



Libéralisation des loyers et protection contre les discriminations

LAURENT BIERI*

Cette étude montre qu'une libéralisation des loyers permettrait vraisemblablement de réduire – mais pas de supprimer – le nombre de discriminations dont sont victimes les locataires. Elle représente par conséquent une contribution au débat sur les avantages et les inconvénients d'une telle libéralisation.

Diese Studie zeigt, dass eine Liberalisierung der Mietzinse die Diskriminierung von Mietern wahrscheinlich verringern, aber nicht beseitigen würde. Der Aufsatz stellt daher einen Beitrag zur Debatte über die Vor- und Nachteile einer solchen Liberalisierung dar.

Plan

- I. Introduction
- II. La contestation du loyer initial
 - A. Le niveau des loyers
 - B. L'effet sur la pénurie
 - C. Les attributions discriminatoires
 - D. Les loyers discriminatoires
 - E. Les résiliations discriminatoires
- III. L'adaptation du loyer en cours de bail
 - A. L'écart entre les anciens et les nouveaux loyers
 - B. L'effet sur la pénurie
 - C. Les attributions discriminatoires
 - D. Les loyers discriminatoires
 - E. Les résiliations discriminatoires
- IV. Conclusion

I. Introduction

Un locataire est victime d'une discrimination lorsqu'il subit un traitement défavorable – par exemple, un refus de conclure ou une résiliation –, en raison de sa couleur de peau, de son origine, de sa religion, de son sexe, ou d'autres critères sensibles, sans qu'il existe de justification¹.

Plusieurs règles protègent les locataires contre les discriminations. Ainsi, en cas de refus de conclure discriminatoire, le locataire peut notamment agir en réparation du préjudice subi². En cas de congé discriminatoire, il peut obtenir l'annulation du congé et la réparation du préjudice subi³. Par ailleurs, un loyer discriminatoire est probablement illicite (art. 28 CC)⁴.

Malgré ces règles protectrices, il est largement admis que certains locataires continuent d'être victimes de discriminations, en particulier lors de l'attribution de logements⁵.

Comment améliorer la protection des locataires contre les discriminations ? On peut bien sûr penser à modifier les règles visant directement à protéger les locataires contre les discriminations. Dans cette perspective, l'idée de réviser les règles sur la preuve des discriminations est fréquemment évoquée⁶. Il s'agit en tout cas d'une piste intéressante à explorer, et il est nécessaire de continuer à réfléchir à l'amélioration de ces règles.

La présente étude suit toutefois une autre voie, moins discutée en Suisse : elle examine si une libéralisation des

* LAURENT BIERI, Professeur à l'Université de Lausanne. Je remercie Joséphine de Montpellier et Semsija Etemi, assistantes à l'Université de Lausanne, pour leur relecture attentive du manuscrit. Je remercie également Vincent Martenet, professeur à l'Université de Lausanne, pour ses critiques constructives.

¹ Sur la protection des locataires contre les discriminations en droit suisse, voir LAURENT BIERI, La protection des locataires contre les discriminations, in : François Bohnet/Blaise Carron (édit.), 20^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle 2018, 161 ss, et TAREK NAGUIB/TIZIANA FUCHS, Wohnen, in : Tarek Naguib/Kurt Pärli/Eylem Copur/Melanie Studer (édit.), Diskriminierungsrecht, Berne 2014, 163 ss. L'attribution d'un logement ou d'un local commercial à la personne qui est prête à payer le loyer le plus élevé n'est pas discriminatoire. En revanche, le refus de conclure motivé par le fait qu'une personne bénéficie de l'aide sociale pourrait être discrimi-

natoire. Sur le caractère discriminatoire du critère de la dépendance à l'aide sociale, voir ATF 136 I 309 c. 4.2 ; VINCENT MARTENET, in : Vincent Martenet/Jacques Dubey (édit.), Commentaire romand de la Constitution, à paraître, art. 8 N 85.

² Voir BIERI (n. 1), 166 ss, et les références citées.

³ Voir BIERI (n. 1), 178 ss, et les références citées.

⁴ Dans ce sens également NAGUIB/FUCHS (n. 1), N 498 s.

⁵ Pour une étude empirique récente portant sur le marché suisse, réalisée sur mandat de l'Office fédéral du logement, voir DANIEL AUER/JULIE LACROIX/DIDIER RUEDIN/EVA ZSCHIRNT, Ethnische Diskriminierung auf dem Schweizer Wohnungsmarkt, Granges 2019, Internet : <https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/Wohnungsmarkt/studien-und-publikationen/diskriminierung-auf-der-schweizer-wohnungsmarkt.html> (consulté le 24.11.2020).

⁶ Voir p.ex. VINCENT MARTENET, La protection contre les discriminations émanant de particuliers, RDS 2006, 456.

loyers permettrait de réduire les discriminations dont sont victimes les locataires⁷.

