue que dans le cadre du calcul du rendement net⁵⁵. À l'appui de cette solution, il est avancé qu'une disposition analogue à celle de l'art. 11 de l'Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif⁵⁶ (ci-après : AMSL) n'a pas été introduite dans l'OBLF⁵⁷. De plus, le calcul du rendement brut inclut également les fonds étrangers dans les frais d'investissement, alors que le calcul du rendement net ne garantit qu'une rémunération des fonds propres ; une indexation des coûts d'investissements conduirait donc à plus qu'une simple garantie du pouvoir d'achat des fonds propres⁵⁸. En définitive, le calcul du rendement brut doit être considéré comme moins contraignant que celui du rendement net, dans la mesure où il doit permettre une estimation grossière du rapport entre les loyers nets et le prix de revient de l'immeuble⁵⁹. De surcroît, le calcul de rendement brut permet déjà au bailleur d'obtenir un rendement supérieur à ce que lui procurerait un calcul de rendement net⁶⁰. Il semble dès lors cohérent de ne pas rendre cette méthode à la fois plus compliquée à calculer pour les praticiens et plus avantageuse pour les bailleurs en imposant l'indexation des fonds propres investis.

Ainsi, sur la base de ce qui a précédemment été explicité, la doctrine propose de procéder en cinq étapes pour déterminer le loyer admissible dans le cadre d'un calcul de rendement brut⁶¹ :

On commence par déterminer le taux d'intérêt hypothécaire de référence à appliquer ainsi que le taux de rendement admissible (*étape 1*). Ensuite, il convient de fixer le prix de revient de l'immeuble (*étape 2*). Sur la base des valeurs déterminées dans les deux premières étapes, on va pouvoir estimer le montant total des loyers pour l'ensemble de l'immeuble (*étape 3*). Après quoi on va réduire le montant des loyers de l'ensemble de l'immeuble à celui dont le loyer est contesté (*étape 4*). Une fois ces étapes effectuées, on peut procéder à une comparaison entre le loyer calculé (loyer « *théorique* ») et le loyer contesté (loyer « *réel* ») ; si le second dépasse le premier, il doit être considéré comme étant abusif (*étape 5*).

⁵³ Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Fribourg, *in mp* 2002, p. 51, du 31 juillet 2001.

⁵⁴ Voir récemment : Arrêt n. p. du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers (Neuchâtel) PSIM.2019.88 du 16 mai 2022, consid. 4.

⁵⁵ CONOD/BOHNET, p. 135 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 269a CO ; ZK-HIGI/WILDISEN, art. 269a OR N 175-176 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 100 ; *contra* : SVIT-K-ROHRER, p. 790 ; BSK OR I-WEBER, art. 269a OR N 14a.

⁵⁶ Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972, RO 1972 1951 (abrogé).

⁵⁷ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 269a OR N 176.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ LACHAT/STASTNY, p. 620.

⁶⁰ TERCIER/BIERI/CARRON, p. 290.

⁶¹ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 269a OR N 166-170.

Par comparaison avec la méthode de calcul du rendement net (*cf. supra* p. 4), celle du rendement brut peut s'exprimer algébriquement ainsi :

$$\frac{\frac{PR}{SI} \times SL \times (TIH + TRA)}{12} = LA$$

où

PR =	Prix de revient de l'immeuble
SI =	Total des surfaces destinées à la location dans l'immeuble
SL =	Surface des locaux litigieux
TIH =	Taux d'intérêt hypothécaire de référence
TRA =	Taux de rendement admissible
LA =	Loyer mensuel net admissible

Afin d'illustrer la formule en pratique, reprenons un exemple de calcul ayant été présenté par la doctrine⁶² :

Dans un immeuble neuf de haut standing comprenant 30 appartements et totalisant 100 pièces, un appartement de 6 pièces (cuisine comprise) est loué pour un montant de CHF 5'000.- par mois, plus frais accessoires. Le prix de revient de l'immeuble avec le terrain a été fixé à CHF 20'000'000.-.

Si on part du principe que le taux d'intérêt hypothécaire de référence est de 2 % et que le taux de rendement admissible est également de 2 %⁶³, le calcul s'effectue comme suit :

$$LA = \frac{\frac{CHF\ 20'000'000.-}{100\ pièces} \times 6\ pièces \times (2\ \% + 2\ \%)}{12\ mois} = CHF\ 4'000.-$$

Ainsi, le loyer net admissible (sans les frais accessoires) est CHF 4'000.- par mois. Le loyer net convenu de CHF 5'000.- par mois est abusif et doit donc être réduit de CHF 1'000.-⁶⁴.

⁶² LACHAT/STASTNY, p. 622.

⁶³ Comme nous le verrons, ce taux de rendement en matière de calcul de rendement brut n'est désormais sans doute plus pertinent aujourd'hui (*cf. infra* p. 13).

⁶⁴ Pour un exemple pratique plus détaillé, voir notamment : ZK-HIGI/WILDISEN, art. 269a OR N 185-186.

III. Taux de rendement admissible

A. En matière de rendement net

1. Selon l'ancienne jurisprudence

a) Principe

La question de savoir à partir de quand un rendement doit être considéré comme excessif n'a jamais été réglée par le législateur (*cf. supra* p. 3). C'est donc le Tribunal fédéral qui a été amené à définir cette notion aussi centrale qu'indéterminée.

Dans un arrêt du 1^{er} juillet 1986, le Tribunal fédéral avait estimé que le rendement des fonds propres investis devait être considéré comme admissible lorsqu'il n'excédait pas de plus d'un demi pour cent le taux de l'intérêt hypothécaire de premier rang pratiqué par les banques cantonales⁶⁵. L'idée sous-jacente était que le rendement net admissible des fonds propres investis par un propriétaire dans un bien immobilier devait correspondre au revenu que lui procureraient d'autres placements de capitaux⁶⁶. En d'autres termes, il fallait trouver une solution permettant de rendre l'immobilier attrayant pour les investisseurs, tout en évitant les abus⁶⁷. À l'époque, le taux d'intérêt hypothécaire de référence était de 5,5 % qui, majoré de 0,5 %, permettait de retenir qu'un taux de rendement de 6 % n'était pas excessif⁶⁸.

Cette jurisprudence avait été rendue sous l'empire de l'art. 14 AMSL. Plus tard, alors que le Conseil fédéral avait proposé l'édiction d'une loi fédérale distincte, le Parlement avait considéré qu'il était plus adéquat d'intégrer les dispositions de l'AMSL dans le CO⁶⁹. Ainsi, les dispositions figurant dans l'arrêté fédéral avaient été entièrement intégrées dans la révision du droit du bail du 1^{er} juillet 1990, si bien que l'ancienne jurisprudence du TF restait d'actualité pour les dispositions désormais incorporées dans le CO⁷⁰.

