

ARTICLE

LA FIXATION DU TAUX DE RENDEMENT NET ADMISSIBLE DES FONDS PROPRES : POUR UN CHANGEMENT DE JURISPRUDENCE. FESTLEGUNG DER ZULÄSSIGEN NETTORENDITE AUF DEN EIGENMITTEL : ÄNDERUNG DER RECHT- SPRECHUNG.

Mark Muller, avocat, juge assesseur à la Chambre d'appel genevoise
en matière de baux et loyers

Depuis quelques temps, en raison de la baisse constante des intérêts hypothécaires en Suisse, la question de la détermination du taux de rendement net admissible des fonds propres investis dans un immeuble locatif est à nouveau sur le devant de la scène. La présente contribution a pour objectif de poser le problème et de proposer une modification de la jurisprudence en vigueur.

A. INTRODUCTION

Selon l'art. 269 du Code des obligations¹, dont la note marginale est « A. Loyers abusifs, I. Règle », 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. Le critère sous-jacent des coûts à appliquer pour définir ledit rendement excessif n'est précisé ni par le code ni par l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux².

La question de savoir quels investissements et quelles autres dépenses peuvent être pris en compte dans le cadre du calcul de rendement, de même que la limite entre un rendement admissible et un rendement excessif ne font pas l'objet non plus de précisions dans la loi.

Il est ainsi revenu à la jurisprudence du Tribunal fédéral de concrétiser ces notions aussi centrales qu'indéterminées³.

En 1996, le Tribunal fédéral a résumé sa pratique en matière de détermination du rendement admissible en rappelant qu'il s'agissait du rendement net, soit le rendement du capital propre investi par le bailleur. Par capital propre, il faut entendre la différence entre le coût initial et les fonds étrangers. A ce capital, il convient d'ajouter les amortissements et les investissements à plus-value financés par des fonds propres. Le montant du capital propre ainsi déterminé, à concurrence de 40% du coût de revient, doit être adapté

1 CO – RS 220.

2 OBLF – RS 221.213.11.

3 David Lachat, Rendement des immeubles subventionnés: un arrêt qui agite la Genève immobilière, in Regards de marathoniens sur le droit suisse, Slatkine, Genève, 2015, p. 166.

au coût de la vie, même si la part de capital propre est plus élevée ou si l'immeuble a été entièrement financé à l'aide de fonds propres⁴.

Pour déterminer le rendement net, il faut en outre soustraire du loyer toutes les charges liées à l'exploitation et à l'entretien de l'immeuble et se baser sur les valeurs moyennes des périodes précédentes, en règle générale cinq ans, mais au moins trois ans.

Le rendement net ainsi déterminé est, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui date d'une époque où le taux hypothécaire de référence était de 5%, admissible lorsqu'il n'excède pas de plus de 0,5% le taux hypothécaire de 1^{er} rang pratiqué par les grandes banques pour les hypothèques de premier rang⁵. Ce principe a ensuite été confirmé à plusieurs reprises⁶.

Cette jurisprudence pénalise doublement le bailleur, dès lors que, d'une part, seuls 40% du prix de revient peuvent être indexés et que, d'autre part, cette faible part de ses fonds propres ne peut faire l'objet d'un rendement net que de 0,5% de plus que le taux hypothécaire de référence.

B. LES MOTIFS EN FAVEUR D'UN CHANGEMENT DE JURISPRUDENCE

Si les bailleurs ont pu vivre avec cette jurisprudence pendant des décennies, soit tant et aussi longtemps que les taux hypothécaires se situaient aux alentours de 5%, tel n'est plus le cas aujourd'hui, alors que le taux hypothécaire de référence applicable est de 1,75%. Le maintien de la jurisprudence en vigueur risque ainsi indubitablement, entre autres effets, de décourager l'investissement dans la construction de logements, ce qui ne ferait qu'accroître la pénurie à terme, avec les risques d'abus qui en découlent. Or, tel ne peut pas être la conséquence du régime de fixation des loyers du Code des obligations, lequel, à la suite de l'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972⁷, a pour but de lutter contre les abus⁸.