Plus précisément, elle examine dans un premier temps l'effet d'une plus grande liberté lors de la fixation du loyer initial, qui découlerait par exemple d'une augmentation du rendement admissible⁸, d'une plus grande possibilité pour le bailleur de se prévaloir avec succès des loyers usuels⁹, voire d'une suppression de la possibilité de contester le loyer initial¹⁰.

Puis, dans un deuxième temps, elle traite de l'effet d'un assouplissement des règles sur l'adaptation du loyer en cours de bail, qui découlerait par exemple d'un remplacement du droit en vigueur par un système d'adaptation régulière à l'indice des prix à la consommation ou à un autre indice, afin que les loyers en cours ne s'éloignent pas trop des nouveaux loyers.

⁷ Sur la libéralisation des loyers en Suisse, voir notamment PHILIPPE BIÉLER/JEAN-PIERRE GHELFI/DAVID LACHAT/LAURENT MOUTINOT, *Faut-il libéraliser les loyers*, Lausanne 1993 ; FRANZ JAEGER/STEFAN BÜHLER, *Marktmiete*, Coire/Zurich 1995 ; JEAN-CHRISTIAN LAMBELET/CHRISTIAN ZIMMERMANN, *Droit au logement ou économie de marché ?*, Lausanne 1991.

⁸ Sur le rendement admissible selon le droit en vigueur (art. 269 CO et 269a let. c CO), voir en particulier TF, 4A_554/2019, 26.10.2020, c. 8.4, destiné à publication. Une modification des règles sur la détermination des fonds propres lors de la détermination du rendement net – p.ex. une indexation de l'entier de la valeur de l'immeuble plutôt qu'une indexation de l'entier des fonds propres – pourrait aussi augmenter la flexibilité lors de la fixation du loyer initial. Sur l'adaptation des fonds propres, voir TF, 4A_554/2019, 26.10.2020, c. 8.3, destiné à publication.

⁹ Selon le Tribunal fédéral, si le bailleur se prévaut des loyers usuels, le locataire peut lui opposer le critère du rendement, sauf si l'on a affaire un immeuble ancien (ATF 140 III 433 c. 3.1 ; ATF 124 III 310 c. 2b). Un immeuble est ancien s'il a été acquis il y a 30 ans au moins au début du bail (ATF 144 III 414 c. 3). Si le Tribunal fédéral admettait que le locataire ne peut pas se prévaloir du critère du rendement lorsque le loyer ne dépasse pas les loyers usuels, il en résulterait une plus grande liberté lors de la fixation du loyer initial, surtout si les exigences quant à la preuve des loyers usuels étaient assouplies.

¹⁰ Selon le Tribunal fédéral, si un immeuble est ancien, c'est le critère des loyers usuels de la localité ou du quartier qui a la priorité (art. 269a let. a CO ; ATF 144 III 414 c. 3 ; ATF 140 III 433 c. 3.1). Si ce critère est applicable, il est difficile d'augmenter le loyer de plus de 10% lors d'un changement de locataire, même si le loyer payé par le précédent locataire était particulièrement bas, car le bailleur doit, en cas de contestation, apporter la preuve que le nouveau loyer n'est pas supérieur aux loyers usuels, ce qui extrêmement difficile. Sur cette question, voir ATF 139 III 13 c. 3.2 ; TF, 4A_191/2018, 26.3.2019, c. 3.3.3 ; LAURENT BIERI, *Le fardeau de la preuve des loyers usuels de la localité ou du quartier lors de la contestation du loyer initial*, PJA 2014, 1398 ss, et les références citées. Si le Tribunal fédéral admettait qu'il appartient toujours au locataire de prouver que le loyer initial dépasse les loyers usuels, il en résulterait également une plus grande liberté lors de la fixation du loyer initial.

Il est bien clair qu'il n'est pas possible de se prononcer sur la pertinence d'une libéralisation des loyers en se focalisant exclusivement sur la question des discriminations. Bien d'autres paramètres doivent être pris en considération, notamment les mesures qui seraient mises en place en parallèle pour aider les locataires qui pourraient être appelés à payer des loyers plus élevés (allocations logement, aide sociale, etc.) et pour assurer une redistribution équitable des richesses entre bailleurs et locataires (impôt foncier, impôt sur les gains immobiliers, impôt sur la fortune, impôt sur le revenu, etc.)¹¹.

Cette étude ne représente dès lors qu'une contribution au débat sur les avantages et les inconvénients d'une libéralisation des loyers, et en aucun cas un plaidoyer en faveur ou en défaveur d'une telle libéralisation.

II. La contestation du loyer initial

A. Le niveau des loyers

Selon le droit en vigueur, la plupart des locataires d'appartements et de locaux commerciaux peuvent contester le loyer initial et en demander la diminution, pour autant qu'ils aient été contraints de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale ou en raison de la situation sur le marché local, ou que le bailleur ait sensiblement augmenté le loyer initial par rapport au précédent loyer (art. 270 al. 1 CO)¹².

