

Questions choisies en matière de droit du bail

Analyse de quelques arrêts récents du TF dans les domaines de la sous-location, de la protection contre les loyers abusifs et de la protection contre les congés abusifs.



Pierre Stastny,
avocat, Genève.

La présente contribution, qui donne suite à un précédent article sur le sujet¹, ne prétend pas présenter de manière systématique les arrêts rendus par la plus haute Cour du pays², mais tend à présenter, de manière parfois critique, quelques aspects particuliers de problèmes régulièrement rencontrés dans la pratique du droit du bail, au prisme d'arrêts rendus par le TF entre fin 2015 et fin 2016.

1. Sous-location à un prix abusif: *cui bono?*

La problématique des sous-locations abusives est particulièrement d'actualité à l'heure du développement des plateformes de location du type Airbnb³. Récemment, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé de

donner suite à une initiative parlementaire tendant à durcir les conditions de la sous-location⁴. La jurisprudence fédérale a surtout eu l'occasion de s'attacher à l'autorisation ou non de sous-louer dans le cadre de procédures concernant des résiliations de bail, un peu moins au sort réservé au gain obtenu par le locataire principal de l'exercice indu de son droit de sous-louer. Dans un arrêt du 7 juillet 2016⁵, le TF a confirmé le droit du bailleur de pouvoir prétendre à la différence entre le loyer principal et le sous-loyer. Une sous-location non autorisée est en effet considérée comme une immixtion du locataire dans les affaires patrimoniales du bailleur. Pour autant que le locataire fût de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il ait su ou dû savoir qu'il sous-louait en violation de ses obligations contractuelles et qu'il retirait de la chose un profit illégitime, le bailleur a le droit d'exiger la restitution de ce profit sur la base de l'art. 423 al. 1 CO; à défaut, il peut le faire sur la base des règles sur l'enrichissement illégitime⁶.

Cela étant, ce droit concurrence celui du sous-locataire à se voir restituer le trop versé, découlant du caractère abusif, par-

fois même lésionnaire voire usuraire, du loyer pratiqué à son endroit⁷. Ce problème se pose notamment dans les cantons qui, en raison de la pénurie de logements, ont rendu obligatoire la notification du loyer initial des logements sur un formulaire officiel (art. 270 al. 2 CO), à peine de nullité du loyer: une telle obligation vaut également pour les sous-locations⁸; or, elle est presque toujours ignorée par les sous-bailleurs si bien que le sous-loyer est nul et, comme il est par hypothèse abusif, le trop payé est dû en faveur du locataire. Il faut par ailleurs souligner que, même en l'absence de nullité du loyer, une répétition du trop versé par le sous-locataire pourrait être justifiée, suivant les circonstances, par d'autres fondements, comme la lésion ou encore l'erreur essentielle, le dol, et les règles sur le dédommagement consécutif à un acte illicite⁹. A qui le sous-bailleur doit-il rendre le profit tiré de la sous-location dans de tels cas¹⁰? Il n'y a aucune jurisprudence du TF à ce propos à notre connaissance, et les commentaires classiques n'évoquent pas cette question, peut-être parce que la réponse apparaît évidente¹¹. A



nos yeux, il va de soi, ne serait-ce que par un a priori éthique, que la priorité doit être donnée à la partie qui, en définitive, a été exploitée et qui est à l'origine du surprofit indu, si bien qu'il faut convenir que le trop versé est d'abord dû en faveur du sous-locataire¹². Plus dogmatiquement, on peut s'inspirer selon nous de la hiérarchie posée par l'art. 51 al. 2 CO, pour prioriser la prétention du sous-locataire, découlant d'un acte illicite ou au moins déloyal dont il est victime, par rapport à celle du bailleur, qui est issue d'une gestion d'affaire imparfaite. Cette solution s'accorde au demeurant mieux avec le principe posé par l'art. 269 CO qui proscribit la perception d'un loyer abusif, ce à quoi s'apparenterait, au moins de manière lointaine, la remise du profit au bailleur. Quoi qu'il en soit, le gérant de mauvaise foi qu'est le sous-bailleur n'est tenu à répétition que des profits dont il est enrichi (art. 423 al. 1 et 2 CO)¹³. Si le trop perçu est restitué au sous-locataire, la question de la remise du gain au bailleur ne pose plus¹⁴. En conclusion, en cas de conflits de prétentions entre le sous-locataire et le bailleur, s'agissant du profit tiré par le sous-bailleur de manière abusive la priorité devra être donnée aux prétentions du premier. Le sous-bailleur sera bien inspiré de restituer à son locataire la différence (indue)¹⁵ entre le loyer principal et le sous-loyer, s'évitant ainsi d'être pris entre le marteau et l'enclume.