Le moment est donc venu de revoir la jurisprudence afin d'en supprimer cet effet pervers, tout en prévenant les abus.

Un revirement de jurisprudence peut se justifier notamment lorsqu'il apparaît que les circonstances ou les conceptions juridiques ont évolué ou qu'une autre pratique respecterait mieux la volonté du législateur. Les motifs du changement doivent être objectifs et d'autant plus sérieux que la jurisprudence est ancienne afin de ne pas porter atteinte sans raison à la sécurité du droit⁹.

En l'occurrence, le seul fait de la baisse drastique des taux hypothécaires depuis l'époque où le Tribunal fédéral a établi sa jurisprudence justifie que l'on se repose la question de la détermination du taux de rendement net admissible.

4 ATF 122 III 257 cons. 3a = JdT 1997 I 595 avec un renvoi aux ATF 106 II 356 = JdT 1981 I 141 et ATF 120 II 100 = JdT 1995 I 220.

5 ATF 112 II 149 cons. 2b = JdT 1987 I 250.

6 ATF 122 III 257 = JdT 1997 I 595; ATF 123 III 171 = JdT 1998 I 191.

7 AMSL – RO 1972 1531.

8 Corboz, Le loyer abusif au sens de l'AMSL, in *Droit de la construction* 1982, p. 32.

9 ATF 136 III 6 cons. 3; ATF 135 II 78 cons. 3.2.

Le fait que le taux hypothécaire de référence est, depuis le 1^{er} janvier 2008, fixé par la Confédération, conformément à l'art. 12a de l'OBLF, milite aussi pour une révision de la jurisprudence. Il s'agit désormais d'un taux d'intérêt moyen pondéré des créances hypothécaires en Suisse (art. 12a al. 1 OBLF). Les facteurs influençant la fixation des taux d'intérêt ont évolué en relation avec l'évolution considérable de l'économie, soit dans les trente dernières années. Le taux de référence actuel est ainsi nettement plus éloigné de la réalité économique locale qu'auparavant, puisque, dans l'ancien système, le taux de référence à considérer était le taux pratiqué localement, le plus souvent par la banque cantonale du lieu de situation de l'immeuble.

Un changement de la jurisprudence se justifie enfin au motif que celle-ci a pour effet que les loyers en vigueur en Suisse, du fait d'un niveau des taux hypothécaires historiquement bas, sont aujourd'hui en grande majorité abusifs¹⁰. Un tel décalage entre la réalité économique et le droit n'est pas sain.

C. LES FAIBLESSES DE LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

Le bas niveau des taux hypothécaires met en lumière les graves défauts de la jurisprudence du Tribunal fédéral ici mise en cause.

1. Rappel des critiques générales de la méthode

De manière générale, l'on rappellera que, conformément au mandat constitutionnel de l'article 109 de la Constitution fédérale¹¹ (anciennement art. 34 septies Cst.), la loi se borne à lutter contre les abus en matière de bail à loyer, notamment les loyers abusifs. La définition d'une méthode permettant de définir au franc près le loyer au-delà duquel ce dernier serait abusif est ainsi contraire au mandat constitutionnel.

La méthode de détermination du rendement net admissible a fait l'objet de critiques répétées en doctrine. Certains la trouvent compliquée¹², d'autres y voient une impossibilité d'apprécier correctement le loyer dans le temps, en raison de sa dépendance à un élément conjoncturel variable, soit la fluctuation du taux hypothécaire de référence¹³.

Récemment, des auteurs ont mis en évidence que la méthode part de l'idée que le bailleur n'aurait pas le droit d'obtenir un rendement sur la plus-value créée au cours des années, ce qui est contraire à la volonté du législateur¹⁴.