¹¹ Pour des analyses approfondies des méthodes permettant de redistribuer les richesses de manière optimale, voir AANUND HYLLAND/RICHARD ZECKHAUSER, *Distributional Objectives Should Affect Taxes but not Program Choice or Design*, *Scandinavian Journal of Economics* 1979, 264 ss ; LOUIS KAPLOW, *A Unified Perspective on Efficiency, Redistribution, and Public Policy*, *National Tax Journal* 2020, 429 ss ; LOUIS KAPLOW, *The Theory of Taxation and Public Economics*, Princeton 2008, 1 ss ; LOUIS KAPLOW/STEVEN SHAVELL, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, *Journal of Legal Studies* 1994, 667 ss.

¹² Cette protection s'applique à tous les baux d'habitation et de locaux commerciaux, à l'exception des appartements de vacances loués pour trois mois ou moins (art. 253a al. 2 CO), et des baux d'appartements et de maisons familiales de luxe de six pièces ou plus (art. 253b al. 2 CO). En cas de « pénurie de logements », les cantons peuvent rendre obligatoire, sur tout ou partie de leur territoire, l'usage d'une formule officielle visant notamment à informer les nouveaux locataires de logements (mais pas de locaux commerciaux) de la possibilité de contester le loyer initial (art. 270 al. 2 CO). Sur l'effet de l'usage de cette formule officielle sur le nombre de contestations, voir LAURENT BIERI, *L'effet de la formule officielle sur le nombre de contestations du loyer initial*, PJA 2019, 407 ss. Pour plus de détails sur la contestation du loyer initial, voir DAVID LACHAT/PIERRE STASTNY, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019,

En cas de contestation, qui doit intervenir dans les trente jours suivant la réception de la chose, il appartient aux autorités d'examiner si le loyer est abusif, et le cas échéant de le réduire¹³.

Il est difficile d'évaluer précisément l'effet de la réglementation en vigueur sur le montant des loyers initiaux¹⁴. Il est probablement assez faible dans les régions où il n'y a pas de pénurie, puisque les locataires peuvent alors de toute façon simplement renoncer à conclure avec les bailleurs qui pratiquent des loyers abusifs.

L'effet est en revanche vraisemblablement plus important là où existe une situation de pénurie¹⁵. La perspective d'une contestation pousse alors en effet probablement certains bailleurs à faire preuve de modération lors de la fixation du loyer initial¹⁶. Il arrive aussi, même si c'est plutôt rare, que les autorités réduisent les loyers initiaux à la suite d'une contestation¹⁷.

Il paraît donc raisonnable d'admettre qu'en tout cas dans les régions qui connaissent une situation de pénurie, le droit en vigueur a tendance à pousser les loyers initiaux à la baisse. Par conséquent, une plus grande liberté lors de la fixation du loyer initial entraînerait une hausse des loyers initiaux.

B. L'effet sur la pénurie

La hausse des loyers initiaux entraînerait une augmentation de la quantité de logements et de locaux commerciaux offerts¹⁸. L'effet serait toutefois vraisemblablement modeste à court terme. En effet, à court terme, l'augmentation provient essentiellement du choix des propriétaires de mettre ou de ne pas mettre en location un bien existant, par exemple une pièce libre dans un appartement ou une villa. L'augmentation serait probablement plus importante à long terme, mais ne doit toutefois pas être surestimée, notamment en raison des restrictions à la construction¹⁹.

Par ailleurs, une hausse des loyers initiaux entraîne aussi, et peut-être surtout, une réduction de la quantité de logements et de locaux commerciaux demandés²⁰. Si les loyers initiaux augmentent beaucoup, la réduction de

473 ss ; BSK OR I-WEBER, art. 270 N 1 ss, in : Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (édit.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 7^e éd., Bâle 2019. Si le loyer initial est très élevé, le locataire peut aussi éventuellement se prévaloir de l'art. 21 CO (lésion), voire de l'art. 157 CP (usure).

¹³ Sur les critères permettant de déterminer si le loyer initial est abusif, voir LACHAT/STASTNY (n. 12), 692 ss, et les références citées. Pour les locaux d'habitation construits avec l'aide des pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle administratif (art. 253b al. 3 CO), l'art. 269 CO s'applique (ATF 142 III 568 c. 1.1 ; LAURENT BIERI, Le rendement des immeubles subventionnés – commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014, in : Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet [édit.], *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Zurich 2020, 3 ss, et les références citées). Il peut également exister des règles cantonales de droit public qui réglementent les loyers à la suite de démolitions, transformations et rénovations (art. 6 CC ; ATF 146 I 70 c. 5.2.2).

¹⁴ Dans ce sens STÉPHANE CUENNET/PHILIPPE FAVARGER/PHILIPPE THALMANN, *La politique du logement*, Lausanne 2002, 120.