2. Protection contre les loyers abusifs

2.1 Le taux de rendement admissible est-il trop bas?

Le Tribunal fédéral a de longue date considéré que le rendement des fonds propres investis par le bailleur dans la chose louée est admissible, au sens de l'art. 269 CO, lorsqu'il n'excède pas de plus d'un demi-pour cent le taux de l'intérêt hypothécaire de 1^{er} rang¹⁶. Ainsi, quand le taux annoncé par l'Office fédéral du logement est de 2%, le taux de rendement convenable est de 2,5%. Ce pourcentage légèrement supérieur au loyer de l'argent se justifierait, parce que la législation ne vise qu'à combattre les abus et que le propriétaire encourt des risques (insolvabilité des locataires, vacances de logements, avance de frais pour travaux, risque de vente de l'immeuble à perte) plus élevés que le créancier hypothécaire de 1^{er} rang¹⁷. Le taux de rendement admissible fait toutefois l'objet d'une importante controverse doctrinale. On peut remarquer d'abord qu'une marge supplémentaire en sus du taux de référence hypothécaire ne va pas forcément de soi: ainsi en 1920, dans le cadre du système de contrôle des loyers prévu par le Conseil fédéral, l'intérêt convenable du capital investi par le bailleur dans l'immeuble était-il limité au taux hypothécaire de premier rang au maximum¹⁸. Il en va toujours ainsi pour les immeubles subventionnés par la

Confédération (art. 23 al. 2 OLCAP). Certains auteurs estiment ainsi que la marge de rendement de 0,5% de plus que le taux hypothécaire de référence est attractive, voire dans une certaine mesure injustifiée, car il est peu convaincant de garantir au bailleur une marge nette plus importante qu'à la banque, qui est elle-même rémunérée à un taux brut, c'est-à-dire couvrant aussi ses charges de gestion; par ailleurs le risque ainsi rémunéré n'est pas une donnée partagée également par toutes les régions suisses, certaines connaissant un taux de vacance très bas¹⁹. D'autres avis sont moins tranchés et voudraient une prise en compte plus importante du taux de rendement d'autres placements à risque comparable (par exemple les obligations)²⁰ ou la prise en considération d'autres circonstances comme la conjoncture économique générale, pour moduler la marge admissible en conséquence ou, au moins, qu'un taux différencié soit appliqué selon le type d'objets (habitation ou commerce) qui ne connaissent pas tous le même risque locatif²¹. Certains auteurs pensent, au contraire, que la marge supplémentaire est appropriée dans le cadre d'une législation anti-abus, et au vu du risque accru du bailleur par rapport à une banque (qui bénéficie de sûretés et d'autres prêts à taux plus rémunérateurs), mais que le critère du rendement ne tient pas suffisamment compte de la valeur d'usage²². On soutient en-



fin que le taux de rendement admissible devrait faire l'objet d'un réexamen, vu la décade des taux d'intérêts depuis l'époque où le TF s'est prononcé sur la question pour la première fois, et que le taux de rendement permis au bailleur est devenu insuffisant pour tenir compte des spécificités de l'investissement immobilier, si bien qu'il faudrait admettre soit un taux plancher (5% au minimum), soit une marge plus importante relativement au taux hypothécaire de référence (par exemple 1% de plus au lieu de 0,5% seulement)²³.