Quelques années plus tard, le Conseil fédéral a révisé l'OBLF, en introduisant notamment un nouvel article 12a. Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008, cette disposition a imposé d'établir un taux d'intérêt uniforme, applicable en lieu et place du taux d'intérêt alors déterminant. Entre autres, il semblerait qu'il était devenu difficile de dégager un taux d'intérêt hypothécaire uniforme, dans la mesure où certaines banques pratiquaient des taux variables avec leurs différents clients⁷¹. C'est ainsi que, depuis septembre 2008, la majoration d'un demi pour cent a continué à s'appliquer, mais désormais sur le taux d'intérêt hypothécaire de référence retenu par la statistique du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche⁷². Variant par palier de 0,25 %, ce taux résulte d'une statistique établie trimestriellement selon les données fournies par les banques de l'ensemble du pays et d'une pondération⁷³. Selon le TF, ce taux doit être appliqué à la totalité des fonds propres investis, même si ces derniers représentent l'entier du financement de l'immeuble⁷⁴.

⁶⁵ ATF 112 II 149, consid. 2b, SJ 1987 I 66 (trad).

⁶⁶ ATF 120 II 100, consid. 6a.

⁶⁷ LACHAT/STASTNY, p. 553.

⁶⁸ ATF 112 II 149, consid. 2b, SJ 1987 I 66 (trad).

⁶⁹ ROHRBACH, p. 8 ; LACHAT, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. 30.

⁷⁰ ENGEL, p. 188.

⁷¹ LACHAT/STASTNY, p. 589.

⁷² Art. 12a al. 2 OBLF.

⁷³ TERCIER/BIERI/CARRON, p. 288.

⁷⁴ ATF 120 II 100, consid. 6b.

Enfin, il sied de préciser que, lors de l'entrée en vigueur de l'article précité, le taux d'intérêt hypothécaire de référence avait été fixé à 3,5 % par le DEFR⁷⁵, de sorte que le taux de rendement net admissible était de 4 %.

b) *Critiques*

Avec la diminution constante du taux d'intérêt hypothécaire de référence, la solution proposée par le Tribunal fédéral a été de plus en plus remise en question par la doctrine. En outre, il était reproché à la méthode préconisée par le TF de « *méconnaître la réalité économique* »⁷⁶. Entre autres, il a été soulevé qu'avec un taux d'intérêt hypothécaire de 1,75 %, les investisseurs risquaient de se détourner du secteur de l'immobilier, ce qui engendrerait inévitablement un accroissement de la pénurie de logements, dans la mesure où le taux de rendement net admissible retenu en 1986 par le TF ne procurait plus un rendement suffisant aux bailleurs⁷⁷. Un autre argument de taille était celui des contraintes applicables aux caisses de prévoyance qui, avec le taux de rendement de l'époque, ne parvenaient pas à respecter les exigences posées par la Confédération en matière de rendement de leurs actifs⁷⁸. En définitive, le calcul du rendement net, tel que le concevait la jurisprudence, aboutissait très clairement à des loyers trop bas⁷⁹.

Le 1^{er} mars 2016, alors que le taux de référence continuait d'être historiquement bas et avait été fixé à 1,75 % depuis plus d'un an, le Tribunal fédéral, nonobstant les nombreuses critiques, n'avait pas jugé opportun de modifier sa jurisprudence⁸⁰. Dans cet arrêt, alors que la bailleresse arguait que le taux de rendement admissible avait été établi à une époque où le taux de référence était égal ou supérieur à 4,5 %, le TF avait souligné qu'il avait à maintes reprises effectué des calculs de rendement alors que le taux d'intérêt hypothécaire de référence était bas et qu'il n'avait jamais donné le moindre indice laissant à penser qu'il modifierait sa pratique en cas de baisse de celui-ci⁸¹. Par ailleurs, il avait affirmé que les arguments soulevés par la bailleresse, à savoir que le couplage du taux d'intérêt hypothécaire de référence avec les loyers aboutissait à des résultats choquants, étaient des questions de politiques législatives, dont il appartenait au législateur fédéral de régler le sort⁸².

Certains parlementaires fédéraux s'étaient également insurgés face aux résultats engendrés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, notamment eu égard aux caisses de pensions publiques : estimant que le législateur devait se réapproprier la réglementation en matière de rendement excessif, le Conseiller national Olivier FELLER avait même déposé une initiative parlementaire demandant à ce que le taux d'intérêt hypothécaire de référence soit désormais majoré de 2 %⁸³.

Une brèche en faveur d'un changement de jurisprudence s'était toutefois ouverte le 7 novembre 2019 lorsque le TF, saisi d'un recours de droit public concernant un loyer contrôlé par l'État dans le canton de Vaud, avait admis qu'un dépassement de 0,31 % du taux de rendement fixé par la jurisprudence relative à l'art. 269 CO n'était pas excessif⁸⁴. Les juges de Mon-Repos

⁷⁵Taux d'intérêt hypothécaire de référence publié par l'OFL.

⁷⁶ SVIT-K-ROHRER, p. 704.

⁷⁷ MÜLLER M., p. 5.

⁷⁸ *Id.*, p. 7.

⁷⁹ BSK OR I-WEBER, art. 269a OR N 13.

⁸⁰ TF, arrêt 4A_465/2015 du 1^{er} mars 2016, consid. 5.6.1 à 5.6.3.

⁸¹ Taux hypothécaire de 2,5% : ATF 141 III 245, consid. 3.7 ; taux hypothécaire de 2,75% : TF, arrêt 4A_198/2014 du 17 juillet 2014, consid. 4.4 ; taux hypothécaire de 3,5% : TF, arrêt 4A_470/2009 du 18 février 2020, consid. 6.

⁸² TF, arrêt 4A_465/2015 du 1^{er} mars 2016, consid. 5.6.2.

⁸³ FELLER, *Initiative parlementaire N 14.403 du 11.03.14*, in BO 2015 CN 1710.

⁸⁴ TF, arrêt 1C_471/2018 du 7 novembre 2019, consid. 2.3.

avaient notamment souligné que l'art. 269 CO ne fixait pas de limite chiffrée au taux de rendement admissible et que la loi ne visait qu'à combattre les loyers considérés comme étant abusifs, ce qui n'était clairement pas le cas en l'espèce. Cette jurisprudence ne s'appliquait toutefois qu'aux loyers contrôlés⁸⁵.

2. Selon la nouvelle jurisprudence

Dans son arrêt du 26 octobre 2020, le Tribunal fédéral a admis que sa jurisprudence rendue en matière de taux de rendement admissible « *conduit à fixer des loyers très bas, voire dérisoires, sans commune mesure avec la mise à disposition de l'usage de l'habitation en question* »⁸⁶. Il a invoqué notamment la continue baisse du taux hypothécaire et s'est appuyé sur l'initiative parlementaire du Conseiller national Olivier FELLER pour justifier un revirement de jurisprudence. Prenant également en considération les critiques émises par la doctrine majoritaire (*cf. supra* p. 10), le TF s'est résolu à modifier sa jurisprudence sur deux points.

Premièrement, notre Haute Cour commence par admettre que la totalité des fonds propres investis peut désormais être réévaluée selon l'indice suisse des prix à la consommation (contre seulement 40 % auparavant)⁸⁷. N'étant pas l'objet de ce mémoire, cet aspect ne fera pas l'objet d'un développement plus détaillé.