¹⁵ C'est pour les immeubles qui n'ont pas été acquis récemment que la réglementation en vigueur semble avoir le plus d'effet, car c'est surtout pour ces immeubles que la valeur réelle de l'immeuble – et donc les fonds propres – risque d'être sous-estimée lors du calcul du rendement net. De plus, si l'immeuble est ancien, le bailleur peut avoir des difficultés à prouver les loyers usuels, comme précisé ci-dessus n. 10. Pour les immeubles acquis récemment, le risque de sous-estimation de la valeur de l'immeuble paraît faible. De plus, s'il s'agit d'une construction récente, c'est le critère du rendement brut qui s'applique (art. 269a let. c CO).

¹⁶ Le fait que certains loyers sont aujourd'hui abusifs au sens des art. 269 ss CO n'exclut pas un effet modérateur de la réglementation.

¹⁷ Selon l'Office fédéral du logement, il y a eu en 2019 (dernière année disponible) environ un millier de contestations de loyer initial devant les autorités de conciliation dans l'ensemble de la Suisse. Internet : <https://www.bwo.admin.ch/bwo/fr/home/mietrecht/schlichtungsbehoerden/statistik-der-schlichtungsverfahren.html> (consulté le 24.11.2020). Vu qu'il y a plusieurs centaines de milliers de nouveaux baux d'habitation et de locaux commerciaux conclus chaque

année en Suisse (voir p.ex. URS HAUSMANN, *Vertragsfreiheit im Schweizer Mietrecht von 1804 bis 2014 unter besonderer Berücksichtigung des Mietzinses*, thèse Saint-Gall, Zurich/Saint-Gall 2016, 2), le taux de contestations du loyer initial est nettement inférieur à 1 %, avec des fortes disparités cantonales.

¹⁸ La quantité de logements et de locaux commerciaux offerts dépend (notamment) des loyers que le propriétaire espère obtenir durant toute la durée de vie du bien. Il ne s'agit donc pas seulement du premier loyer initial, mais de tous les loyers initiaux, ainsi que des éventuelles adaptations de ces loyers initiaux en cours de bail. Il est supposé ici que les règles sur l'adaptation en cours de bail ne sont pas modifiées. Pour des réflexions générales sur l'effet des réglementations sur les loyers, voir p.ex. RICHARD ARNOTT, *Time for Revisionism on Rent control*, *Journal of Economic Perspectives* 1995, 99 ss ; JAN BRUECKNER, *Lectures on Urban Economics*, Cambridge/Londres 2011, 137 ss ; ANTHONY DOWNS, *A Reevaluation of Residential Rent Controls*, Washington 1996, 1 ss ; EDWARD GLAESER/JOSEPH GYOURKO, *Rethinking Federal Housing Policy*, Washington 2008, 58 ss.

¹⁹ Sur l'élasticité-prix de l'offre en Suisse, voir l'étude réalisée sur mandat du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) par MAXIMILIAN VON EHRlich/OLIVIER SCHÖNI/SIMON BÜCHLER, *On the Responsiveness of Housing Development to Rent and Price Changes : Evidence From Switzerland*, Berne 2018, Internet : https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Strukturwandel_Wachstum/Branchenanalysen/on-the-responsiveness-of-housing-development-to-rent-and-price-c.html (consulté le 24.11.2020). Sur les effets des restrictions à la construction, voir WILLIAM FISCHER, *Zoning Rules! – The Economics of Land Use Regulation*, Cambridge 2015.

²⁰ Voir p.ex. DOWNS (n. 18), 22.

la quantité demandée peut être importante, même à court terme.

La réduction peut, par exemple, venir d'étudiants qui décident de rester plus longtemps chez leurs parents, d'employés qui décident de faire de plus longs trajets pour aller travailler ou d'entreprises qui décident de s'installer dans une autre région. Savoir précisément qui renoncera dépend bien sûr des mesures mises en place en parallèle afin d'assurer une redistribution équitable des richesses.

En augmentant la quantité offerte, et en réduisant la quantité demandée, la hausse des loyers initiaux entraînée par une plus grande liberté lors de la fixation du loyer initial aurait pour effet de réduire la pénurie²¹.

Si, et c'est l'hypothèse qui sera faite par la suite, le loyer initial peut être fixé suffisamment librement, la pénurie va même complètement disparaître. En effet, sur un marché suffisamment libre, les bailleurs vont augmenter les loyers jusqu'au moment où la quantité de logements et de locaux commerciaux offerte est égale à la quantité demandée²².

C. Les attributions discriminatoires

En situation de pénurie, le risque d'attributions discriminatoires est élevé²³. En effet, dans une telle situation, les bailleurs qui ont un bien à attribuer peuvent choisir par-

mi de nombreux locataires. Plusieurs critères légitimes, comme la solvabilité des locataires, peuvent alors être pris en considération. Mais des critères discriminatoires, comme la couleur de peau, l'origine ou l'orientation sexuelle, peuvent aussi parfois jouer un rôle²⁴.