Dans le contexte actuel de taux historiquement bas, la doctrine a, de plus, relevé le caractère absurde de la situation en décrivant le cas d'un bail indexé. Alors que l'indexation régulière du loyer à l'évolution du coût de la vie aurait légalement fait progresser le loyer depuis la conclusion du bail, l'application du critère jurisprudentiel du rendement net peut faire passer le loyer à un niveau inférieur au loyer initial, lequel aurait été admissible lors de la conclusion du bail¹⁵.

10 Rohrer, «Revisionspostulate im Mietrecht», in *Aktuelle Fragen zum Mietrecht*, EuropaInstitut/Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2012, p. 173.

11 Cst. – RS 101.

12 Higi, *Die Miete*; Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich, 1998, ad art. 269 CO, n^{os} 56-58 et 341-347.

13 Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne, 2008, p. 442.

14 Bürkhalter/Martinez/Favre, *Commentaire SVIT du droit du bail*, Lausanne, 2011, p. 464.

15 Rohrer, op. cit., p. 171-172.

2. La détermination des fonds propres

La méthode définie par le Tribunal fédéral s'écarte fondamentalement de la réalité économique, dans la mesure où elle ne permet de réactualiser les fonds propres investis par le bailleur qu'à concurrence de 40% du prix de revient de l'immeuble. Cette règle s'inspire du régime applicable en cas de calcul d'une hausse de loyer fondé sur les art. 269a let. e CO et 16 OBLF. Or, ces dispositions s'appliquent dans le cadre de la méthode relative et ne devraient pas s'appliquer lors d'un calcul de rendement net effectué sur la base de la méthode absolue de l'art. 269 CO. Dans ce cas, il n'y a pas de raison de ne pas admettre de réactualiser la totalité des fonds propres réellement investis¹⁶.

Procéder de la sorte revient de plus à outrepasser le mandat constitutionnel, qui consiste à lutter contre les abus. L'on ne voit pas en quoi il serait abusif de permettre au bailleur d'obtenir un rendement sur la totalité de ses fonds propres, intégralement indexés à l'évolution du coût de la vie.

Cette méthode crée aussi, pour un même objet, une inégalité de traitement critiquée entre des bailleurs dont les modes de financement sont différents ou encore entre ceux qui ont acheté récemment leurs immeubles et ceux qui en sont propriétaires de longue date, de même qu'entre locataires¹⁷.

3. Le taux de rendement net admissible

La jurisprudence du Tribunal fédéral limite à 0,5% de plus que le taux hypothécaire de référence le rendement net des fonds propres calculés selon la méthode critiquée ci-dessus.

Cette jurisprudence heurte le sens commun, aussi bien en raison du lien opéré entre le taux hypothécaire et les loyers (let. a.) qu'en raison du niveau de rendement qu'elle autorise (let. b.).

a) Lien entre le taux hypothécaire et les loyers

La jurisprudence du Tribunal fédéral opère un lien artificiel entre le niveau du taux hypothécaire, en l'occurrence un taux de référence moyen fixé par la Confédération en application de l'article 12a OBLF, et le rendement net admissible.

Ce lien a fait l'objet de nombreuses critiques, plus particulièrement en ce qui concerne les variations de loyer autorisées en application de l'art. 269a let. b CO en cas de variation du taux hypothécaire. Le Conseil fédéral a cherché, à plusieurs reprises, à rompre ce lien.

Dans son rapport explicatif sur la révision du droit du bail du 27 février 2008¹⁸, l'Office fédéral du logement¹⁹ a présenté les résultats d'un groupe de travail comprenant des représentants des différents groupes d'intérêts concernés par le droit du bail. Le groupe a formulé des propositions sur lesquelles les associations de locataires et de bailleurs se sont accordées pour l'essentiel.