Dans un arrêt du 1^{er} mars 2016, le TF semble mettre un terme au débat doctrinal, confirmant sa jurisprudence constante²⁴. Notre Haute Cour estime que le taux de rendement d'un demi-point de plus que le taux hypothécaire de référence n'est pas une entrave à la rentabilisation des fonds propres, qui sont d'ailleurs réévalués partiellement (c'est-à-dire adaptés, pour partie, en fonction du renchérissement du coût de la vie) et augmentés dans une certaine mesure des investissements à plus-value financés en capitaux propres (par exemple lors de rénovation de l'immeuble)²⁵. Il n'y a par ailleurs pas de contrôle automatique des loyers, si bien que le bailleur n'est pas contraint de diminuer tout son état locatif lorsque les taux baissent, mais uniquement les loyers des locataires particuliers qui en font la demande, de manière qu'il lui

est loisible de conserver un rendement fort intéressant de son investissement²⁶. Que le taux hypothécaire soit bas est simplement le reflet de la tendance générale de taux d'intérêts bas et de rendements faibles (voire négatifs!) des obligations²⁷. Modifier le système de couplage avec le taux hypothécaire est en définitive une question politique, qu'il appartient au législateur de trancher²⁸. Cet arrêt semble frappé au coin du bon sens: pourquoi le bailleur, qui n'exerce «ni un art ni un métier pouvant justifier un gain»²⁹, serait-il beaucoup mieux rémunéré qu'un établissement bancaire ou un investisseur prenant des risques? On relèvera pour conclure que cela ne touche pas la question – restant ouverte – du taux de rendement relatif au secteur subventionné, ayant fait l'objet d'un arrêt récent³⁰. Certains estiment qu'il faut réserver à cette catégorie un traitement différencié tenant compte des particularités liées au contrôle étatique³¹.

2.2 Continuité de l'indexation? Oui mais...

Lorsqu'un bailleur conclut un contrat pour une durée de cinq ans au minimum, il peut indexer le loyer à la totalité de l'évolution de l'indice des prix à la consommation (IPC) en cours de bail, sans devoir attendre une échéance contractuelle pour adapter le loyer (art. 269b CO). Par exemple: le bail est conclu du 1^{er} janvier 2010 au 31 décembre 2014 et le loyer fixé sur la base de l'IPC connu à

la conclusion, soit celui de décembre 2009; il est indexable, même avant le 31 décembre 2015, et l'augmentation du loyer pourra être du même pourcentage que la variation de l'IPC. Ainsi, le loyer peut être majoré dès le 1^{er} juin 2011 de 1,2% (car l'indice de mars 2011, qui est celui connu en avril 2011 au moment où le bailleur notifie l'adaptation du loyer avec un mois de préavis, a varié de 1,2% par rapport à décembre 2009).

Lorsque le bail est automatiquement (ou en vertu d'une option) reconduit, après l'échéance initiale du contrat, pour une période d'au minimum cinq ans (on parle de bail indexé reconductible), par exemple du 1^{er} janvier 2015 au 31 décembre 2019, la clause d'indexation du loyer continue d'être valable, sauf convention contraire des parties. Dans le cadre de la période de reconduction de cinq ans, il y a continuité de l'indexation, en ce sens que l'indice de référence pour calculer le prochain loyer indexé est celui sur la base duquel le loyer a été dernièrement fixé (ici l'IPC de mars 2011), et non pas celui connu à l'expiration de la précédente période d'indexation (donc l'IPC de décembre 2014)³². On ne prend donc pas en considération la reconduction du bail dans l'intervalle pour «remettre l'indice à jour». C'est logique et assez simple à comprendre pour les parties. Cela ne revient toutefois pas à dire que lorsque les parties ont



choisi de perpétuer la clause d'indexation au fil des renouvellements du bail pour cinq ans ou plus, ce mode de fixation du loyer aurait désormais un caractère exclusif dans leurs relations, et interdirait donc de remettre en cause le loyer pour chacune des échéances prévues (dans notre exemple, pour le 1^{er} janvier 2015), en se prévalant des autres critères de fixation du loyer prévus par le CO. En réalité, les règles ordinaires (art. 269 et 269a CO) coexistent avec le régime d'indexation, sans exclusion mutuelle, sauf pendant le cours d'une période minimale d'indexation (où le loyer ne peut être qu'indexé). C'est ce qu'a confirmé un arrêt du 2 novembre 2015, malgré les avis contraires soutenus dans des jugements cantonaux et en doctrine³³. Il serait en effet contraire aux règles de protection contre les loyers abusifs, en plus d'être injuste et inapproprié, que le locataire voulant solliciter une baisse de son loyer au vu de la dégrèvement des taux d'intérêts depuis la conclusion ou la reconduction de son bail, soit placé devant l'alternative suivante: résilier son bail pour tenter de renégocier le loyer à la baisse ou continuer de payer un loyer abusif pour s'assurer du maintien du bail pour une nouvelle période. Autant qu'il serait absurde que le bailleur soit obligé de résilier le bail pour l'échéance, en vue de relouer à un tiers à un prix lui procurant un rendement approprié, si les circonstances évoluaient en sa faveur³⁴.