Deuxièmement, s'agissant du taux de rendement admissible, après avoir rappelé les différentes opinions doctrinaires et politiques précédemment citées, le TF souligne qu'une refonte complète du système ne relève pas de sa compétence, mais de celle du législateur⁸⁸. Il rappelle également avoir récemment consenti à ce qu'un rendement net puisse dépasser de 0,31 % la limite de 0,5 % dans le cadre d'un arrêt portant sur un loyer contrôlé par le droit public⁸⁹. Compte tenu du taux d'intérêt hypothécaire de référence exceptionnellement bas, soit 1,25 %⁹⁰, il finit par admettre qu'il convient désormais de fixer le taux admissible à 2 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence, pour autant que ce dernier ne dépasse pas 2 %.

Ce deuxième point a d'ores et déjà fait l'objet de critiques, tant en doctrine qu'en politique⁹¹. En outre, dans la mesure où, quelques années auparavant, le TF s'était estimé incomptént pour procéder à une modification du système (*cf. supra* p. 10), on pouvait légitimement s'attendre à ce qu'il explique en quoi son opinion de 2016 n'était plus pertinente en 2020, ce d'autant plus que les mêmes arguments avaient été avancés dans les deux cas⁹². Enfin, on peut également se demander quelle serait la solution à retenir dans l'hypothèse où le taux d'intérêt hypothécaire de référence dépassait la barre des 2 %, ce qui, en pratique, risque sans doute d'arriver. Cette question a dès lors fait l'objet d'une motion au Conseil des États, qui a récemment été transmise au Conseil fédéral⁹³.

⁸⁵ CONOD/BOHNET, p. 143.

⁸⁶ ATF 147 III 14, consid. 8.2.

⁸⁷ ATF 147 III 14, consid. 8.3.

⁸⁸ ATF 147 III 14, consid. 8.4.

⁸⁹ TF, arrêt 1C_471/2018 du 7 novembre 2019, consid. 2.3.

⁹⁰ Taux d'intérêt hypothécaire de référence publié par l'OFL.

⁹¹ PIAGET, p. 97 ; MEYER, *Motion N 22.3185 du 16.03.22, in BO 2023 CN 1813* : « *Le Tribunal fédéral a donc fait passer sa volonté avant celle du législateur* ».

⁹² STASTNY, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. 23.

⁹³ ENGLER, *Motion N 22.4448 du 15.12.22, in BO 2023 CE 984*.

B. En matière de rendement brut

1. Ancien taux de rendement admissible

La question du taux de rendement admissible est fondamentale, puisqu'elle permet d'établir la limite entre un loyer admissible et un loyer abusif. Tout comme en matière de rendement net, une partie de la jurisprudence relative au rendement brut avait été rendue, à l'époque, sous l'empire d'AMSL (plus précisément l'art. 15 let. c). Dans la mesure où le législateur n'a fait que transposer les dispositions de l'arrêté précité dans le CO, cette jurisprudence reste à ce jour en grande partie applicable⁹⁴.

Pour rappel, le rendement brut doit « *couvrir les frais* », en ce sens qu'il doit être suffisant pour que le bailleur puisse d'une part, rentabiliser l'ensemble du capital investi et, d'autre part, assumer ses frais d'entretien, de financement et d'exploitation⁹⁵. Tout comme en matière de rendement net, ni la loi ni son ordonnance ne définissent le taux de rendement admissible.

À l'époque, la doctrine préconisait des taux différenciés dans une fourchette de 1,5 % à 3 % au-dessus du taux hypothécaire de référence ; l'idée était de pouvoir prendre en considération les qualités individuelles de chaque immeuble, telles que l'âge, l'équipement ou encore l'utilisation faite de l'immeuble⁹⁶. Toutefois, dans un arrêt du 1^{er} avril 1992, le Tribunal fédéral avait estimé que la pratique retenait un taux admissible de l'ordre de 2 % en dessus du taux d'intérêt hypothécaire de référence⁹⁷. Cette solution avait été débattue par une partie de la doctrine, dans la mesure où il paraissait que ce taux constituerait désormais une règle stricte et sans exception⁹⁸.

Finalement, il semblerait qu'une majoration de l'ordre de 2 % à 2,5 % de plus que le taux d'intérêt hypothécaire de référence eut été admissible⁹⁹. Dans cette configuration, les milieux pro locataires se prévalaient d'un taux de 2 % tandis que les bailleurs mettaient en avant le taux de 2,5 %¹⁰⁰. Cependant, comme l'avaient très justement relevé certains auteurs, il était plus judicieux d'apprecier le taux de cas en cas, en fonction de différents critères, tels que la situation de l'immeuble ou encore la qualité de sa construction¹⁰¹. Par exemple, lorsque l'immeuble était doté d'installations chères ou à faible longévité, il y avait lieu de prendre en considération un taux de rendement plus élevé, eu égard au poids de l'amortissement¹⁰².

S'agissant du taux hypothécaire, à l'instar de celui du rendement net, il était communément admis de prendre également en considération celui du marché puis, à partir de septembre 2008, celui publié par le DEFR, conformément à l'art. 12a al. 1 et 2 OBLF¹⁰³. La prise en compte du taux hypothécaire effectivement pratiqué par le prêteur du bailleur était en revanche exclue¹⁰⁴.

⁹⁴ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 269a OR N 138.

⁹⁵ LACHAT/STASTNY, p. 621.

⁹⁶ BSK OR I-WEBER, art. 269a OR N 13 ; SVIT-K-ROHRER, p. 791.

⁹⁷ ATF 118 II 124, consid. 5, SJ 1992 I 595 (rés.).

⁹⁸ SVIT-K-ROHRER, p. 791.

⁹⁹ CONOD/BOHNET, p. 134 ; du même avis : CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 106 ; plus nuancé : LACHAT/STASTNY, p. 620.

¹⁰⁰ CONOD/BOHNET, p. 134.

¹⁰¹ LACHAT/STASTNY, p. 621.

¹⁰² LACHAT/STASTNY, p. 621 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 269a CO.

¹⁰³ MÜLLER C., p. 346

¹⁰⁴ LACHAT/STASTNY, p. 589.

2. Nouveau taux de rendement admissible

a) Généralités

Peu de temps après l'arrêt du 26 octobre 2020, les autorités judiciaires du canton de Zurich ont publié un communiqué sur leur site internet dans lequel elles informaient les justiciables qu'une augmentation du taux de rendement admissible en matière de rendement brut était à prévoir¹⁰⁵. Rare en pratique, cette annonce n'a malheureusement pas été suivie d'un jugement en bonne et due forme de l'*Obergericht* de Zurich, si bien que l'on ignore toujours quelle serait la position des juges de seconde instance de ce canton. On notera toutefois que, dans leur communiqué, les autorités zurichoises avaient souligné que le calcul du rendement brut au sens de l'art. 269a let. c CO se faisait également sur la base de fonds empruntés. En outre, la jurisprudence rendue à l'aune de l'art. 269 CO devait, selon toute vraisemblance, être adaptée, en réduisant par exemple de moitié la majoration du taux de rendement admissible accordée par le Tribunal fédéral en matière de rendement net¹⁰⁶.

Au niveau de la jurisprudence, une affaire genevoise relative à un calcul de rendement brut a été portée devant le TF, qui a rendu son arrêt le 16 juin 2023¹⁰⁷. Les parties s'étant toutefois accordées sur un taux de rendement de 3 % en sus du taux hypothécaire de référence, il n'avait pas été amené à se déterminer sur cette question. Il avait toutefois souligné, en ne citant qu'un seul auteur, que la doctrine préconisait de réévaluer le taux admissible du rendement brut (*cf. infra* p. 20), sans pour autant laisser transparaître la solution qu'il envisageait d'appliquer à l'avenir¹⁰⁸.

