

Liberté contractuelle et droit du bail

Réflexions à la lumière d'un arrêt du 26 octobre 2006 du Tribunal fédéral¹ relatif à une clause d'exclusion du taux hypothécaire comme paramètre de fixation et d'adaptation du loyer

1



NICOLAS SAVIAUX, docteur en droit, avocat, Lausanne

Plan:

1. Introduction
2. Liberté contractuelle et droit du bail
3. Liberté contractuelle et loyer
4. Clause contractuelle excluant le taux hypothécaire comme critère de fixation et d'adaptation du loyer
5. Quelques considérations sur l'arrêt du 26 octobre 2006 du Tribunal fédéral
 - a) La clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire respecte la lettre de l'art. 270 a GO
 - b) La clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire respecte l'égalité entre les parties
 - c) La clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire respecte l'art. 269 CO
 - d) La clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire respecte l'art. 269a CO
 - e) La clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire respecte l'art. 13 OBLF
 - f) Interdiction de l'abus de droit
6. Conclusions

1. Introduction

La liberté contractuelle, consacrée explicitement aux art. 1^{er} et 19 CO, est un principe essentiel du droit privé suisse, découlant de l'autonomie de la volonté, elle-même noyau intangible de la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst.² Aux termes de l'art. 19 CO, "*l'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi. La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité*". Elle consiste en la possibilité reconnue à tout sujet de droit d'aménager lui-même et à sa convenance ses rapports contractuels, à l'intérieur des limites fixées par l'ordre juridique. Cette liberté a été garantie à chacun par le constituant, de sorte qu'il est exclu d'y renoncer par convention ou d'aménager à sa guise des zones de liberté, si elles n'ont pas été reconnues par le législateur. Aussi bien la liberté contractuelle que ses limites reposent

sur le même fondement: la loi, qui détermine jusqu'où ce pouvoir discrétionnaire des parties peut aller, quand il doit être limité ou même levé. En revanche, le justiciable reste libre, en principe, de faire usage ou pas du pouvoir qui lui a été conféré³. La liberté contractuelle a un triple contenu: la liberté de conclusion, la liberté de contenu et la liberté de forme.

Toute liberté ayant ses limites, il en va de même pour la liberté contractuelle, laquelle doit être protégée d'abord contre les abus de ses propres bénéficiaires: il peut arriver que l'un des contractants soit tenté d'abandonner par contrat sa liberté au profit de l'autre ou qu'il en soit contraint par son partenaire économiquement plus fort. En édictant certaines normes de portée générale, le législateur a prévenu ces inégalités et sauvegardé la liberté du particulier: l'art. 19 al. 2 CO sanctionne de nullité les conventions contraires aux droits attachés à la personnalité (renvoi aux art. 27 ss CC), aux dispositions de droit impératif ou à la clause générale des bonnes mœurs, et l'art. 2 al. 2 CC prévient "*l'abus manifeste d'un droit*". L'autre justification des limitations de la liberté contractuelle réside dans la nécessité de protéger la communauté en tant que telle, ce que le droit privé suisse exprime à l'art. 19 al. 2 CO en condamnant les clauses contraires à "*l'ordre public*". Les normes de droit impératif et la clause générale des bonnes mœurs peuvent également être édictées dans ce but⁴. Toute restriction à la liberté

1 Arrêt 4C.203/2006. Il est précisé que l'auteur du présent article a été l'avocat d'une des parties à ce litige.

2 ATF 132 III 226 (fr.), cons. 3.3.1 p. 234; ATF 131 I 333 (fr.), cons. 4 p. 339; ATF 131 I 223, cons. 4.1 p. 230; KARL OFTINGER, *Die Vertragsfreiheit*, in: *Juristengenerationen und ihr Zeitgeist, Abhandlungen grosser Juristen aus zwei Jahrhunderten mit einführenden Worten*, Zurich, 1991, p. 291; ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *Les droits fondamentaux*, Berne 2000, no 621, p. 321; JEAN-BENOÎT MEUWLY, *La durée de la couverture d'assurance privée*, Fribourg 1994, p. 69; OLIVIER GUILLOD / GABRIELLE STEFFEN, *Code des obligations I, Commentaire romand*, édité par THÉVENOZ-WERRO, Bâle 2003, no 4 et 5 ad art. 19 et 20 CO, p. 122; PIERRE TERCIER, *Le droit des obligations*, Zurich 1996, no 382, p. 76; HANS MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, Fribourg 1988, no 82, p. 47; ERNST A. KRAMER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, art. 19–31 OR, Berne 1990, no 17 ad art. 19–20 CO, p. 13; SJ 2003, p. 312, c. 2.2 p. 313.

3 MEUWLY (n. 2), p. 69.

4 ATF 132 III 226 (fr.), cons. 3.3.1 p. 235; MEUWLY (n. 2), 8, 79–80: La vie en société exige parfois une limitation de la liberté personnelle des individus qui la composent au bénéfice de la collectivité; le bien commun doit avoir le pas sur le bien-être individuel et égoïste qu'il dépasse par sa valeur supérieure et la générosité de son champ d'application.

économique (art. 27 Cst.), dont découle la liberté contractuelle, doit, conformément à l'art. 36 Cst., reposer sur une base légale, être justifiée par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis. L'essence des droits fondamentaux est en outre inviolable⁵.

De jurisprudence constante, il est admis que certaines dérogations à la liberté contractuelle peuvent se justifier dans le domaine du logement, ce problème présentant un caractère général et les mesures prises pour le résoudre relevant de la préoccupation des pouvoirs publics d'assurer à chacun un logement décent⁶.

2. Liberté contractuelle et droit du bail

La liberté contractuelle est bien entendu valable en droit du bail⁷, le Tribunal fédéral ayant du reste rappelé son importance en ce domaine⁸.

Les parties sont libres, dans les limites décrites ci-dessus, d'aménager le contenu de leurs relations contractuelles, dans le bail qu'elles décident librement de conclure.