3. Protection contre les congés abusifs

3.1 Forme du congé-rénovation

Le Tribunal fédéral estime depuis maintenant quelques années qu'un bailleur est admis à résilier le bail pour l'échéance, s'il entend rénover les locaux et que cela lui sera facilité par le départ du locataire³⁵. Avec le temps, le TF a posé quelques cautions, permettant d'encadrer le congé ainsi donné, sans doute au vu de la multiplication de ce type de congés, pas toujours nécessaires ou opportuns, et motivés en réalité par la perspective de louer plus cher au prix du marché une fois les locaux libérés, moyennant un simple rafraîchissement³⁶.

Le TF a notamment clairement posé que le projet de rénovation importante nécessitant le départ du locataire devait être suffisamment abouti à l'époque où le congé était notifié (sans qu'il faille forcément qu'une autorisation de construire ait été demandée), et que ne pouvait justifier une résiliation un projet dont l'exécution ne serait pas (ou que marginalement) entravée par le maintien du locataire en place³⁷. Puis, dans un arrêt publié au Recueil officiel du 9 février 2016, le TF a posé des exigences claires quant à la motivation du congé, devant permettre au locataire de saisir les chances de succès de sa contestation d'un congé³⁸. Enfin, dans un arrêt passé relative-

ment inaperçu du 13 septembre 2016, le TF pose des exigences temporelles strictes quant à la motivation précise du congé: «Le locataire a le droit d'obtenir du bailleur une motivation qui lui permette d'apprécier ses chances de contester le congé avec succès; il doit notamment recevoir, en cas de projet de transformation, des informations suffisamment précises pour qu'il puisse évaluer, dans le délai de trente jours disponible selon l'art. 273 al. 1 CO, la réalité des intentions du bailleur et la gêne que sa présence entraînerait dans l'exécution des travaux»³⁹. Ainsi, il appartient désormais au bailleur, dès l'envoi du congé, par exemple dans le courrier accompagnateur, de décrire de manière suffisamment précise les travaux envisagés, afin que le locataire sache s'il entend contester le congé et avec quelles probabilités de succès. Cette précision bienvenue, quant à la motivation du congé, est toutefois insolite, eu égard au fait que le TF estime usuellement que le congé n'a pas à être motivé pour être valable, l'absence de motif n'étant qu'un indice du caractère abusif de la résiliation⁴⁰. Sans doute n'a-t-elle pas vocation à être transposée à d'autres cas de résiliation que le congé-rénovation.

3.2 Un recommandé non retiré est reçu quand même

Une lettre recommandée qui n'est pas retirée par son destinataire est considérée comme re-



que; en conséquence la communication qu'elle contenait déploie tous ses effets. Par exemple, une formule de résiliation donnée par le bailleur qui n'est pas retirée est considérée comme reçue et le congé entre en vigueur. C'est ce qu'a confirmé le Tribunal fédéral dans un arrêt du 13 décembre 2016⁴¹. La place manquerait pour exposer ici les enseignements importants de cet arrêt et d'autres l'ont fait mieux que nous ne l'aurions su⁴². On se limitera à souligner un point qui interpelle et qui semble avoir échappé au TF.