Dans le canton de Vaud, deux affaires ont été portées devant la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, mais n'ont malheureusement pas fait l'objet d'un recours au TF¹⁰⁹. La CACI ayant toutefois pris position sur la question en se ralliant à l'avis d'un auteur, ces arrêts seront présentés ultérieurement (*cf. infra* p. 19-20).

Plus récemment, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur une affaire vaudoise de rendement brut¹¹⁰. En substance, il s'agissait d'un contrat de bail portant sur un appartement d'une surface totale de 55 m², situé au 4^{ème} étage, prévoyant un loyer net de CHF 1'200.- ainsi qu'un acompte de frais accessoires de CHF 130.-. L'immeuble avait été mis en exploitation en 2013, de sorte qu'il convenait d'appliquer de manière prééminente le critère du rendement brut. S'agissant du coût total d'acquisition de l'immeuble (prix du terrain et coût de construction de l'immeuble), ce dernier avait été fixé à CHF 4'750'316.- par la Cour d'appel civile. Le taux hypothécaire de référence, qui était de 2 % au moment de la conclusion du contrat, avait ensuite été majoré de 4 %, ce qui avait permis de retenir un rendement brut annuel admissible de CHF 285'018.96.- (CHF 4'750'316.- x 0,06)¹¹¹. Les juges de seconde instance avaient ensuite retenu une surface de 54,25 m² pour l'appartement litigieux ainsi qu'une surface nette habitable de

¹⁰⁵ Communiqué des autorités judiciaires zurichoises.

¹⁰⁶ Communiqué des autorités judiciaires zurichoises.

¹⁰⁷ TF, arrêt 4A_285/2022 du 16 juin 2023.

¹⁰⁸ TF, arrêt 4A_285/2022 du 16 juin 2023, consid. 3.1.3.

¹⁰⁹ Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA19.005612-200840 162 du 1^{er} avril 2021 ; Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA18.026836-201080 223 du 6 mai 2021.

¹¹⁰ TF, arrêt 4A_268/2023 du 20 février 2024.

¹¹¹ Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA20.010041-220490 163 du 20 avril 2023.

1290,15 m² pour l'ensemble de l'immeuble, parvenant ainsi à la conclusion que le loyer mensuel net de l'appartement devait être fixé à CHF 998,73.¹¹²

Si on reprend la formule de calcul précédemment développée (*cf. supra* p. 8), on peut exprimer le calcul fait par les juges cantonaux de la façon suivante :

$$\frac{\text{CHF } 4'750'316.-}{1'290,15m^2} \times 54,25m^2 \times (2\% + 4\%) = \frac{\text{CHF } 998,73.-}{12}$$

Dans cette affaire, ni la bailleresse ni le locataire ne remettaient en question le taux de rendement de 6 %. Entre autres, la bailleresse reprochait aux juges de seconde instance de ne pas avoir tenu compte de sa clé de répartition¹¹³. Par voie de conséquence, le TF n'a, une nouvelle fois, pas dû se prononcer sur la question du taux de rendement admissible dans le calcul du rendement brut, laissant ainsi planer le doute sur la solution qu'il conviendrait de retenir. Il n'en demeure pas moins que cet état de fait nous permettra, dans la suite de ce mémoire, d'illustrer l'avis des différents auteurs en adaptant à chaque fois le loyer de l'appartement au taux de rendement admissible qu'ils estiment être justifié¹¹⁴.

Enfin, s'agissant de la doctrine, nous verrons que plusieurs auteurs ont pris position sur un éventuel nouveau taux de rendement admissible (*cf. infra* p. 14 ss). Il sied toutefois de souligner que certains ont préféré laisser la question ouverte ou ne la mentionnent pas, sans doute dans l'attente d'un arrêt du Tribunal fédéral mettant fin à la controverse¹¹⁵. Enfin, un autre auteur, plus sceptique quant à l'avenir de la jurisprudence, a estimé qu'il était peut-être temps que le législateur ou le Conseil fédéral ne reprenne la main¹¹⁶.

b) *Pour un taux de 2 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence*

Une partie de la doctrine estime qu'il serait erroné de considérer que la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral relative au calcul de rendement net doive s'appliquer *mutatis mutandis* au calcul du rendement brut. Entre autres, ils soutiennent que la nouvelle majoration de 2 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence ne vise que le calcul du rendement net (art. 269 CO) et en aucun cas celui du rendement brut (art. 269 let. c CO). Ainsi, s'agissant de ce dernier, il conviendrait de s'en tenir à l'ancienne jurisprudence, c.-à-d. une majoration de 2 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence.

À l'appui de cette solution, il est rappelé « *les différences fondamentales* » entre le calcul du rendement net et celui du rendement brut ; ce dernier prévoit la prise en compte de l'ensemble du capital investi, sans distinguer les fonds étrangers des fonds propres¹¹⁷. Qui plus est, ceux-ci ne sont pas indexés¹¹⁸. Partant, on ne saurait fixer mécaniquement le taux admissible dans le calcul du rendement brut sur la base de la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, ce d'autant plus qu'un taux de rendement de 2 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence n'aboutit pas à des loyers très bas¹¹⁹.

¹¹² Selon l'UPSI, les surfaces de balcon doivent être prise en compte pour moitié seulement.

¹¹³ TF, arrêt 4A_268/2023 du 20 février 2024.

¹¹⁴ Le taux d'intérêt hypothécaire de 2% sera systématiquement utilisé.

¹¹⁵ CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 269a CO N (note de bas de page N 69) ; MÜLLER C., p. 346.

¹¹⁶ LACHAT, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. 36.

¹¹⁷ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 269a OR N 162a ; STASTNY, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. 30 ; MONTALTO/RUBLI, p. 60.

¹¹⁸ MONTALTO/RUBLI, p. 60.

¹¹⁹ *Ibid.*

Pour l'avocat genevois Pierre STASTNY, d'autres arguments plaident en faveur de ce taux de rendement. D'une part, il rappelle que le critère du rendement brut vise à encourager la construction de biens immobiliers en Suisse. Or, selon lui, cette dernière n'est actuellement pas paralysée. D'autre part, une majoration du taux de l'ordre de 3,5 % mènerait à des loyers exagérément élevés, sans aucun rapport avec la valeur d'usage, l'utilité sociale des logements, les besoins des caisses de pension ou encore les risques supportés par les propriétaires. Enfin, il souligne qu'il est loisible au bailleur d'un immeuble neuf de préférer le critère du rendement net à celui du rendement brut s'il estime que cela lui est plus avantageux¹²⁰.