A titre d'exemples issus d'arrêts récents du Tribunal fédéral, il est loisible au bailleur, avec l'accord du locataire, d'insérer dans le bail de locaux commerciaux, des clauses destinées à délimiter les activités qui seront admises dans les locaux. Les clauses de ce genre peuvent notamment avoir pour but de définir l'ambiance ou le caractère de l'immeuble, ou de prévenir des conflits de voisinage. Leur légitimité ne fait aucun doute et il n'y a aucun besoin de restreindre la liberté contractuelle en ce domaine⁹. De même, la liberté contractuelle prévaut dans le cadre de conventions prévoyant le paiement d'acomptes afférents aux frais accessoires. Ainsi, une convention relative au paiement d'acomptes notablement inférieurs aux frais accessoires effectivement échus¹⁰.

3. Liberté contractuelle et loyer

Les parties au contrat de bail sont libres de fixer le loyer et les autres modalités du contrat comme elles l'entendent, car le législateur n'a entendu prévenir que certains abus. Les dispositions des art. 269a à 270e CO protégeant le locataire contre les loyers abusifs ne remettent donc pas en cause le principe de la liberté contractuelle¹¹.

Cependant, dans un arrêt du 23 août 1999 du Tribunal fédéral concernant un bail se référant au taux hypothécaire et à l'IPC et dans lequel une clause stipulait "que le loyer ne pourrait en aucun cas descendre en dessous du loyer initial", la Haute Cour a estimé que "l'on ne saurait exclure par contrat la possibilité offerte par la loi de demander une diminution de loyer pour le prochain terme de résiliation, conformément à l'art. 270a CO", une telle clause contractuelle étant par conséquent nulle¹².

4. Clause contractuelle excluant le taux hypothécaire comme critère de fixation et d'adaptation du loyer

Dans la pratique, on rencontre des baux contenant une clause contractuelle stipulant que le taux hypothécaire n'entre

- 5 ATF 131 I 333 (fr.), cons. 4 p. 339; ATF 131 I 223 cons. 4.1 p. 231; SJ 2005 I 205; ATF 128 I 295 (fr.), cons. 5b p. 308 ss, ATF 113 Ia 126; JÖRG P. MÜLLER, *Grundrechte und Vertragsautonomie contra Mietpolitik: Verfassungsmässigkeit der Bewilligungspflicht für den Verkauf von Mietwohnungen, an welchen Mangel herrscht*, Droit de la construction 1988/3 p. 60 ss, p. 60 ss.
- 6 ATF 131 I 333 (fr.) admettant la validité d'un règlement communal lausannois sur les conditions d'occupation des logements construits ou rénovés avec l'appui de la commune de Lausanne; ATF 113 Ia 126 (fr.), cons. 8c p. 139, admettant la constitutionnalité d'une loi genevoise soumettant à autorisation la vente d'appartements dont le marché locatif est affecté par la pénurie, arrêt commenté par MÜLLER (n. 5), p. 60 ss; ATF 119 Ia 348 et RDAF 2002 I 25, reconnaissant la conformité au droit fédéral et à la constitution de normes imposant au propriétaire une réaffectation forcée de ses locaux à l'usage d'habitation, voire l'expropriation temporaire de l'usage d'appartements locatifs laissés abusivement vides. De telles normes poursuivent un but d'intérêt public évident, suffisamment important pour justifier des restrictions au droit de propriété, à la liberté économique et à l'application de certaines règles de droit civil fédéral.
- 7 ATF 128 III 419 = SJ 2003 I 33, cons. 2.4.2 p. 39; PIERRE ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2^{ème} édition, Berne 2000, p. 139; PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3^{ème} édition Zurich 2003, no 1806, p. 264; ROGER WEBER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, édité par HONSELL/VOGT/WIEGAND, 3^{ème} édition, Bâle 2003, no 7 ad art. 253 CO, p. 1293; DAVID LACHAT, *Code des obligations I, Commentaire romand*, édité par THÉVENOZ-WERRO, Bâle 2003, no 20 ad art. 253 CO, p. 1312; PIERRE WESSNER, *La conclusion du bail immobilier*, 5^{ème} séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1988, p. 6 à 20.
- 8 ATF 128 III 419, cons. 2.4.2 p. 425 = CDB 1/03/14 = SJ 2003 I 33. On peut citer également un auteur ayant rappelé récemment que "En inscrivant l'ensemble des règles relatives au droit du bail à loyer dans le Code des obligations, le législateur a manifesté sa volonté de continuer à considérer le bail comme un contrat entre deux parties, conclu selon les principes généraux du droit contractuel et basé, par conséquent, sur celui de la confiance" (MARYSE JORNOD, *La limite inférieure de la diminution du loyer initial lors du changement de locataire*, Cahiers du bail 1/2005 p. 16 ss, p. 16).
- 9 ATF 132 III 109 (fr.), cons. 5 p. 114.
- 10 ATF 132 III 24.
- 11 TERCIER (n. 7), no 2326 et 2328, p. 335, no 2017, p. 290; THEO GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8^{ème} édition, Zurich 1991, p. 397, p. 397; LAURA JACQUEMOUD ROSSARI, *L'évolution récente de la jurisprudence en matière de loyer*, 11^{ème} séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000, p. 22; ATF 123 III 70 = JdT 1998 I 8, cons. 3a p. 11; SJ 1991 p. 129, cons. 2a p. 130; ATF 107 II 260, cons. 3b p. 263.
- 12 ATF 125 III 358 = JdT 2000 I 204 = CdB 4/99/125.

pas en considération pour la fixation et l'évolution du loyer. Le taux hypothécaire est donc exclu par les parties comme base de calcul du loyer. Dans le canton de Vaud, le Tribunal des baux a, à plusieurs reprises, pris acte pour valoir jugements de transactions des parties à un litige, adoptant une telle clause d'exclusion du taux hypothécaire en tant que critère de fixation et d'adaptation du loyer.