La situation est différente en l'absence de pénurie, car les bailleurs ne sont alors pas en mesure de choisir parmi de nombreux locataires potentiels. Si un bailleur refuse de conclure avec certaines personnes en raison de critères discriminatoires, il risque en effet de ne pas trouver de locataires, ou en tout cas de ne pas en trouver aussi rapidement qu'il le souhaite. Dans ces conditions, un bailleur qui refuse de conclure pour des motifs discriminatoires risque de perdre de l'argent, parce qu'il devra finalement se résoudre à conclure avec quelqu'un d'autre pour un loyer plus faible, ou alors conclure pour une échéance plus lointaine.

Par conséquent, en supprimant la pénurie, une plus grande liberté lors de la fixation du loyer initial aurait pour effet de réduire les discriminations lors de l'attribution de logements et de locaux commerciaux.

Cela ne signifie toutefois pas que les attributions discriminatoires disparaîtraient totalement. Certains bailleurs pourraient en effet préférer perdre de l'argent, en laissant par exemple les locaux vides plusieurs mois, plutôt que conclure avec certains locataires²⁵. Il semble d'ailleurs exister aujourd'hui des discriminations dans les cas particuliers où les loyers peuvent être fixés très librement, comme pour les appartements de vacances²⁶.

Par ailleurs, certaines attributions discriminatoires pourraient aussi continuer d'exister car elles sont profitables. On pense ici en particulier aux discriminations dites « statistiques », c'est-à-dire aux discriminations qui se fondent sur des différences réelles entre certains groupes²⁷. Ce serait peut-être parfois aussi le cas d'attri-

²¹ Le terme « pénurie » est utilisé ici et dans la suite du texte dans son acception usuelle, à savoir une situation où la quantité demandée est supérieure à la quantité offerte. Voir p.ex. TYLER COWEN/ALEX TABARROK, *Modern Principles of Economics*, New York 2009, 98 ; PAUL KRUGMAN/ROBIN WELLS, *Economics*, New York 2006, 70 ; ROBERT PINDYCK/DANIEL RUBINFELD, *Microeconomics*, 7^e éd., Londres et autres 2009, 26. Pour qu'il y ait pénurie, il ne suffit pas qu'un bien soit rare, il faut qu'il ne soit pas disponible pour des personnes qui sont pourtant prêtes à payer le prix pratiqué sur le marché. Sur la distinction entre pénurie et rareté, voir JACK HIRSHLEIFER/DAVID HIRSHLEIFER, *Price Theory and Applications*, 6^e éd., Londres et autres 1998, 216. Le concept de pénurie doit également être distingué du concept de « taux de vacance », qui est la proportion de logements ou de locaux commerciaux disponibles. Afin de déterminer s'il existe une situation de pénurie, on se base souvent sur le taux de vacance. L'idée est bien sûr qu'un taux de vacance faible est le signe d'une pénurie élevée. C'est p.ex. l'approche qui est suivie pour déterminer s'il y a « pénurie de logements » au sens de l'art. 270 al. 2 CO. Sur la notion de « pénurie » au sens de l'art. 270 al. 2 CO, voir PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, in : François Bohnet/Blaise Carron/Marino Montini (édit.), *Commentaire Pratique – Droit du bail à loyer et à ferme*, 2^e éd., Bâle 2017, art. 270 CO N 77.

²² Voir p.ex. PINDYCK/RUBINFELD (n. 21), 25 s.

²³ Dans ce sens, p.ex., ARMEN ALCHIAN/WILLIAM ALLEN, *Exchange and Production*, 3^e éd., Belmont 1983, 72 ; COWEN/TABARROK (n. 21), 108 s. Voir aussi MILTON FRIEDMAN/GEORGE STIGLER, *Roofs or Ceilings? The Current Housing Problem*, New York 1946, 13 ss, qui parlent de « favoritisme » (« favoritism »).

²⁴ Voir aussi COWEN/TABARROK (n. 21), 108 s.

²⁵ Dans ce sens p.ex. COWEN/TABARROK (n. 21), 109 (« Rent controls reduce the price of discrimination »).

²⁶ Voir p.ex. SAMANTHA BESSON, *L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers*, thèse Fribourg 1999, N 876.

²⁷ Sur les discriminations statistiques, voir en particulier FREDERICK SCHAUER, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge/Londres 2003. Pour les contributions fondatrices, voir KENNETH ARROW, *The Theory of Discrimination*, in : Orley Ashenfelter and Albert Rees (édit.), *Discrimination in Labor Markets*, Princeton 1973, 3 ss ; EDMUND PHELPS, *The Statistical Theory of Racism and Sexism*, *American Economic Review* 1972, 659 ss. Il est parfois difficile de distinguer les discriminations fondées sur des préférences et les discriminations statistiques. Voir sur ce point CASS SUNSTEIN, *Why Markets Don't Stop Discrimination*, *Social Philosophy and Policy* 1991, 22 ss, spécialement 27 s.

butions discriminatoires visant à éviter le départ de locataires se trouvant déjà dans l'immeuble²⁸.