16 Higi, op. cit., ad art. 269, n° 190 ss; Bürkhalter/Martinez/Favre, op. cit., p. 479-480.

17 Bürkhalter/Martinez/Favre, op. cit., p. 474; Rohrer, op. cit., p. 172-173.

18 Rapport OFL; www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1567/Bericht.pdf.

19 OFL.

L'OFL relève que «le couplage des loyers au taux hypothécaire, en particulier, n'est judicieux ni du point de vue économique ni du point de vue social»²⁰. Il poursuit en rappelant que «la mise en relation de l'évolution des taux hypothécaires et de celle des loyers est un point particulièrement contesté. Elle est critiquée depuis longtemps pour des raisons fort diverses par les organisations de bailleurs et de locataires, par les banques et les milieux scientifiques.»²¹ L'OFL constate que «le couplage, du fait de la loi, des taux hypothécaires et des loyers a créé une relation de causalité entre deux marchés sans lien direct en matière de formation des prix des produits négociés. (...) Le couplage actuel a pour effet de politiser le taux hypothécaire variable, ce qui rend d'autant plus difficile une politique monétaire appropriée.»²²

Sur la base de ces constats, la solution adoptée par les parties prenantes à la négociation et présentée dans le rapport de l'OFL permettait de découpler les loyers des taux hypothécaires. En particulier, le projet de révision du Code des obligations joint en annexe au rapport a éliminé totalement tout lien entre le taux hypothécaire et les loyers.

Hélas, de même que toutes les précédentes tentatives de révision des dispositions du Code des obligations sur la protection contre les loyers abusifs, les propositions émanant de ce groupe de travail paritaire ont échoué.

Le dispositif qui permet de faire évoluer le loyer en fonction de la variation du taux hypothécaire dans le cadre de la méthode relative est ainsi toujours en vigueur et ne pourra être modifié que si la loi l'est également. En revanche, il en va différemment du lien entre le niveau du taux hypothécaire de référence et le rendement net des fonds propres admissibles. En effet, celui-ci est exclusivement fondé sur la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Rien n'empêche donc les tribunaux de prendre acte des critiques unanimes dont ce lien fait l'objet et d'en tirer les conséquences s'agissant de la manière de fixer le rendement net admissible des fonds propres.

b) Le taux admis

Au-delà de la question de principe du lien entre taux hypothécaire et loyers, la référence au taux hypothécaire moyen publié par la Confédération se révèle par ailleurs totalement inadapté, car éloigné de la réalité économique du marché hypothécaire.

Il apparaît que le rendement ainsi défini ne procure pas un rendement suffisant au bailleur. La jurisprudence actuelle est motivée par le fait que le rendement net admis correspond au revenu de placements de capitaux comparables à l'investissement immobilier²³. Dans cet arrêt de base, le Tribunal fédéral se référait notamment à Corboz²⁴. Selon ce dernier, il faut tenir compte, dans la détermination du rendement admissible, des particularités de l'investissement immobilier.

Or, la réalité de ce marché, de même que d'autres considérations économiques, doivent aujourd'hui, pour les raisons qui suivent, amener la jurisprudence à évoluer.

20 Rapport OFL, p. 1.

21 Rapport OFL, p. 2.

22 Rapport OFL, p. 3.

23 ATF 112 II 149, cons. b.

24 Corboz, op. cit., p. 32.

D. ARGUMENTS EN FAVEUR D'UN CHANGEMENT DE JURISPRUDENCE

1. La pratique bancaire de l'octroi de prêts hypothécaires

L'Association suisse des banques²⁵ a édicté des directives concernant l'examen, l'évaluation et le traitement des crédits garantis par gage immobilier. Celles-ci prescrivent des standards minimaux applicables aux crédits garantis par gage immobilier. Ces directives ont été reconnues par l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers²⁶ conformément à la circulaire FINMA 2008/10²⁷ et sont réputées constituer un standard minimal prudentiel.

En application de ces directives, chaque banque doit définir dans des dispositions internes le déroulement des opérations de crédit. Ces dispositions régissent les aspects organisationnels et prescrivent des processus, des contrôles, des calculs et des évaluations.