Dans un autre article paru avant le revirement de jurisprudence du 26 octobre 2020, ce même auteur qualifiait de « *frappé au coin du bon sens* » un arrêt du TF dans lequel ce dernier confirmait que le taux de rendement admissible dans le cadre du calcul de rendement net ne devait pas excéder de 0,5 % le taux d'intérêt hypothécaire de référence¹²¹. Selon lui, rien ne justifiait qu'un bailleur puisse être mieux rémunéré qu'un établissement bancaire ou qu'un investisseur prenant des risques, alors qu'il « *n'exerce ni un art ni un métier pouvant justifier un gain* »¹²². Ces arguments peuvent sans doute être transposés à la problématique du rendement brut. Par ailleurs, dans cet arrêt de 2016, notre Haute Cour avait relevé que d'autres possibilités de placements affichaient également des valeurs de rendement très faibles et que, ce faisant, rien ne justifiait de modifier le taux de rendement admissible¹²³. On notera tout de même que le TF est parvenu à citer ledit article pour motiver son revirement de jurisprudence en matière de rendement net alors que l'auteur ne faisait qu'évoquer des avis de doctrine dont il n'était de loin pas favorable¹²⁴.

Au niveau de la jurisprudence, cette solution n'a encore jamais été retenue par un tribunal depuis l'arrêt du 26 octobre 2020. En outre, la Chambre des baux et loyers de la Cour de Justice du canton de Genève s'est appuyée sur le raisonnement de l'auteur précité, mais dans un autre contexte que celui de la hausse de loyer justifiée par des prestations supplémentaires du bailleur (art. 269a let. b CO)¹²⁵. On peut dès lors se demander si les autorités judiciaires du canton de Genève adhéreraient ou non à la solution proposée par l'auteur si elles venaient à devoir se prononcer sur un calcul de rendement brut où le taux de rendement admissible n'a pas fait l'objet d'un accord entre les parties.

Dans un jugement rendu le 13 janvier 2020, les juges du Tribunal des baux du canton de Vaud avaient retenu une majoration de 2,25 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence (1,5 % à l'époque)¹²⁶. Dans cette affaire, les magistrats de première instance avaient retenu ce taux en se fondant sur la pratique et en tenant compte « *de la bonne qualité des matériaux de construction, d'installations et d'aménagements de l'immeuble* »¹²⁷. Leur jugement avait toutefois été rendu antérieurement à l'arrêt du 26 octobre 2020. Selon toute vraisemblance, ils n'auraient pas retenu cette solution s'ils avaient dû se prononcer après le revirement de jurisprudence du TF. Il n'en demeure pas moins que leur solution n'était pas parvenue à

¹²⁰ STASTNY, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. 31.

¹²¹ STASTNY, *Questions choisies*, p. 38.

¹²² *Ibid.*

¹²³ TF arrêt 4A_465/2015 du 1^{er} mars 2016, consid. 5.6.1.

¹²⁴ ATF 147 III 14, consid. 8.4 (3^e phrase).

¹²⁵ Arrêt en ligne de la Chambre des baux et loyers de la Cour de Justice du canton de Genève ACJC/34/2022 du 17 janvier 2022 (un recours a été déposé contre cette décision : TF, arrêt 4A_75/2022).

¹²⁶ Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA19.005612-200840 162 du 1^{er} avril 2021.

¹²⁷ Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA19.005612-200840 162 du 1^{er} avril 2021.

convaincre les juges du Tribunal cantonal, qui avaient réformé ce jugement en imposant un taux de rendement différent (cf. *infra* p. 19).

En reprenant l'exemple précédemment cité¹²⁸ et en lui appliquant, cette fois-ci, une majoration du taux d'intérêt hypothécaire de référence de l'ordre de 2 %, le loyer mensuel net admissible s'élèverait à CHF 665,82.-.

c) *Pour un taux de 2,6 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence*

D'autres auteurs, notamment le Professeur Laurent BIERI, sont parvenus à la conclusion que les principes exposés dans l'ATF 147 III 14 devaient être transposés au calcul de rendement brut. Ainsi, selon lui, il paraît désormais justifié de majorer le taux d'intérêt hypothécaire de référence de 2,6 %, pour autant que ce dernier ne dépasse pas 2 %¹²⁹.

À l'appui de cette solution, l'auteur précité commence par se fonder sur le modèle de financement standard de l'Office fédéral du logement en vertu duquel les fonds étrangers représentent 60 % du prix de revient contre 40 % s'agissant des fonds propres¹³⁰. Ce sont ces derniers qui doivent être rémunérés en application de l'art. 269 CO, soit au taux d'intérêt hypothécaire de référence majoré de 2 %¹³¹; quant aux fonds étrangers, ces derniers ne doivent être rémunérés qu'au taux d'intérêt hypothécaire de référence¹³².

Anticipant d'éventuelles critiques contre le choix de retenir une telle structure de financement, le Professeur BIERI admet que, en pratique, le montant des fonds propres investis n'équivaut pas toujours à 40 %, notamment pour ce qui est des investisseurs institutionnels. Toutefois, il se justifie en relevant qu'« *il paraît justifié de retenir une structure de financement standard, puisque le rendement brut admissible en application de l'art. 269a let. c CO ne dépend pas de la structure de financement effectivement retenue par le propriétaire* »¹³³.

Une fois ces prémisses posées, l'auteur détaille sous forme algébrique comment il est parvenu à la conclusion que le taux d'intérêt hypothécaire de référence devait être majoré de 2,6 %. Compte tenu de la complexité du calcul proposé, on ne saurait le résumer sans le reproduire algébriquement¹³⁴:

En partant du principe que¹³⁵ :

R^* = Rendement brut admissible	i = Taux d'intérêt hypothécaire de référence
L^* = Loyer admissible	s = Point(s) de pourcentage de rémunération des fonds propres en plus de i
P = Prix de revient	C = Les autres charges immobilières

¹²⁸ Cf. *supra* p. 13-14.

¹²⁹ BIERI, p. 439.

¹³⁰ Id., p. 438; voir également LACHAT/STASTNY, p. 586.

¹³¹ ATF 147 III 14, consid. 8.4.

¹³² BIERI, p. 438.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Id., p. 439.

¹³⁵ Le calcul proposé dans ce mémoire est légèrement modifié (les opérations entre parenthèses ont été ajoutées dans les équations proposées par l'auteur) et commenté afin de permettre au lecteur de mieux saisir le raisonnement algébrique.

Et en supposant que le loyer admissible doive couvrir les intérêts hypothécaires, la rémunération des fonds propres et les autres charges courantes, on peut définir que :

$$L^* = 0,6iP + 0,4(i + s)P + C$$

Dans cette première étape du raisonnement, on rémunère le prix de revient (P) en fonction du modèle de financement précédemment cité : les fonds étrangers qui représentent 60 % (= 0,6) sont rémunérés au taux d'intérêt hypothécaire de référence (i) tandis que les fonds propres estimés à 40 % (= 0,4) sont rémunérés en étant multipliés par le taux d'intérêt hypothécaire de référence (i) majoré du taux de rendement admissible (s). On y ajoute ensuite les charges immobilières (C) ce qui permet de déterminer le loyer admissible (L).*

Dans la mesure où le rendement admissible se définit comme étant le rapport entre le loyer net de l'objet loué et son prix de revient, il peut s'exprimer de la façon suivante¹³⁶ :

$$R^* = \frac{L^*}{P} = \frac{0,6iP + 0,4(i + s)P + C}{P} = \left(\frac{0,6iP}{P} + \frac{(0,4i + 0,4s) \times P}{P} + \frac{C}{P} \right) = 1i + 0,4s + \frac{C}{P}$$