D. Les loyers discriminatoires

Si le loyer initial pouvait être fixé plus librement, certains propriétaires exigeraient peut-être un loyer plus élevé pour certaines catégories de locataires²⁹. Mais s'il n'y a pas de pénurie, les cas devraient être assez rares. Par ailleurs, il est probablement préférable pour un locataire d'avoir la possibilité de conclure un bail avec un loyer discriminatoire, plutôt que de ne pas avoir la possibilité de conclure du tout.

À noter que même si certains bailleurs pratiquent des loyers discriminatoires à l'égard de certains groupes, cela ne signifie pas encore que les membres de ces groupes paient des loyers discriminatoires. En effet, si les membres des groupes discriminés arrivent à conclure avec des bailleurs qui ne pratiquent pas des loyers discriminatoires, il est théoriquement possible – mais pratiquement pas du tout certain – qu'ils ne paient pas de loyers discriminatoires³⁰.

E. Les résiliations discriminatoires

En supprimant la pénurie, la plus grande liberté lors de la fixation du loyer initial aurait probablement pour effet de réduire le nombre de résiliations discriminatoires. En l'absence de pénurie, un bailleur qui résilie risque en effet d'avoir plus de difficultés à trouver rapidement un locataire de remplacement. Mais vu que les règles sur la protection contre les résiliations discriminatoires semblent

déjà relativement efficaces aujourd'hui, la réduction ne serait vraisemblablement pas très importante³¹.

III. L'adaptation du loyer en cours de bail

A. L'écart entre les anciens et les nouveaux loyers

Les règles en vigueur sur l'adaptation du loyer limitent les possibilités pour le bailleur d'augmenter le loyer en cours de bail³². Le bailleur ne peut en principe augmenter le loyer qu'en cas de hausse du taux hypothécaire de référence, de hausse des charges courantes et d'entretien, d'inflation et de prestations supplémentaires³³. Il peut aussi, exceptionnellement, se prévaloir d'un rendement insuffisant ou d'une adaptation aux loyers usuels de la localité ou du quartier³⁴. Les règles sur l'adaptation des loyers permettent également au locataire d'exiger une diminution du loyer dans certaines situations, en particulier en cas de baisse du taux hypothécaire de référence³⁵.

Le système en vigueur semble avoir pour effet d'accroître l'écart entre les anciens et les nouveaux loyers³⁶. Un certain écart existerait certes probablement aussi si les bailleurs pouvaient augmenter les loyers plus facilement en cours de bail, notamment en cas de possibilité d'adaptation régulière du loyer à un indice. Certains bailleurs pourraient en effet renoncer à augmenter les loyers afin d'éviter le départ de locataires payant régulièrement

²⁸ Sur la tendance de certaines populations à fuir d'autres populations, voir p.ex. THOMAS SCHELLING, *Dynamic Models of Segregation*, *Journal of Mathematical Sociology* 1971, 143 ss, et DAVID CARD/ALEXANDRE MAS/JESSE ROTHSTEIN, *Tipping and the Dynamics of Segregation*, *Quarterly Journal of Economics* 2008, 177 ss.

²⁹ Le fait qu'un tel loyer est probablement nul (art. 28 CC) n'est pratiquement pas très pertinent, car il est très difficile de prouver qu'un loyer est discriminatoire. Pour une étude empirique sur les loyers discriminatoires, voir ANDREA BARANZINI/CAROLINE SCHAEERER/JOSÉ V. RAMIREZA/PHILIPPE THALMANN, *Do Foreigners Pay Higher Rents for the Same Quality of Housing in Geneva and Zurich?*, *Swiss Journal of Economics and Statistics* 2008, 703 ss.

³⁰ Dans ce sens, mais à propos du marché du travail, voir GEORGES BORJAS, *Labor Economics*, 3^e éd., New York 2005, 366 ; JAMES HECKMAN, *Detecting Discrimination*, *Journal of Economic Perspectives* 1998, 101 ss, spécialement 102. Sur ce point, voir aussi l'ouvrage fondamental de GARY BECKER, *The Economics of Discrimination*, Chicago 1957.

³¹ Pour plus de détails sur l'adaptation du loyer en cours de bail, voir LACHAT/STASTNY (n. 12), 498 ss, et les références citées.

³² Sur la réglementation en vigueur, voir LACHAT/STASTNY (n. 12), 694 ss, et les références citées.

³³ Voir LACHAT/STASTNY (n. 12), 694 ss, et les références citées.

³⁴ Voir LACHAT/STASTNY (n. 12), 696 ss, et les références citées. C'est au bailleur qu'il appartient de prouver le critère dont il se prévaut, ce qui peut être difficile, surtout s'agissant de la preuve des loyers usuels, ce qui limite de fait la possibilité d'augmenter le loyer.

³⁵ Voir LACHAT/STASTNY (n. 12), 515 ss, et les références citées.