En 1994, le Tribunal des baux vaudois a rendu un jugement reconnaissant la validité d'une pareille clause contractuelle, cela au nom de la liberté contractuelle, en déclarant que *"le système légal de la protection contre les loyers abusifs, qui sous-tend la fixation des loyers, ne comporte pas de norme impérative consacrant l'obligation du bailleur à fixer le loyer en fonction de l'ensemble des facteurs définis par la loi, dont l'intérêt hypothécaire, mais se préoccupe uniquement de la validité de la répercussion des facteurs s'ils ont été adoptés par les parties"*¹³. Déjà auparavant, le tribunal cantonal vaudois avait confirmé la validité d'une telle clause en déclarant: *"On ne peut ainsi tenir pour nulle une clause contractuelle prévoyant qu'il ne sera pas tenu compte de la variation du taux de l'intérêt hypothécaire dans la fixation du loyer futur"*¹⁴.

Revirement complet dix ans plus tard: le 17 mars 2004, le tribunal des baux du canton de Vaud a rendu un jugement déclarant la nullité d'une même clause¹⁵. Par arrêt du 15 mars 2006, le tribunal cantonal vaudois a confirmé ce jugement¹⁶. Dans un arrêt du 26 octobre 2006, le Tribunal fédéral vient de confirmer la nullité d'une telle clause¹⁷, pour les motifs suivants:

a) *"L'art. 270a CO concrétise la protection contre les prétentions abusives du bailleur en matière de baux d'habitation et de locaux commerciaux (art. 269 ss CO), en déterminant les conditions formelles et matérielles auxquelles le locataire peut demander un contrôle du loyer. Cette disposition vise à empêcher les parties de déroger à la loi, dès lorsque celle-ci présente une solution définitive qui tient compte de leurs intérêts respectifs. Aussi, le système de contestation du loyer qu'elle établit ne peut-il pas être limité ou exclu par convention ni étendu à d'autres possibilités de contestations. Il ne permet pas aux parties de convenir d'un loyer minimal absolu pour le futur et ne s'accommode pas, en particulier, d'une clause contractuelle interdisant toute réduction du loyer initial. En effet, la possibilité d'exclure librement la diminution du loyer ne doit pas dépendre du hasard, selon que le contrat a été conclu par exemple en fonction d'un taux hypothécaire bas ou élevé (ATF 125 III 358)"* (cons. 3.2.2.1).

b) L'art. 270a CO est de droit impératif, de sorte que n'est pas admissible une restriction, par accord des parties au contrat de bail, du droit du locataire de demander une diminution du loyer (cons. 3.2.2.1 *in fine*).

c) Le bien-fondé de la prétention du locataire basée sur l'art. 270a CO est examiné en fonction des critères de fixation du loyer des art. 269 et 269a CO, selon la méthode relative. *"Le locataire se prévaudra, le plus souvent, d'une modification des coûts, au sens de l'art. 269a let. b CO. En*

pratique, la baisse du taux hypothécaire joue un rôle primordial, quoique non exclusif". Les art. 269 et 269a étant de droit impératif, il *"n'y aurait guère de sens à édicter des règles visant à protéger les locataires contre les loyers abusifs, s'il suffisait d'un accord entre les cocontractants pour en écarter l'application (...). On ne voit pas non plus qu'il soit possible d'abandonner aux parties le soin de décider à quelles conditions un loyer peut être taxé d'abusif, sans égard aux présomptions établies par le législateur fédéral à l'art. 269a CO pour savoir quand il ne l'est généralement pas (...). La nécessité de protéger le locataire, soit la partie faible au contrat de bail, contre les loyers abusifs exclut que l'on tolère la création d'un droit conventionnel parallèle qui viendrait concurrencer la législation ad hoc, fruit d'un long processus d'élaboration ayant débouché sur un compromis entre les intérêts antagonistes des bailleurs et des locataires. La sécurité des relations juridiques dans un domaine éminemment sensible commande d'ailleurs de ne point laisser un droit conventionnel venir se greffer sur des dispositions légales déjà suffisamment complexes. Force est d'admettre, par conséquent, que les parties ne peuvent pas renoncer contractuellement à l'application de l'un ou l'autre des critères mentionnés à l'art. 269a CO, pas plus qu'elles ne peuvent en modifier la portée ou introduire d'autres critères de fixation du loyer (...). En revanche, les contrats-cadres peuvent déroger aux règles de l'art. 269a CO – mais pas à l'art. 269 CO (cf. art. 3 al 3 let. b LCBD) – en supprimant certains de ces critères, en les modifiant ou en en créant d'autres. Les partenaires au contrat-cadre pourront ainsi convenir, par exemple, de règles particulières sur l'incidence du taux hypothécaire (...), lesquelles seront seules applicables lors d'une modification de ce taux (art. 13 al. 2 OBLF). La portée de cette exception demeure toutefois limitée dans la mesure où il ne semble pas, en l'état, qu'un contrat-cadre y ait déjà eu recours"* (cons. 3.2.2.2).

d) *"En l'occurrence, les parties ont méconnu le caractère impératif de l'art. 269a CO, relevé plus haut, puisqu'elles ont renoncé sans droit à l'application de l'un des critères prévus par cette disposition, c'est-à-dire celui des coûts"*.

13 Jugement du 7.9.1994 du Tribunal des baux du canton de Vaud, réf. PLA 49/94. Cette décision se fonde sur un précédent jugement de cette même autorité, datant du 17.11.1988, taxant d'abusif le comportement du locataire consistant à demander une baisse de loyer fondée sur la baisse du taux hypothécaire, alors que ce locataire a l'assurance que son loyer n'augmentera pas en cas de hausse du taux.

14 Arrêt du 11.4.1990 de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, C. / O.-Z.

15 Jugement du 17.3.2004 du Tribunal des baux du canton de Vaud dans la cause C. / K. et T., réf. XA03.005901.

16 Arrêt du 15.3.2006 de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois dans la cause C. / K. et T., réf. XA03.005901.050893.

17 Arrêt du 26.10.2006 de la 1^{re} Cour civile du Tribunal fédéral, 4C.203/2006.

S'il est exact que l'adverbe "notamment" utilisé à l'art. 269a CO indique que "la liste des cas dans lesquels les loyers ne sont, en règle générale, pas abusifs n'est pas exhaustive, la possibilité de fixer le loyer et les conditions de sa variation selon d'autres critères – loyer dépendant du chiffre d'affaires d'un locataire commerçant (...), loyer échelonné (...), etc. – n'implique pas celle de renoncer au principal critère prévu par cette disposition légale impérative" (cons. 3.2.3).