Dans cette seconde étape, reprenant la définition communément admise du rendement brut admissible (R), on va diviser le loyer admissible (L*) par le prix de revient (P). Comme le loyer admissible peut être exprimé selon une formule intégrant le prix de revient (P), on peut simplifier la division en « retirant » les P de l'équation. De plus, 0,6i et 0,4i s'additionnent et donnent 1i.*

En admettant que la rémunération des fonds propres était de 0,5 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence lorsque le taux de rendement admissible en matière de rendement brut était de 2 %, on peut retenir que :

$$R^* = i + 2 \% = i + 0,4 \% \times 0,5 \% + \frac{C}{P} = \left(i + 2 \% = i + 0,2 \% + \frac{C}{P} \right) = \frac{C}{P} = 1,8 \%$$

Dans cette troisième étape, la première partie de l'équation exprime le fait que le rendement brut admissible (R) est égal au taux d'intérêt hypothécaire de référence (i) majoré de 2 %. Reprenant l'équation du rendement brut admissible (R*) développée à la fin de la seconde étape, on peut « retirer » les deux taux d'intérêt hypothécaire de référence (i) et multiplier 0,4 % par 0,5 % (ce qui donne 0,2 %). Enfin, on peut faire « passer » le résultat obtenu de l'autre côté de l'équation en le soustrayant aux 2 % (ce qui donne 1,8 %). On arrive ainsi à la conclusion que le rendement brut admissible (R*) équivaut à 1,8 %.*

Finalement, si on part du principe que – avec le revirement de jurisprudence – la rémunération des fonds propres passe à 2 % et que le rapport entre les autres charges immobilières et le prix de revient reste égal à 1,8 %, on arrive à la conclusion que :

$$R^* = i + 0,4 \times 2 \% + 1,8 \% = i + 2,6 \%$$

Dans cette quatrième et dernière étape, pour définir le rendement brut admissible (R) à l'aune de la nouvelle jurisprudence, on rémunère la proportion de fonds propres (0,4) à hauteur de 2 % (ce qui nous donne 0,8 %) qu'on ajoute ensuite au 1,8 % obtenu lors de la troisième étape, ce qui nous permet d'arriver à la conclusion que le rendement brut admissible (R*) équivaut au taux d'intérêt hypothécaire de référence (i) majoré de 2,6 %.*

Autrement dit, l'augmentation du taux de rendement admissible de 0,6 % correspond « à la proportion des fonds propres retenues (40 %) multipliée par l'augmentation du rendement net décidée par le Tribunal fédéral (1,5 point de pourcentage) »¹³⁷. L'auteur ne manque toutefois pas de souligner que ce taux de rendement admissible ne s'applique que lorsque le taux d'intérêt

¹³⁶ CPra Bail-BONNET/BROQUET, art. 269a CO N 102.

¹³⁷ BIERI, p. 439.

hypothécaire de référence ne dépasse pas 2 % ; dans le cas contraire, un nouveau calcul s'imposerait¹³⁸. Enfin, il relève qu'il n'est pas (ou plus) impossible que le rendement calculé à l'aune de l'art. 269a let. c CO se révèle être moins avantageux pour le bailleur qu'un calcul de rendement fondé sur l'art. 269 CO et cela, même si la part de fonds propres est importante¹³⁹.

Pour l'heure, aucun tribunal n'a jugé pertinent d'effectuer un calcul de rendement brut en s'appuyant sur le raisonnement précité. Cependant, dans leur communiqué, les autorités judiciaires zurichoises semblent partager en partie l'avis du Professeur BIERI ; l'augmentation du taux de rendement admissible décidée par le Tribunal fédéral s'est faite dans le cadre du calcul du rendement net (art. 269 CO) et non celui du rendement brut (art. 269a let. c CO). Or, contrairement au premier, le second ne distingue pas les fonds propres des fonds empruntés¹⁴⁰. On ne peut dès lors utiliser le nouveau taux de rendement dans le cadre d'un calcul de rendement brut que pour autant que l'immeuble n'ait pas été financé uniquement avec des fonds propres¹⁴¹.

Enfin, le juge cantonal Emmanuel PIAGET partage également cet avis, en se référant directement à l'auteur susmentionné¹⁴². Selon lui, quand bien même les deux formes de rendement prennent en considération la part de fonds propres, on ne saurait appliquer la nouvelle majoration du taux de rendement de l'art. 269 CO au calcul de rendement brut, puisque ce dernier intègre également les fonds étrangers dans son calcul¹⁴³.

Dans l'exemple de l'appartement de 55 m², si l'on prend comme taux de rendement admissible celui retenu par le Professeur BIERI, soit le taux d'intérêt hypothécaire de référence majoré de 2,6 %, on arrive à la conclusion que le loyer admissible est de CHF 765,69.-.

d) *Pour un taux de 3,5 % à 4 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence*

L'avocat vaudois Philippe CONOD s'est également prononcé sur cette question à la suite de l'ATF 147 III 14. Selon lui, la portée de cet arrêt ne se limite pas seulement au calcul de rendement net, bien au contraire : « *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* »¹⁴⁴.

Entre autres, il rappelle que le fait de ne pas prendre en compte les charges dans le calcul de rendement brut, contrairement à celui du rendement net, justifie que le rendement admissible du premier soit supérieur au second¹⁴⁵. Ainsi, dans la mesure où le taux de rendement admissible dans le calcul du rendement net équivaut désormais à celui du rendement brut, ce dernier doit nécessairement être rehaussé.

En gardant les mêmes proportions, dans la mesure où le taux de rendement admissible de l'art. 269 CO est passé de 0,5 % à 2 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence, le taux de rendement admissible de l'art. 269a let. c CO devrait désormais être fixé entre 3,5 % et 4 %,

¹³⁸ BIERI, p. 439.

¹³⁹ *Id.*, p. 440 (voir notamment note de bas de page N 23).

¹⁴⁰ LACHAT/STASTNY, p. 620 ; CPRA Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 103.

¹⁴¹ Communiqué des autorités judiciaires zurichoises.

¹⁴² PIAGET, p. 116.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ CONOD, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. 6.

¹⁴⁵ *Ibid.*

dans la mesure où il avait été fixé entre 2 % et 2,5 % par le passé¹⁴⁶. Reprenant la réserve émise par le Tribunal fédéral, l'auteur rappelle que cette augmentation du taux de rendement brut ne vaut que pour autant que le taux d'intérêt hypothécaire de référence ne dépasse pas 2 %¹⁴⁷.

Quant au taux à retenir entre 3,5 % à 4 %, le fait que les frais d'entretien soient limités durant les premières années qui suivent la construction de l'immeuble plaide en faveur d'un taux à 3,5 %, puis à 4 % après coup¹⁴⁸. En outre, l'auteur ne donne pas plus de précision à ce sujet, mais en reprenant l'avis d'une partie de la doctrine, on pourrait songer à ce que le taux de rendement admissible soit de 3,5 % jusqu'à la dixième année, puis de 4 % de la onzième à la quinzième année qui suivent la construction¹⁴⁹. On rappellera toutefois que, sous l'ancienne jurisprudence, la doctrine majoritaire estimait que le choix du taux de rendement à retenir entre 2 % et 2,5 % se faisait essentiellement sur la base des particularités de l'immeuble en cause¹⁵⁰.