Selon l'art. 3.1 des directives, avant tout octroi de crédit, la banque est tenue de procéder à un examen du crédit qui comprend à la fois le contrôle de solvabilité (honorabilité et capacité de crédit) et l'évaluation des sûretés. Il permet d'assurer la pérennité du financement et, ainsi, de limiter le risque de crédit.

Pour les immeubles de rapport, le contrôle de la solvabilité et de la capacité financière s'effectue au premier chef sur la base du résultat dégagé par l'immeuble. Les éléments de produits et de charges à prendre en compte à cet effet, ainsi que le taux hypothécaire théorique appliqué, doivent être définis par la banque dans des règlements internes.

En ce qui concerne l'évaluation du gage immobilier, la valeur de nantissement se détermine au regard de la valeur de rendement (art. 4.3). La banque définit par écrit la méthode et/ou la logique de détermination des taux de capitalisation par type d'immeuble et fixe des règles quant à la surveillance de ses taux et à leur adaptation en cas de changement de la situation économique.

Sur la base de ces directives, les banques accordent des prêts hypothécaires après avoir veillé à ce que les revenus locatifs couvrent un intérêt dit « calculatoire », qui se situe actuellement entre 4,5 et 5%. Si cette condition est remplie, le crédit est accordé à un taux du marché. Ainsi, si le taux hypothécaire appliqué reflète la situation du marché des crédits hypothécaires, l'analyse effectuée par la banque exige en réalité un rendement de la chose louée bien supérieur au taux admis par le Tribunal fédéral.

Il en découle, en théorie, que si tous les loyers d'un immeuble devaient être adaptés à un rendement net des fonds propres calculés conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral ici critiquée, les banques dénonceraient les prêts accordés sur la base de l'état locatif existant lors de l'octroi du crédit, lequel permettrait de couvrir l'intérêt calculatoire. L'état locatif résultant de l'application du taux de rendement net admis par le Tribunal fédéral ne permettrait en effet pas aux banques d'octroyer des crédits dans le respect de leurs directives. Il en découle que cette jurisprudence est en total décalage avec la réalité économique et bancaire.

25 ASB.

26 FINMA.

27 Circulaire FINMA 2008/10 « Normes d'autorégulation reconnue comme standards minimaux ».

Le rendement que l'application de la jurisprudence du Tribunal fédéral autorise est par ailleurs très éloigné d'autres rendements prévus par le droit fédéral ou cantonal.

2. Les contraintes applicables aux caisses de prévoyance

En premier lieu, et c'est particulièrement pertinent s'agissant de la problématique ici examinée, la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité²⁸ exige des caisses de prévoyance qu'elles rémunèrent à un certain taux maximum, dénommé taux technique, la réserve mathématique inscrite au passif des caisses, soit la somme représentant, avant rémunération par ce taux technique, leurs engagements futurs servant à payer les rentes de leurs assurés lorsqu'ils auront atteint l'âge de la retraite²⁹.

Le niveau du taux technique détermine ainsi le montant à inscrire au passif des caisses. Ainsi, plus le taux est bas, plus la réserve mathématique est élevée. Lorsque le taux technique baisse, la caisse doit élever le passif de son bilan, ce qui la contraint à inscrire une dépense dans ses comptes.

Alors que le taux technique fixé par l'Office fédéral des assurances sociales³⁰ est un taux maximum, il représente ainsi en réalité un taux minimum en termes de rendement des actifs de la caisse. En effet, si la caisse n'atteint pas ce taux de rendement de ses actifs, la réserve mathématique doit être augmentée au passif de son bilan, avec la conséquence fâcheuse décrite ci-dessus, soit de l'inscription d'une dépense dans ses comptes.

Exprimé autrement, les caisses de pension de Suisse, qui investissent une part non négligeable de leurs actifs dans l'immobilier qui contribue fortement à la construction de logements, doivent générer un rendement de leurs actifs au moins aussi élevé que le taux technique.