5. Quelques considérations sur l'arrêt du 26 octobre 2006 du Tribunal fédéral

Le constat de nullité d'une clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire comme critère de fixation et d'adaptation du loyer ne nous convainc pas, pour plusieurs raisons abordées ci-dessous.

a) La clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire respecte la lettre de l'art. 270a CO

L'art. 270a CO subordonne la diminution du loyer pour le prochain terme de résiliation à une "notable modification des bases de calcul" du loyer, ce que le Tribunal fédéral a rappelé en ces termes: le locataire peut demander une baisse de loyer en cours de bail "lorsqu'il a une raison d'admettre que les bases de calcul ont subi une modification notable"¹⁸. Or, si le taux hypothécaire est exclu, par une clause contractuelle, en tant que base de calcul du loyer, peu importe qu'il évolue à la hausse ou à la baisse, car, n'ayant pas servi de base de calcul au loyer, il ne peut pas servir de critère pour examiner s'il y a eu une modification notable des bases de calcul.

Selon le Tribunal fédéral lui-même, l'importance de la modification des bases de calcul est une constante: "Une modification du bail qui ne remet pas en cause le montant du loyer, autrement dit qui ne constitue pas une nouvelle fixation du loyer en fonction de bases de calcul modifiées, ne saurait en revanche constituer un point de référence pour juger de l'admissibilité d'une adaptation postérieure"¹⁹. Les bases de calcul du loyer, c'est-à-dire le système de calcul de ce loyer, mis en place par les parties, a une importance prépondérante, selon le texte même de la loi. Dès lors, si les parties n'ont pas fixé le loyer en fonction du taux hypothécaire (taux qu'elles ont, au contraire, expressément exclu comme critère de fixation et d'adaptation du loyer), la variation ultérieure de ce taux ne constitue bien entendu pas une "modification des bases de calcul" dudit loyer. Par conséquent, en cours de bail, le locataire ne devrait pas pouvoir demander une baisse de loyer en se fondant sur l'art. 270a CO, au cas où, par hypothèse, le taux hypothécaire a baissé, si le contrat de bail contient une clause d'exclusion de ce facteur. Ne peuvent en effet être considérés comme bases de calcul que les critères que les parties ont expressément décidé de retenir lorsqu'elles ont défini leur loyer. De juris-

prudences constante, le Tribunal fédéral répète que le locataire ne peut demander une diminution de loyer en cours de bail qu'en présence d'une modification des bases de calcul intervenue depuis la dernière fixation du loyer²⁰. D'ailleurs, comme l'a indiqué récemment la Haute Cour, "c'est précisément la caractéristique de la méthode relative que de prendre appui sur la situation existante, c'est-à-dire la manière dont les parties ont aménagé et développé jusque-là leurs rapports contractuels, pour examiner si une modification ou demande de modification unilatérale du contrat (majoration ou diminution du loyer) est admissible..."²¹.

Le critère décisif est bien la manière dont les parties ont aménagé et développé jusque-là leurs rapports contractuels. Dès lors, si elles ont d'emblée exclu de tenir compte du taux hypothécaire pour la fixation du loyer, ce critère ne peut bien évidemment pas constituer une base de calcul du loyer et, partant, ne peut pas donner lieu ni à une hausse ni à une baisse de loyer, lorsque le taux hypothécaire varie. Les bases de calcul sont forcément et logiquement celles que les parties ont décidées et appliquées dans leurs rapports contractuels. Si elles ont fixé et appliqué les facteurs A, B et C, ni l'une ni l'autre ne saurait se prévaloir ultérieurement des facteurs D, E ou F.

18 ATF 125 III 358, cons. 1a = JdT 2000 I 204 = CdB 4/99/125. Selon le Tribunal fédéral, "la préposition 'à cause', utilisée par le législateur à l'art. 270a al. 1 CO, entre les expressions 'rendement excessif' et 'notables modifications des bases de calcul ...', fait clairement ressortir l'exigence d'une modification des critères en fonction desquels le loyer actuel a été fixé" (arrêt du 9.7.2002 de la 1^{ère} Cour civile du TF, réf. 4C.291/2001 c. 2b aa). Sous l'empire de l'AMSL, il n'en allait pas différemment: "Cette disposition subordonne l'admission d'une réduction à l'existence d'un rendement excessif après la modification des bases de calcul..." (ATF 116 II 73, cons. 2a p. 74).

19 ATF 126 III 124, cons. 2a p. 125 = CdB 2/00/56. Par bases de calcul "ist das Kalkulationssystem zu verstehen, gemäss dem der vom Mieter als missbräuchlich erachtete Mietzins bislang kalkuliert ist" (PETER HIGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 269–270e OR, Zurich 1998, no 47 ad art. 270a CO, p. 511). "Welches Kalkulationssystem im konkreten Einzelfall die massgebende Berechnungsgrundlage i.S. des Art. 270a Abs. 1 abgibt, bestimmt das bisherige Vertragsregime (Vertrag, seitherige Veränderungen des Mietzinses, allfällige Mitteilungen des Vermieters über blossе Veränderungen der Berechnungsgrundlagen) zwischen den Parteien, soweit sich daraus für den Mieter gemäss Vertrauensprinzip erkennbar ergibt, welches System der Mietzinskalkulation dem Mietzins zu Grunde liegt" (HIGI, *op. cit.*), no 48 ad art. 270a CO, p. 512).

20 ATF 106 II 166 = JdT 1980 I 586, cons. 3, p. 587; ATF 106 II 359 = JdT 1981 I 144; ATF 116 II 73 = JdT 1990 I 382. "La modification des bases de calcul visée à l'art. 19 AMSL s'apprécie nécessairement au moyen d'une comparaison avec la dernière fixation du loyer" (JdT 1980 I 586 c. 3b, p. 588–589). On renvoie donc bien à la manière dont le loyer a été fixé.