Un autre auteur avance également que le taux de rendement brut admissible devrait désormais être réévalué à 3,5 %, en motivant toutefois son raisonnement différemment. Selon l'avocat zurichois Beat ROHRER, l'ancienne majoration du taux d'intérêt hypothécaire de référence de 2 % doit être comprise comme se composant d'une part, du rendement des fonds investis à hauteur de 0,5 % et, d'autre part, d'un supplément forfaitaire pour les frais d'entretien et d'exploitation à hauteur de 1,5 %¹⁵¹.

Se fondant ainsi sur le changement de jurisprudence opéré par le Tribunal fédéral dans le cadre du rendement net, il soutient que le rendement des fonds investis, précédemment fixé à 0,5 %, doit désormais se monter à 2 %. Quant aux frais d'entretien et d'exploitation, ces derniers doivent continuer à se voir appliquer un taux de rendement de 1,5 %¹⁵². Dans le cadre d'un calcul de rendement brut, le taux d'intérêt hypothécaire de référence doit ainsi être majoré de 3,5 % (2 % + 1,5 %). Au surplus, l'auteur précise qu'il serait vain d'essayer d'objecter que la majoration ne doive s'appliquer qu'au montant des fonds propres, dans la mesure où ni la loi, ni la jurisprudence et ni la doctrine ne font de distinction entre les fonds propres et les fonds étrangers dans l'application du calcul de rendement brut. De surcroît, elles ne précisent pas à quel taux devraient être rémunérés les fonds étrangers dans l'hypothèse où il faille les distinguer des fonds propres¹⁵³.

Comme il l'a déjà été évoqué, la solution proposée par CONOD a été reprise par la jurisprudence, plus précisément par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois. Dans un premier arrêt du 1^{er} avril 2021, les juges de la CACI avaient estimé que, compte tenu du récent revirement de jurisprudence du TF en matière de rendement net, il fallait désormais majorer le taux d'intérêt hypothécaire de référence de 3,5 %¹⁵⁴. Citant l'auteur susmentionné, ils avaient estimé qu'un calcul de rendement brut ne pouvait pas donner lieu à un rendement inférieur à celui fait

¹⁴⁶ ATF 118 II 124, consid. 5, SJ 1992 I 595 (rés.).

¹⁴⁷ CONOD, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. 7.

¹⁴⁸ CONOD/BOHNET, p. 135.

¹⁴⁹ SVIT-K-ROHRER, p. 786.

¹⁵⁰ LACHAT/STASTNY, p. 621 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 269a CO.

¹⁵¹ ROHRER, p. 123.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA19.005612-200840 162 du 1^{er} avril 2021, consid. 4.2.

sur la base d'un calcul de rendement net, ce qui, par voie de conséquence, imposait de revoir le taux de rendement brut admissible¹⁵⁵.

Au surplus, les juges avaient repris les arguments avancés par le TF dans l'arrêt du 26 octobre 2020, en soulignant que cette majoration se justifiait afin de « *tenir compte du fait que celui-ci [le taux d'intérêt hypothécaire de référence] se situe à un niveau historiquement bas, avec pour conséquence que les calculs de rendement opérés sur cette base aboutissent à un rendement insuffisant pour les caisses de pension qui doivent servir des rentes à leurs assurés et pour les autres propriétaires immobiliers qui courent aussi des risques* »¹⁵⁶. Dans un second arrêt rendu un mois plus tard, la CACI n'avait pas jugé utile d'étayer davantage sa position, reprenant ainsi mot pour mot ce qu'elle avait déjà avancé et cité dans son précédent arrêt¹⁵⁷.

Plus récemment, un tribunal de première instance du canton de Neuchâtel a lui aussi adopté ce raisonnement, tout en rappelant que ce dernier avait été retenu par la CACI dans son arrêt du 1^{er} avril 2021¹⁵⁸. Les juges de première instance ont dès lors fait remarquer que l'arrêt vaudois avait été approuvé par CONOD et que rien ne justifiait de : « *s'écarte de cette d'ores et déjà assez claire évolution de la situation sur le plan du droit* »¹⁵⁹.

Enfin, dans un arrêt du 16 juin 2023, le Tribunal fédéral, sans donner son avis sur la question, a cité l'auteur en mettant en exergue que : « *la doctrine préconise[ait] de réévaluer aussi le taux admissible du rendement brut* »¹⁶⁰. Dans la mesure où seul cet auteur a été cité par notre Haute Cour, on pourrait penser que c'est cette solution qu'elle entendrait retenir à l'avenir.

Retenant notre exemple d'un appartement de 55 m², le fait de majorer le taux d'intérêt hypothécaire de référence de 3,5 % nous permet d'avancer qu'un loyer mensuel de CHF 915,51.- doit être considéré comme étant admissible.

e) *Avis personnel*

Parmi les trois différentes solutions proposées, celle d'un taux d'intérêt hypothécaire de référence majoré de 2 % devrait d'emblée être rejetée. Selon nous, il serait contraire à la volonté du législateur qu'un rendement net puisse être supérieur ou égal à un rendement brut. La loi est formulée de façon à laisser apparaître le critère du rendement brut comme constituant une exception à celui du rendement net, permettant ainsi au premier d'être plus avantageux pour le bailleur que le second. En outre, comme l'avait très justement souligné le Tribunal fédéral : « *Le législateur (...) prévoyant que l'art. 269 CO risquait de mettre un frein à la construction de nouveaux logements, a également introduit, en 1989, la possibilité, pour les « constructions récentes », de calculer le loyer en fonction du rendement brut, celui-ci permettant au bailleur d'obtenir un rendement supérieur à celui autorisé par les autres critères légaux* »¹⁶¹.

¹⁵⁵ Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA19.005612-200840 162 du 1^{er} avril 2021, consid. 4.2.

¹⁵⁶ Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA19.005612-200840 162 du 1^{er} avril 2021, consid. 4.3.

¹⁵⁷ Arrêt en ligne de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud XA18.026836-201080 223 du 6 mai 2021, consid. 6.2.

¹⁵⁸ Arrêt n. p. du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-travers (Neuchâtel) PSIM.2019.88 du 16 mai 2022, consid. 4.

¹⁵⁹ Arrêt n. p. du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-travers (Neuchâtel) PSIM.2019.88 du 16 mai 2022, consid. 4.

¹⁶⁰ TF, arrêt 4A_285/2022 du 16 juin 2023, consid. 3.1.3.

¹⁶¹ TF arrêt 4A_465/2015 du 1^{er} mars 2016, consid. 5.6.1.

Le fait que la construction de nouveaux logements en Suisse ne soit, selon STASTNY, actuellement pas entravée ne justifie en rien de s'écarte de la volonté du législateur, au risque de voir la tendance s'inverser. De plus, indépendamment de savoir si cette affirmation est fondée ou non, les récentes statistiques en matière de taux de logements vacants dans le canton de Vaud prouvent qu'actuellement, la demande excède très largement l'offre et qu'il est nécessaire d'encourager le développement du parc immobilier destiné à la location¹⁶². Enfin, l'argument en vertu duquel le calcul du rendement brut se distingue considérablement du calcul du rendement net et que, partant, on ne peut lui appliquer le revirement de jurisprudence mérite également d'être battu en brèche : c'est justement compte tenu des différences entre les deux rendements qu'il a lieu d'admettre que le rendement brut soit supérieur au rendement net, dans la mesure où les charges ne sont prises en compte que dans ce dernier.