A ce jour, le taux technique fixé par l'OFAS est de 2,75%, ce qui signifie que le rendement des fonds propres admis pour le bailleur sur la base de l'art. 269 CO n'est pas suffisant pour permettre aux caisses de pension de respecter les exigences de la Confédération.

3. Le taux d'intérêt légal

La même remarque s'impose lorsque l'on sait que le droit fédéral prévoit que celui qui doit des intérêts dont le taux n'est fixé ni par la convention ni par une autre loi les acquitte au taux annuel de 5%³¹. L'on ne voit pas pour quelle raison ce taux ne serait pas également considéré comme un taux admissible pour le rendement net des fonds propres du bailleur³².

4. Les taux admis dans le logement social

Dans un autre registre, très proche de la problématique ici examinée, le droit genevois du logement social, qui est le plus développé de Suisse, permet aux propriétaires d'immeubles de logements à loyers contrôlés, soumis à la loi genevoise sur le logement et la protection des locataires³³, de réaliser des

28 LPP – RS 831.40.

29 Art. 51a al. 2 let. e; 52e al. 2 let. a et 65 LPP.

30 OFAS.

31 Art. 73 al. 1 CO.

32 Rohrer, op. cit., p. 175.

33 LGL – RS/GE I 4 05.

rendements nets initiaux situés entre 4,5% et 7%, en fonction de la catégorie de logements dont il s'agit et du taux de fonds propres³⁴.

Même si la construction et l'exploitation des immeubles de logements en question présentent des différences par rapport au marché dit libre, notamment un étroit contrôle financier, il est difficile de considérer que ces taux de rendement soient abusifs. L'on se situe en effet dans le cadre très réglementé et politiquement étroitement surveillé de la politique sociale du logement, dont le but est de mettre à la disposition de la population des logements à loyer modéré ainsi que d'encourager la construction de logements sociaux.

Certes, dans un arrêt récent rendu dans une affaire vaudoise, le Tribunal fédéral a rappelé que le principe de l'interdiction du loyer abusif prévu par l'art. 269 CO s'appliquait également au logement subventionné³⁵. Toutefois, c'est précisément la définition jurisprudentielle du rendement abusif qu'il y a lieu de revoir.

5. La valeur fiscale des immeubles

Enfin, en matière fiscale, de nombreux cantons, afin d'estimer la valeur fiscale des immeubles, capitalisent le rendement de ces derniers à un taux fixé par l'autorité. A titre d'exemple, dans le canton de Vaud, le règlement sur l'estimation fiscale des immeubles³⁶, en son article 7, prévoit que « la capitalisation du rendement s'opère sur la base du 5 à 6% du rendement net ou, dans la règle, du 6 à 9% du rendement brut selon le genre de l'immeuble ».

Il découle de ce qui précède que le taux de rendement net qui serait actuellement applicable en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral ne correspond en rien aux taux communément pratiqués, y compris et surtout en lien avec l'économie immobilière.

E. CONCLUSION

Le maintien de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral relative à la détermination du rendement net des fonds propres admissibles dans le cadre du calcul des loyers en application de l'art. 269 CO n'est plus défendable.

Le taux de rendement net aujourd'hui admis, soit un taux de 2,25%, s'écarte fortement de la réalité économique et des taux pratiqués dans différents domaines des affaires immobilières.

Une telle situation présente le risque, à terme, de décourager les investisseurs à s'intéresser à la construction de logements, ce que le législateur a voulu éviter.

Fixer le taux de rendement net admissible de la totalité des fonds propres investis dans un immeuble locatif à un niveau proche de 5% n'aurait rien de choquant ni d'abusif et permettrait, de surcroît, de préserver l'attractivité de l'investissement dans ce secteur primordial pour la population.

³⁴ Pratique administrative de l'Office cantonal du logement et de la planification foncière PA/SI/004.03 «Taux de rendements nets initiaux admis en fonction du type de financement».

³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014 publié dans la Semaine judiciaire 2015 I 205.

8 | ³⁶ RS VD 642.21.1.