³⁶ L'écart entre les anciens et les nouveaux loyers a tendance à s'accroître en particulier lorsque la demande de logements et de locaux commerciaux augmente et que les taux hypothécaires baissent. Voir en particulier l'étude réalisée sur mandat du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) par DANIEL SAGER/MARIA GROB/TIMON SCHMIDT, *Auswirkungen des Schweizer Mietrechts im Umfeld stark steigender Angebotsmieten – eine empirische Untersuchung*, Berne 2018 : https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Strukturwandel_Wachstum/Branchenanalysen/auswirkungen-des-schweizer-mietrechts-im-umfeld-stark-steigender.html (consulté le 24.11.2020).

leur loyer³⁷. Mais l'écart entre les anciens et les nouveaux loyers serait alors quand même vraisemblablement moins important qu'avec le droit en vigueur.

À noter que selon le droit en vigueur, si l'écart entre le loyer en cours et les nouveaux loyers est important, le bailleur peut envisager de résilier le bail afin de louer la chose à un tiers pour un montant supérieur, c'est-à-dire résilier pour motifs économiques. Selon le Tribunal fédéral, une telle résiliation est en effet valable pour autant que le bailleur soit en droit d'exiger du nouveau locataire un loyer supérieur au loyer payé par le locataire en place³⁸. En pratique, même si de telles résiliations existent, elles semblent plutôt rares, et ne réduisent probablement que marginalement l'écart de loyer entre les anciens et les nouveaux baux³⁹.

B. L'effet sur la pénurie

L'effet des règles en vigueur sur l'adaptation du loyer dépend des règles applicables à la fixation du loyer initial. Si le loyer initial ne peut pas être fixé librement, la limitation des possibilités d'augmentation du loyer en cours de bail a vraisemblablement pour effet de renforcer la pénurie, car tant les bailleurs que les locataires savent que le loyer ne pourra être augmenté que modérément en cours de bail, et donc restera en-dessous des loyers du marché pendant toute la durée du bail. Une plus grande facilité d'adaptation des loyers en cours de bail pourrait alors contribuer à réduire la pénurie.

En revanche, s'il est possible de fixer assez librement le loyer initial, la limitation des possibilités d'augmentations en cours de bail ne devrait pas avoir beaucoup d'effet sur la pénurie de logements et de locaux commerciaux. En effet, quel que soit le système d'adaptation des loyers retenus, si la quantité de logements ou de locaux commerciaux demandée excède la quantité offerte, les bailleurs augmentent les loyers initiaux, ce qui supprime la pénurie.

Si le loyer initial peut être fixé assez librement, une plus grande facilité d'adaptation des loyers en cours de bail entraînerait en revanche probablement une baisse des loyers initiaux. En effet, si les parties savent qu'il sera possible d'augmenter plus facilement le loyer en cours de bail, elles vont fixer le loyer initial plus bas, afin que la valeur attendue de l'ensemble des loyers futurs soit approximativement la même que si le loyer initial était fixé plus haut, mais que les loyers ne pouvaient pas être beaucoup augmentés en cours de bail⁴⁰.

C. Les attributions discriminatoires

Si le loyer initial ne peut pas être fixé librement, une plus grande facilité d'adaptation des loyers en cours de bail devrait avoir pour effet de réduire la pénurie, et donc selon toute vraisemblance le nombre d'attributions discriminatoires.

En revanche, si le loyer initial peut être fixé assez librement, le système retenu pour l'adaptation du loyer ne devrait pas avoir beaucoup d'effet sur le nombre d'attributions discriminatoires, vu qu'il n'y aurait de toute façon pas de pénurie.

S'il est difficile d'augmenter le loyer en cours de bail, on peut certes se demander si le bailleur ne pourrait pas être tenté de choisir des locataires qui ne vont vraisemblablement pas occuper les locaux trop longtemps, afin de pouvoir augmenter plus rapidement le loyer lors d'une nouvelle conclusion. Le bailleur n'a toutefois pas non plus intérêt à subir de trop fréquents changements de locataires, car cela engendre des coûts supplémentaires. De plus, les pronostics quant à la durée du bail paraissent assez difficiles. Enfin, les critères utilisés pour estimer la durée probable du bail ne sont pas forcément discrimi-

³⁷ Voir p.ex. DOWNS (n. 18), 22 ; FRANZ HUBERT, Contracting with Costly Tenants, *Regional Science and Urban Economics* 1995, 631 ss. Il est parfois suggéré que les coûts du non-renouvellement du contrat sont plus faibles pour les bailleurs que pour les locataires, et que par conséquent, sans réglementation sur l'adaptation des loyers, le bailleur se trouverait dans une position de force lors d'un renouvellement du contrat, ce qui lui permettrait d'augmenter fortement le loyer (problème dit du « hold-up »). Voir p.ex. PASCAL RAESS/THOMAS VON UNGERN-STERNBERG, A model of regulation in the rental housing market, *Regional Science and Urban Economics* 2002, 475 ss, qui reconnaissent toutefois que les études empiriques suggèrent au contraire que les anciens loyers ont tendance à être plus bas que les nouveaux. Sur le problème du « hold-up », voir aussi OLIVER HART, Firms, Contracts, and Financial Structure, Oxford 1995. Quoi qu'il en soit, il est supposé ici que le système qui remplacerait le droit en vigueur ne permettrait que des augmentations de loyers qui ne dépasseraient pas les adaptations à un indice, ce qui réglerait le problème du « hold-up ».