21 Arrêt du 9.7.2002 de la 1^{ère} Cour civile du TF, réf. 4C.291/2001 c. 2b aa.

L'arrêt du 26 octobre 2006 de la Haute Cour a admis que cette analyse de la partie bailleuse était logique et juste, mais qu'"elle n'épuise cependant pas le sujet" (sic !)

Pourtant, l'art. 270a CO demeurerait applicable, dans le cas d'espèce, aux notables modifications de l'IPC, des charges et des loyers comparatifs. Les locataires gardaient ainsi la possibilité de demander une baisse de loyer en cas de notable modification des autres bases de calcul que le taux hypothécaire. Cet article conservait donc sa substance.

b) La clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire respecte l'égalité entre les parties

Le Tribunal fédéral a posé le principe de *l'égalité de traitement* entre locataires et propriétaires, dans un arrêt du 22 mai 1990, et l'a rappelé constamment depuis lors²².

Or, la clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire met les deux parties sur un pied d'égalité, dès lors qu'elle met le locataire à l'abri d'une hausse de loyer fondée sur une hausse du taux hypothécaire et, logiquement, ne lui donne pas non plus la possibilité de demander une baisse de loyer en fonction de la baisse du taux hypothécaire.

La clause litigieuse d'exclusion du taux hypothécaire comme critère de fixation et d'adaptation du loyer est ainsi parfaitement égalitaire, étant donné qu'aucune des parties au contrat de bail ne peut se prévaloir de l'évolution du taux hypothécaire. Elle protège aussi le locataire contre toute hausse de loyer que le bailleur serait en droit de demander dans l'hypothèse où le taux hypothécaire subit une hausse.

La Haute Cour n'a toutefois pas été sensible à cet argument. L'on ne peut qu'en être surpris au regard des critiques virulentes qu'essuie le taux hypothécaire depuis des décennies, dans les milieux locataires essentiellement.

c) La clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire respecte l'art. 269 CO

La clause d'exclusion du taux hypothécaire comme critère de fixation et d'adaptation du loyer ne porte pas atteinte ni n'exclut l'application de l'art. 269 CO, qui exprime la règle en matière de protection contre les loyers abusifs. En particulier, la validité de cette clause ne prive nullement le locataire de contester le loyer initial, en invoquant l'art. 270 CO, et de prétendre que ce loyer initial est abusif au sens de l'art. 269 CO.

De même, en cas de hausse de loyer, quel que soit le fondement de cette hausse, le locataire garde toujours la possibilité de contester la hausse en invoquant un rendement abusif au sens de l'art. 269 CO.

Ainsi, l'exclusion du taux hypothécaire comme critère de fixation et d'adaptation du loyer ne constitue nullement une atteinte à la règle de l'art. 269 CO prohibant le rendement abusif de l'objet loué. Elle ne constitue dès lors pas une violation de la règle impérative fondant l'interdiction des loyers abusifs constituée par l'art. 269 CO.

d) La clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire respecte l'art. 269a CO

La clause litigieuse d'exclusion du taux hypothécaire comme critère de fixation et d'adaptation du loyer ne porte pas non plus atteinte à l'art. 269a CO. Rappelons très brièvement le système juridique en matière de fixation du loyer. Le chapitre II du titre huitième "*du bail à loyer*": "*protection contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur en matière de baux d'habitation et de locaux commerciaux*" a pour base constitutionnelle l'art. 34^{septies} aCst. Selon l'alinéa 1 de cette disposition, la Confédération avait le droit d'édicter des prescriptions contre les abus en matière de bail. Elle légifèrait pour protéger les locataires contre les loyers et autres prétentions abusives du bailleur. Avec cette base constitutionnelle, le régime du contrôle du loyer a été écarté²³. Les loyers abusifs font l'objet d'une règle définie à l'art. 269 CO et d'exceptions décrites à l'art. 269a CO. Cela ressort des notes marginales aux art. 269 et 269a CO intitulés respectivement "*règles*" et "*exceptions*". L'art. 269 CO définit les loyers abusifs comme ceux permettant au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'ils résultent d'un prix d'achat manifestement exagéré. Les exceptions de l'art. 269a CO décrivent six hypothèses où, en règle générale, les loyers ne sont pas abusifs. Conformément au mandat qui lui était conféré par l'art. 253a CO, le Conseil fédéral a adopté le 9 mai 1990 une ordonnance d'application sur le bail à loyer. Tant au stade de leur adoption qu'à celui de leur application, les ordonnances se situent au dernier degré de la hiérarchie des normes juridiques et sont donc placées au-dessous de la Constitution et de la loi²⁴. Contrairement aux lois fédérales qui échappent au contrôle de leur constitutionnalité, les ordonnances sont soumises au contrôle de leur conformité à la loi et à la Constitution, dans la mesure où le législateur n'a pas exprimé formellement l'intention d'y déroger²⁵. Cette volonté du législateur doit se déduire à la fois des Messages du 30 juin 1971 et du 24 avril 1972 relatifs à l'AMSL et du Message du 29 mars 1985 qui a précédé la révision du droit du bail, car le nouveau droit a repris, à ses articles 269 et 269a CO, les normes des articles 14 et 15 AMSL, en étendant uniquement leur champ d'application à la Suisse entière. Il ressort du Message du 24 avril 1972 que le législateur a voulu éviter que le bailleur exploite la pénurie de logements pour rechercher un rendement ou un gain inéluctables et que l'on reconnaissait en revanche au propriétaire le droit de réper-

22 Arrêt du 9.7.2002 du TF, réf. 4C.291/2001, cons. 2b/cc et 2b ff.; ATF 122 III 257 = JdT 1997 I 595, cons. 4a/cc *in fine*; ATF 116 II 74 = SJ 1990 p. 522.