Dans son arrêt, le TF recommande au locataire qui n'aurait pas retiré un pli recommandé pendant le délai de garde, de se rendre à l'office de poste, pour connaître le nom de l'expéditeur du pli recommandé et ce, même si le délai de garde est échu. Cela n'est malheureusement pas possible: l'identité de l'expéditeur n'est pas connue de l'office de poste de distribution. La seule chose que connaisse cet office est

l'endroit où il a renvoyé le pli recommandé non retiré. Ainsi, la locataire du cas porté à la connaissance du TF aurait-elle au mieux pu apprendre que le courrier recommandé a été retourné à «Genève». Le Tribunal fédéral indique en outre que l'on pourrait connaître le nom de l'expéditeur d'un recommandé en consultant le site internet de La Poste «Track & Trace». C'est malheureusement erroné. Ainsi, lorsqu'on dépose un pli recommandé à La Poste, celle-ci ne prend pas note du nom de l'expéditeur mais uniquement du destinataire. Si le pli recommandé vient en retour, La Poste le distribuera à l'expéditeur dont le nom figure sur l'enveloppe; dans la mesure où la plupart des expéditeurs demandent qu'un pli recommandé non retiré leur soit retourné sous pli simple (et non pas par pli recommandé), le nom de l'expéditeur ne figure pas dans le système informatique de La Poste, puisque, en effet, dans ce cas le pli recommandé est simplement glissé dans la boîte aux

lettres de l'expéditeur. Ce n'est que très exceptionnellement que le destinataire d'un pli recommandé et non retiré pourra connaître le nom de l'expéditeur, à savoir si ce dernier envoie de nombreuses lettres recommandées, et a donc demandé à La Poste de lui fournir un lot de numéros, qui seront apposés sur les lettres et déposés à l'office de poste. Dans ce cas, le destinataire devra faire une demande au service clientèle de La Poste à Berne (et non pas au guichet postal), pour connaître le nom de l'expéditeur.

A noter que La Poste a encore introduit un nouveau produit, à savoir le «Recommandé prepaid», à savoir la possibilité pour n'importe quel particulier d'acheter une étiquette d'expédition recommandée, de la coller sur une lettre et de déposer celle-ci dans n'importe quelle boîte aux lettres, la lettre étant ensuite acheminée comme recommandée. Là encore, le nom de l'expéditeur n'est conservé nulle part. ■



¹Voir la contribution de Xavier Rubli *in plaidoyer* 2/16, pp.42 ss.

²Plusieurs revues juridiques se livrent à cet exercice. Voir notamment: Bruno Hediger, *Entwicklungen im Mietrecht*, Schweizerische Juristen-Zeitung, 111(2015), pp. 333 ss. Une présentation annuelle et commentée des Arrêts du Tribunal fédéral (ci-après: ATF) est faite chaque année en décembre par la revue du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel, *Droit du Bail*. Enfin, une newsletter en ligne (www.bail.ch/newsletter) présente chaque mois toutes les décisions du TF.

³Voir à ce propos: Sylvie Fischer, *Conditions de la sous-location à l'heure d'Airbnb*, *plaidoyer* 6/16, pp. 14 ss. Voir sur le même sujet une récente jurisprudence zurichoise: ZMP 2017 n° 2.

⁴Initiative parlementaire 15.455 déposée par Hans Egloff le 18 juin 2015. Le Conseil national a décidé d'y donner suite le 13 mars 2017.

⁵TF 4A_211/2016 du 7 juillet 2016 c. 2.
⁶ATF 126 III 69 c. 2a ; ATF 129 III 422 c. 4; TF 4A_456/2010 du 18 avril 2011 c. 4; TF 4A_518/2014 du 19 novembre 2014 c. 3.

⁷Karin Grobet Thorens, *La sous-location non autorisée et la gestion de mandat imparfaite*, *in* Regards de marathoniens sur le droit suisse, Mélanges publiés à l'occasion du 20^e «Marathon du droit», Slatkine, Genève, 2015, p. 160.

⁸ATF 124 III 62 c. 2a.

⁹Roger Weber, *commentaire de l'ATF 126 III 69*, *in* PJA 2000, p. 1030.

¹⁰Question laissée en suspens par Grobet Thorens, p. 160.

¹¹Pro multis: CPra Bail-Bise/Planas, art. 262 CO, n. 69; Roger Weber, *Commentaire bâlois du CO*, art. 262, n. 4a.

¹²Dans ce sens: Weber, p. 1030.

¹³TF 4A_456/2010 du 18 avril 2011 c. 4.

¹⁴Weber, p. 1030.