³⁸ ATF 120 II 105 c. 3 ; LCHAT/STASTNY (n. 12), 966 ss.

³⁹ Voir THOMAS KOLLER, Wertungswidersprüche in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Mietrecht, RJB 2020, 1 ss, spécialement 5, qui relève que la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a (jusqu'ici) pas entraîné une vague de résiliations.

⁴⁰ Voir GLAESER/GYOURKO (n. 18), 59 s. À court terme, les hausses de loyers plus importantes en cours de bail pourraient aussi inciter certains locataires à déménager dans des locaux plus petits, ou dans des régions où l'offre est excédentaire, ce qui libérerait des locaux, et pourrait également pousser les loyers initiaux à la baisse. À plus long terme, l'effet paraît plus incertain, car la baisse des loyers initiaux pourrait aussi réduire l'incitation à construire, et donc réduire l'offre.

natoires. Par conséquent, si le loyer initial peut être fixé assez librement, les règles sur l'adaptation des loyers en cours ne devraient pas avoir beaucoup d'effet sur le choix des locataires.

D. Les loyers discriminatoires

Si le loyer initial ne peut pas être fixé librement, une plus grande facilité d'adaptation des loyers en cours de bail ne devrait pas avoir beaucoup d'effet sur le nombre de loyers discriminatoires. S'agissant des loyers initiaux, ils seraient en règle générale fixés au maximum admissible pour la plupart des locataires, comme avec le droit en vigueur. Quant aux adaptations en cours de bail, il n'est pas exclu que certains bailleurs notifient des augmentations à certains locataires et pas à d'autres sur la base de critères discriminatoires, mais c'est déjà le cas avec le droit en vigueur, et c'est vraisemblablement assez rare.

Si le loyer initial peut être fixé assez librement, la plus grande facilité d'adaptation ne devrait pas non plus avoir beaucoup d'effet sur le nombre de loyers discriminatoires. S'agissant des loyers initiaux, la plus grande facilité d'adaptation supprimerait l'intérêt du bailleur à prévoir un loyer initial plus élevé pour les locataires qui ont une plus grande probabilité de rester longtemps. Mais, comme déjà relevé, les pronostics quant à la durée du bail paraissent de toute façon assez difficiles, et il n'est pas certain que les critères utilisés soient discriminatoires. Quant aux adaptations en cours de bail, il n'y aurait vraisemblablement que peu de différences par rapport au droit en vigueur.

E. Les résiliations discriminatoires

Quelle que soit la solution retenue au niveau du loyer initial, une plus grande facilité d'adaptation des loyers en cours de bail n'aurait probablement pas beaucoup d'effet sur le nombre de résiliations discriminatoires, car les règles sur la protection contre les résiliations discriminatoires sont relativement efficaces.

Certes, une plus grande facilité d'adaptation des loyers en cours de bail aurait pour conséquences que les conditions d'une résiliation pour motifs économiques seraient moins souvent réunies qu'avec le droit en vigueur (puisque les loyers en cours seraient proches des nouveaux loyers) et qu'une résiliation pour motifs économiques pourrait en réalité masquer une résiliation discriminatoire. Mais les résiliations pour motifs économiques visant à masquer une résiliation discriminatoire sont probablement assez rares. La réduction du nombre de résiliations discriminatoires serait donc assez faible.

IV. Conclusion

Une plus grande liberté lors de la fixation du loyer initial aurait vraisemblablement pour effet de réduire le nombre de discriminations, en particulier lors de l'attribution de logements et de locaux commerciaux.

Quant à l'effet d'une modification des règles sur l'adaptation du loyer en cours de bail, il dépend des règles applicables à la fixation du loyer initial. Si le loyer initial ne peut pas être fixé librement, une plus grande facilité d'adaptation des loyers en cours de bail pourrait également contribuer à réduire les discriminations. En revanche, si le loyer initial pouvait être fixé relativement librement, une plus grande facilité d'adaptation en cours de bail ne devrait pas avoir beaucoup d'effet sur le nombre de discriminations.

Il s'agit d'éléments à prendre en compte afin de juger de la pertinence d'une libéralisation des loyers. Mais d'autres éléments doivent évidemment aussi être pris en considération afin de juger de l'opportunité d'une telle libéralisation, notamment les mesures prises en parallèle afin d'assurer une redistribution équitable des richesses.