23 FF 1985 I 1389 ad 34; FF 1972 I 1222 et 1223.

24 ETIENNE GRISEL, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung* JAHRESZAHL??, p. 393.

25 ANDREAS AUER, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, 1983, p. 113; GRISEL (n. 24), p. 395.

cuter sur les loyers les hausses réelles de coût, le droit à la garantie de la valeur réelle, mais non le droit de réaliser un gain inflationniste. De même, on reconnaissait aux propriétaires des anciens logements, dont les loyers moyens étaient devenus inférieurs, le droit, grâce en particulier à la norme des loyers usuels, de rattraper le marché²⁶. D'après le Message du 27 mars 1985²⁷, l'initiative pour la protection des locataires voulait instaurer une protection des locataires déterminant les loyers admissibles selon exclusivement le principe du rendement équitable. Le Conseil fédéral, puis les Chambres, ne se sont pas ralliés à l'initiative, parce qu'ils refusaient que les loyers soient fondés exclusivement sur les coûts et ne voulaient pas remettre en question le système d'économie de marché²⁸. Il ressortait expressément du Message que toute mesure législative en matière de bail devait se limiter à combattre les excès caractérisés pertinemment par la notion d'abus²⁹. Il ne se trouve nulle part l'idée d'obliger le bailleur à fixer le loyer au maximum admissible et est dès lors réservée une possibilité de hausse, s'il ne fait pas l'usage de cette faculté de fixer le montant du loyer à son maximum.

Il découle de l'interprétation systématique reposant sur les notes marginales des art. 269 et 269a CO:

- tout d'abord que l'art. 269a CO ne fait que décrire des hypothèses constituant autant d'exceptions où les loyers ne seraient pas abusifs;
- ensuite, que cette disposition est nuancée à la fois par le terme "*en règle générale*" et par le terme "*notamment*";
- que par le terme "*en règle générale*", on doit déduire que ces six hypothèses peuvent ne pas suffire, puisqu'on dit "*en règle générale*".

Il découle, par ailleurs, du terme "*notamment*" qu'il peut y avoir d'autres hypothèses que les six hypothèses des art. 269a à f CO et qu'il s'avère, en définitive, décisif de déterminer si le loyer est abusif ou non au sens de la règle posée par l'art. 269 CO.

On peut déduire de ce qui précède que l'art. 269a CO, au contraire de l'art. 269 CO qui pose la règle, n'impose rien aux parties et donc aux bailleurs. Il n'impose donc pas de tenir impérativement compte du taux hypothécaire pour fixer le loyer: les parties peuvent le fixer selon d'autres critères.

Il découle de ce caractère exemplatif et non exhaustif de l'art. 269a CO³⁰ que rien n'empêche les parties de pouvoir librement écarter certains éléments énumérés dans la liste. La relativisation de l'art. 269a CO voulue par le législateur, par les termes "*en règle générale*" et "*notamment*", ne permet pas d'interpréter l'art. 269a CO comme imposant aux parties l'application de ce qui constitue non pas des critères mais des exceptions (selon la note marginale de l'art. 269a CO) permettant d'échapper aux griefs d'abus, soit en réalité des hypothèses dans lesquelles il n'y aurait pas abus. Ce caractère non exhaustif de l'art. 269a CO plaide dans le sens que les parties doivent pouvoir librement écarter certains éléments énumérés dans la liste. En effet, si l'on soutenait que le caractère impératif de l'art. 269a CO obligeait de manière rigoureuse les parties à tenir compte et à

appliquer tous les critères énumérés, cela impliquerait de les obliger à appliquer des facteurs inconnus et non définis par la loi (à cause de l'adverbe "*notamment*"). D'ailleurs, la doctrine confirme que l'art. 269a CO ne limite pas la liberté des parties de choisir d'autres modèles de fixation et d'adaptation du loyer³¹. Prétendre que l'art. 269a CO obligerait les parties à tenir compte et à appliquer toutes les hypothèses énumérées à l'art. 269a à f CO ne prendrait pas en considération la volonté du législateur, qui a au contraire voulu laisser la liberté aux parties soit de démontrer qu'il y aurait abus même dans l'une de ces hypothèses ("*en règle générale*"), soit qu'il n'y aurait pas d'abus même si l'on ne se trouvait pas dans l'une de ces six hypothèses (cela découle du terme "*notamment*").

Par surabondance, ni l'art. 269a CO ni l'art. 270a CO ne font mention expresse du taux hypothécaire. Ils ne font que se référer à "*des hausses de coût*" (art. 269a lit. b CO) ou à "*une baisse de frais*" (art. 270a al. 1 CO). Donc, le texte légal, adopté par le législateur, ne fait lui-même pas référence au taux hypothécaire, de sorte qu'on ne voit pas pourquoi ce critère (non expressément prévu par la loi) devrait impérativement être appliqué par les parties au contrat de bail.

e) La clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire respecte l'art. 13 OBLF

La clause litigieuse d'exclusion du taux hypothécaire comme critère de fixation et d'adaptation du loyer ne porte pas non plus atteinte à l'art. 13 OBLF. Même si l'OBLF ne constitue qu'une ordonnance, soumise donc au contrôle de sa conformité à la loi et à la Constitution dans la mesure où le législateur n'a pas exprimé formellement l'intention d'y déroger, il sied de relever que la clause litigieuse ne porte

26 FF 1972 I 1224 à 1226.

27 FF 1985 I 1376.

28 FF 1985 I 1380 *in fine*.

29 FF 1985 I 1380 *in fine* et 1381.

30 TERCIER (n. 7), no 2352, p. 338; HIGI (n. 19), no 7 ad art. 269a CO, p. 218; WEBER (n. 7), no 1 ad art. 269a CO, p. 1441.