Malgré une démonstration remarquablement convaincante d'un point de vue mathématique, la solution proposée par le Professeur BIERI prête également le flanc à la critique, dans la mesure où il se fonde sur un postulat de départ qui, selon nous, est erroné. En effet, dans son raisonnement, l'auteur précité commence par opérer une distinction entre les fonds empruntés et les fonds propres avant de n'adapter le taux de rendement qu'à l'égard de ces derniers. Or, cela semble aller à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui ne distingue précisément pas les fonds empruntés des fonds propres pour procéder au calcul de rendement brut¹⁶³. Et même si le TF venait à revoir sa définition du rendement brut au sens de l'art. 269a let. c CO, la part de fonds propres (40 %) ainsi que celle de fonds étrangers (60 %) retenues par l'auteur amènerait à des résultats incompréhensibles, en ce sens que les investisseurs ayant acquis leur immeuble avec une importante proportion de fonds propres se verrait appliquer le même taux de rendement que ceux ayant eu en grande partie recours à des fonds empruntés. À cet égard, un autre auteur avait souligné qu'« *il faudrait 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* »¹⁶⁴.

Dans cette perspective, en reprenant le développement algébrique proposé par BIERI, mais en retenant un montant de fonds propres variant en fonction du financement effectif de l'immeuble, on arriverait à un taux de rendement admissible en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence allant de 2 % (lorsque la part de fonds propres est de 0 %) à 3,5 % (lorsque la part de fonds propres est de 100 %). L'hypothèse d'un immeuble financé entièrement à l'aide de fonds étrangers n'étant que purement théorique, le taux de rendement brut serait donc forcément supérieur au taux de rendement net et cela, peu importe la part de fonds propres retenue¹⁶⁵. Cette solution, nonobstant son inadéquation avec la définition même du rendement brut, aurait le mérite d'être plus proche de la réalité économique, en ce sens qu'elle favoriserait les investisseurs finançant leurs immeubles avec une part importante de fonds propres, résolvant ainsi la problématique des caisses de prévoyance. Cependant, comme il l'a déjà été évoqué, elle ne peut être retenue, dans la mesure où elle distingue les fonds propres des fonds étrangers.

Force est dès lors de constater, à la lumière des considérations qui précèdent, que la solution proposée par CONOD et ROHRER est celle qui devrait être retenue (*cf. infra* p. 22).

¹⁶² Taux de logements vacants par district dans le canton de Vaud au 1^{er} juin 2024.

¹⁶³ TF, arrêt 4A_268/2023 du 20 février 2024, consid. 4.1.2 ; TF, arrêt 4A_285/2022 du 16 juin 2023, consid. 3.1.3.

¹⁶⁴ CONOD, *Commentaire de l'arrêt TF 4A_554/2019*, p. 7.

¹⁶⁵ Par exemple, si un immeuble était financé avec une part de fonds propres équivalente à la part de fonds étrangers, le taux de rendement admissible serait de 2,75 % en sus du taux d'intérêt hypothécaire de référence.

IV. Conclusion

À nos yeux, la pratique, bientôt largement répandue, consistant à admettre que le taux de rendement admissible dans le calcul du rendement brut soit équivalent au taux d'intérêt hypothécaire de référence majoré de 3,5 à 4 % est sans nul doute la solution qui s'impose eu égard à l'ensemble des circonstances. Tant la jurisprudence que la doctrine s'accordent sur le fait que le calcul de rendement brut au sens de l'art. 269a let. c CO ne permet pas de distinguer les fonds propres des fonds étrangers¹⁶⁶. Par voie de conséquence, l'idée de ne rehausser que la part des fonds propres n'est pas admissible. De surcroît, on ne peut valablement concevoir que le critère du rendement brut soit moins avantageux pour le bailleur que le critère du rendement net, dans la mesure où le premier doit, contrairement au second, également couvrir ses charges. Enfin, cela irait à l'encontre de la volonté du législateur qui, de par l'application du critère du rendement brut, cherche à favoriser la construction de nouveaux immeubles en permettant au bailleur d'obtenir un rendement plus favorable que ce qu'il pourrait espérer en temps normal.

Nonobstant ces différents arguments, il sied de souligner que certains indices laissent à penser que la solution plébiscitée par CONOD et ROHRER serait la plus appropriée ou, à tout le moins, celle que retiendrait le Tribunal fédéral. D'une part, depuis le revirement de jurisprudence du 26 octobre 2020, les quelques tribunaux amenés à devoir se prononcer sur la question du taux de rendement admissible dans le calcul du rendement brut ont tous opté pour cette solution, alors même que d'autres idées avaient été proposées en doctrine.

D'autre part, dans un arrêt 16 juin 2023, le Tribunal fédéral a lui-même cité CONOD en affirmant que la doctrine proposait de rehausser le taux de rendement brut¹⁶⁷. À nouveau, d'autres auteurs s'étaient déjà exprimés en faveur d'un taux de rendement différent mais le TF n'a pas daigné les citer. Il est d'autant plus intéressant de relever que, dans l'arrêt précité, les parties s'étaient préalablement mises d'accord sur la question du taux de rendement, de sorte que notre Haute Cour aurait très bien pu se passer de commenter cette problématique. Il semble dès lors vraisemblable que cette approche sera également suivie par le Tribunal fédéral le jour où ce dernier sera amené à trancher la question.

L'idée de confier au législateur le soin de mettre un terme à la controverse est certes séduisante, mais peu réaliste ; comme l'a démontré l'histoire, aboutir à un consensus entre les bailleurs et les locataires relève du miracle¹⁶⁸, ce d'autant plus que les négociations en cours ne semblent pas être très productives¹⁶⁹. Dès lors, la jurisprudence du Tribunal fédéral, tant en matière de rendement net que de rendement brut, devra nécessairement être étayée, ne serait-ce que pour déterminer le taux de rendement à appliquer dans le cadre du rendement net lorsque le taux d'intérêt hypothécaire de référence dépassera les 2 %. À cet égard, comme l'avait suggéré un auteur, il serait peut-être opportun que le Tribunal fédéral accepte de s'entourer d'experts pour trouver des solutions idoines à ces différents problèmes¹⁷⁰.

En définitive, la question du taux de rendement admissible dans le calcul du rendement brut ne fait que confirmer un problème bien connu en droit, soit « *les difficultés qu'il y a à appliquer des critères juridiques à des problèmes de politique économique* »¹⁷¹.

¹⁶⁶ TF, arrêt 4A_268/2023 du 20 février 2024, consid. 4.1.2 ; TF, arrêt 4A_285/2022 du 16 juin 2023, consid. 3.1.3 ; LACHAT/STASTNY, p. 620 ; CPRA Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 103.

¹⁶⁷ TF, arrêt 4A_285/2022 du 16 juin 2023, consid. 3.1.3.

¹⁶⁸ LACHAT, p. 44.

¹⁶⁹ Deuxième table ronde du CF Guy Parmelin : du vent !

¹⁷⁰ PIAGET, p. 133.

¹⁷¹ TERCIER, p. 91.