¹⁵On rappelle que toute différence n'est pas en soi indue si elle est justifiée par des prestations supplémentaires du sous-bailleur. Voir David Lachat, *Le bail à loyer*, ASLOCA (éd.), Lausanne, 2008, p. 569.

¹⁶ATF 122 III 257 c. 3a; ATF 120 II 100 c. 6b aa.

¹⁷ATF 120 II 100 c. 6b bb.

¹⁸Urs Hausmann, *Vertragsfreiheit im schweizer Mietrecht von 1804 bis 2014 unter besonderer Berücksichtigung des Mietzinzes*, Dike Verlag, Zurich, 2016, p. 129.

¹⁹Weber, *Commentaire bâlois du CO*, art. 269, n. 7.

²⁰Bernard Corboz, *Le loyer abusif au sens de l'AMSL*, DC 1982, p. 30 et p. 32.

²¹Richard Barbey, *L'arrêté fédéral instaurant des mesures contre les abus dans le secteur locatif*, Payot, Lausanne, 1984, pp. 71-73.

²²Peter Higi, *Commentaire zurichois du CO*, art. 269, n. 41.

²³Récemment: Beat Rohrer, *Revisionspostulate im Mietrecht*, *in* Aktuelle Fragen zum Mietrecht, Schultess, Zurich, 2012, p. 180, qui plaide pour une fourchette de minimum 1-2% de plus que le taux hypothécaire de référence, avec en outre un taux plancher de 5%; Mark Müller, *La fixation du taux de rendement net admissible des fonds propres: pour un changement de jurisprudence*, CdB 2016, pp. 1 ss, *passim*, spéc. p. 8, qui exige un taux de rendement proche de 5%.

²⁴ATF 4A_465/2015 du 1^{er} mars 2016, c. 4.4.2.

²⁵ATF précité, c. 5.4.

²⁶ATF précité, c. 5.4.

²⁷ATF précité, c. 5.6.1.

²⁸ATF précité, c. 5.6.2.

²⁹Giacomo Roncoroni, *Les leçons de l'histoire*, *Droit au logement* n°218, fé-

vrier 2015, p. 9.

³⁰TF 1C_500/2013 du 25.9.2014.

³¹David Lachat, *Rendement des meubles subventionnés: un arrêt qui agite la Genève immobilière*, *in* Regards de marathoniens sur le droit suisse, Mélanges publiés à l'occasion du 20^e «Marathon du droit», Slatkine, Genève, 2015, pp. 161 ss, *passim*.

³²ATF 137 III 580 c. 2.

³³TF 4A_269/2015 du 2 novembre 2015 c. 2.3.1 et 2.3.2; d'un avis contraire: CdB 2008, pp. 28 ss (décision cantonale VD); Philippe Conod, Julien Broquet, *La pratique récente en matière de loyer et de frais accessoires*, 16^e Séminaire sur le droit du bail, Schultess, Neuchâtel, 2010, pp. 221 ss, pp. 242-243; Andreas Maag, *Mietzinsgestaltung (Herabsetzung) nach Ablauf eines mehrmals stillschweigend verlängerten indexierten Mietvertrags*, MRA 2011, pp. 95-96; Beat Rohrer, *Der indexierte Mietzins*, MRA 2012, pp. 1 ss, pp. 12-14; Jean-Marc Siegrist, *Quelques loyers variables et variations de loyer*, 19^e Séminaire sur le droit du bail, Helbing Lichtenhahn, Neuchâtel, 2016, pp. 80-81.

³⁴TF 4A_269/2015 du 2 novembre 2015 c. 2.3.2.

³⁵ATF 135 III 112 c. 4.

³⁶Anita Thanei, *Aktuelles zur Anfechtung der Kündigung des Mietvertrags*, *Plaidoyer* 3/15, p. 30.

³⁷ATF 140 III 496 c. 4.1 et c. 4.2.2.

³⁸ATF 142 III 91 c. 3.2.

³⁹TF 4A_409/2016 du 13 septembre 2016 c. 4.

⁴⁰ATF 138 III 59 c. 2.1.

⁴¹TF 4A_293/2016 du 13 décembre 2016 c. 4.1 (destiné à la publication au *Recueil officiel*).

⁴²Voir le commentaire très fouillé de Blaise Carron *in* la newsletter *Bail.ch*, janvier 2017.