31 "Die Norm schränkt jedoch die Freiheit der Parteien, anderweitige als die in ihr enthaltenen Mietzinsbestimmungsmodelle zu wählen (...), nicht ein" (HIGI [n. 19], no 5 ad art. 269a CO, p. 217). Dès lors, si les parties ne peuvent pas modifier les présomptions posées à l'art. 269a CO pour déclarer tel loyer non abusif, cette disposition légale n'oblige en revanche pas les parties à tenir compte et à appliquer tous les critères qui y figurent. WEBER (n. 7), confirme que les art. 269 ss revêtent un caractère impératif en faveur du locataire. Il rappelle la nullité d'une clause contractuelle empêchant de faire baisser le loyer en dessous du loyer initial (il rappelle ainsi l'arrêt du 23.8.1999 de l'ATF 125 III 358 cité par la décision querellée). Mais il ajoute que cela n'empêche pas les parties de prévoir des clauses contractuelles différentes, pour autant qu'elles n'aient pas le caractère de clauses d'indexation ou d'échelonnement et qu'elles ne contournent pas les règles destinées à prévenir les abus (WEBER [n. 7], no 3 ad art. 269 CO, p. 1431).

pas atteinte à l'art. 13 OBLF. Il y a lieu de déduire de la *ratio legis* de l'art. 13 OBLF et notamment de l'art. 13 al. 4 OBLF, *a contrario*, que le législateur s'est montré attentif dans cette disposition à une égalité de traitement entre bailleurs et locataires en ce qui concerne la modification du loyer faisant suite à une variation du taux hypothécaire. En effet, selon l'art. 13 al. 4 OBLF, le législateur de l'ordonnance a posé le principe que, lors d'une modification du loyer faisant suite à une variation du taux hypothécaire, il y avait lieu d'examiner, en outre, si et dans quelle mesure les variations antérieures ont entraîné une modification du loyer. Or, selon la doctrine³², l'art. 13 al. 4 OBLF peut aussi être invoqué par le bailleur. A l'occasion d'une demande de baisse, le bailleur peut faire valoir qu'il n'a pas épuisé précédemment ses possibilités de hausse en matière hypothécaire, naturellement pour autant qu'à l'occasion de la dernière hausse, il ne se soit pas prévalu du taux hypothécaire. *A fortiori*, on doit déduire de ce qui précède, d'autant plus à la lumière du principe de l'égalité de traitement entre bailleurs et locataires, qu'une clause excluant le taux hypothécaire comme critère de fixation et d'adaptation du loyer s'inscrit parfaitement dans l'esprit de l'art. 13 al. 4 OBLF qui vise à proscrire une inégalité de traitement en matière de fixation et d'adaptation du loyer selon le critère du taux hypothécaire entre bailleurs et locataires. Une telle clause d'exclusion est parfaitement compatible avec l'esprit qui a présidé à l'adoption de l'art. 13 al. 4 OBLF et ne saurait donc constituer une atteinte à cette disposition.

f) Interdiction de l'abus de droit

Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi (art. 2 CC). Cette règle de l'interdiction de l'abus de droit fait partie de l'ordre public suisse positif³³. La législation réprimant les abus en matière de bail prend expressément en compte le principe de la bonne foi, ce principe constituant d'ailleurs "la base de la méthode dite relative"³⁴. La confiance éveillée chez les parties, que ce soit le bailleur ou le locataire, est décisive, de même que la manière dont elles ont aménagé et développé jusqu'alors leurs rapports contractuels. Il est dès lors discutable de ne pas avoir retenu que les locataires concernés commettent un abus de droit et adoptent un comportement contraire à la bonne foi en remettant en cause la clause contractuelle litigieuse. En effet, ils ont demandé l'application du taux hypothécaire pour l'adaptation de leurs loyers à la baisse, alors même qu'ils ont souscrit à une clause contractuelle excluant ce facteur pour la fixation et l'adaptation subséquente du loyer, et que, par surabondance, ce critère n'a jamais été utilisé par les parties et, en particulier, pas par la bailleuse lorsqu'elle avait majoré le loyer antérieurement. L'abus de droit aurait dû être retenu³⁵. C'est d'ailleurs à ce même constat d'abus de droit que le Tribunal des baux était parvenu dans son jugement du 17 septembre 1994.

6. Conclusions

Les arguments développés ci-dessus auraient dû plaider en faveur de la validité de la clause d'exclusion du taux hypothécaire comme critère de fixation et d'adaptation du loyer. La Haute Cour n'en a pas voulu ainsi. Il en résulte indéniablement une restriction supplémentaire à la liberté contractuelle en droit du bail, liberté déjà fortement restreinte en ce domaine. En droit du bail, il semble hélas que la liberté contractuelle soit une notion à géométrie variable. En effet, une même clause contractuelle a, dans un premier temps, été jugée valable³⁶, au nom de la liberté contractuelle, puis, ultérieurement, déclarée nulle...

32 DAVID LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, chap. 19, ch. 336 p. 312 et réf. cit. sous note 75, savoir: SVIT-Kommentar Mietrecht, art. 269a CO, note no 50; PETER ZIHLMANN, *Das neue Mietrecht*, Zurich 1990, p. 178.

33 ATF 128 III 201.

34 SJ 1992 p. 119, cons. 4a p. 121. "Dans le même contexte, ceux-ci rappellent que le principe de la confiance, qui sous-tend la méthode relative, découle lui-même du principe de la bonne foi ... " (CdB 4/02/135, cons. II/cc p. 138). "C'est précisément la caractéristique de la méthode relative que de prendre appui sur la situation existante, c'est-à-dire la manière dont les parties ont aménagé et développé jusque-là leurs rapports contractuels ..." (CdB 4/02/135, cons. II/aa p. 136). "C'est en particulier perdre de vue que, pour ce qui est de cette dernière hypothèse, la jurisprudence a mis l'accent sur la confiance éveillée chez le contractant, ce qui l'a conduit à relativiser les facteurs absolus" (CdB 4/02/135, cons. II/bb p. 137). "La méthode relative sert à déterminer, en fonction du contrat et du principe de la confiance, si une adaptation du loyer intervenant en cours de bail est admissible ou non. En d'autres termes, son application suppose que l'on examine si une modification du loyer est compatible avec la volonté manifestée antérieurement par celui qui la réclame. Ladite méthode, qui a pour fondement la confiance éveillée chez le cocontractant, interdit, en définitive, au bailleur d'adopter une attitude contradictoire. Cette confiance repose elle-même sur les relations spéciales existantes entre le bailleur et son locataire, c'est-à-dire sur la manière dont ceux-ci ont aménagé leurs rapports contractuels et les ont développés jusque-là" (ATF 123 III 76, cons. 4c p. 81). "En inscrivant l'ensemble des règles relatives au droit du bail à loyer dans le Code des obligations, le législateur a manifesté sa volonté de continuer à considérer le bail comme un contrat entre deux parties, conclu selon les principes généraux du droit contractuel et basé, par conséquent, sur celui de la confiance" (JORNOD [n. 8], p. 16).

35 "La jurisprudence considère comme abusif le comportement d'une partie au contrat de bail qui adopte initialement une attitude de nature à susciter chez l'autre partie une confiance légitime pouvant se traduire par des actes qui pourraient se révéler par la suite préjudiciables pour elle au regard d'une nouvelle situation" (arrêt du 18.10.2001 du TF réf. 4C.134/2001 cons. 3b)

36 Jugements du Tribunal des baux vaudois du 17.11.1988 et du 7.9.1994; arrêt du 11.4.1990 de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois.

b) Il reste à s'interroger sur la manière de traiter les cas dans lesquelles les parties au contrat de bail sont parvenues, à l'occasion d'un litige, à une *transaction judiciaire* dans laquelle elles ont incorporé une clause excluant la prise en compte du taux hypothécaire comme facteur de fixation et d'évolution du loyer.

En procédure civile vaudoise, la transaction judiciaire a valeur de jugement (art. 158 CPC)³⁷ et bénéficie de l'autorité de la chose jugée ainsi que de la force exécutoire³⁸. Avant de prendre acte de la transaction et de rayer la cause du rôle, le juge doit s'assurer que la transaction n'est pas manifestement affectée d'un vice de la volonté et qu'il ne subsiste pas de désaccord, ni qu'elle soit visiblement entachée d'un vice qui la rendrait nulle ou annulable³⁹. Le juge exerce donc un contrôle de la validité de la transaction judiciaire avant d'en faire un jugement.

Il n'en va pas autrement devant les autorités de conciliation en matière de bail. En effet, le droit fédéral prévoit que les commissions de conciliation ont pour tâche de *conseiller* les parties et de tenter, en cas de litige, de les amener à un accord (art. 274a al. 1 litt. a et b CO). L'art. 21 OBLF confirme cette obligation de l'autorité de conciliation de conseiller locataires et bailleurs et les efforts qu'elle doit tenter pour amener les parties à un accord sur l'ensemble des questions réglées dans le bail (montant du loyer, durée du contrat, congé, etc.). En vertu de son devoir, ainsi que de la maxime inquisitoire qui prévaut en la matière, l'autorité de conciliation a l'obligation d'examiner si l'accord voulu par les parties est admissible et clair, cela dans l'intérêt des parties à la sécurité du droit et afin de permettre que l'accord qu'elles ont voulu soit pleinement exécutable, clair et admissible⁴⁰. L'accord des parties devant l'autorité de conciliation vaut transaction judiciaire en vertu du droit fédéral (art. 274^e al. 1 *in fine* CO)⁴¹.

Dans ces circonstances, il est difficilement concevable d'envisager de remettre en cause la validité d'une transaction judiciaire comportant une clause d'exclusion du taux hypothécaire, sauf à contrevenir gravement au principe fondamental de la sécurité du droit.

En outre, la jurisprudence fédérale ici examinée, consacrant la nullité d'une clause contractuelle d'exclusion du taux hypothécaire, n'empêchera pas, selon nous, les parties au contrat de bail d'adopter une telle clause à l'occasion d'un litige concernant le loyer (contestation de loyer initial, procédure de baisse ou de hausse de loyer en cours de bail), ni n'obligera l'autorité saisie (commission de conciliation, tribunal des baux ou autre juridiction compétente) à refuser d'en prendre acte ou de la ratifier pour valoir jugement. En effet, l'arrêt du 26 octobre 2006 du Tribunal fédéral dit bien que *"les parties ne peuvent pas renoncer contractuellement à l'application de l'un ou l'autre des critères mentionnés à l'art. 269a CO, pas plus qu'elles ne peuvent en modifier la portée ou introduire d'autres critères de fixation du loyer"*⁴². S'il en ressort qu'une telle clause est nulle, dans l'hypothèse où elle est adoptée par les parties *au moment* de la conclusion du contrat, la Haute Cour n'a en revanche pas dit que les parties au contrat de bail ne pouvaient pas exclure le

taux hypothécaire *en cours de bail*. L'on peut au contraire s'appuyer sur l'arrêt du Tribunal fédéral pour soutenir que les parties sont libres, postérieurement à la conclusion du bail et, en particulier, au cours d'une procédure concernant le montant du loyer, de fixer ce dernier et d'exclure pour l'avenir le taux hypothécaire comme paramètre d'évolution du loyer:

aa) La Haute Cour affirme en effet que les *"contrats-cadres peuvent déroger aux règles de l'art. 269a CO – mais pas à l'art. 269 CO (cf. art. 3 al. 3 let. b LCBD) – en supprimant certains de ces critères, en les modifiant ou en en créant d'autres"*. Le taux hypothécaire n'est donc pas un critère intangible, puisqu'on peut l'évincer par contrat-cadre.

bb) La nullité de la clause d'exclusion du taux hypothécaire, adoptée à la conclusion du bail, est dictée, selon le Tribunal fédéral, par *"la nécessité de protéger le locataire, soit la partie faible au contrat de bail, contre les loyers abusifs"*, de sorte qu'il faut empêcher *"la création d'un droit conven-*

37 La transaction judiciaire est un contrat qui met fin à l'instance, acquiert force de chose jugée et bénéficie de l'autorité de la chose jugée. Elle n'est pas seulement un contrat de droit privé, mais également une institution procédurale conduisant à liquider un litige judiciaire (MICHEL DRUCOT, *Le droit judiciaire privé valaisan*, 2000, pp. 379–380; FRANÇOIS GILLARD, *La transaction judiciaire en procédure civile*, Zurich 2003, p. 267–268; TERCIER [n. 7], p. 1019).

38 JdT 1998 III 19; JdT 1995 III 38; JdT 1960 III 76; JEAN-FRANÇOIS POUURET/JACQUES HALDY/DENIS TAPPY, *Procédure civile vaudoise*, 3^{ème} édition Lausanne 2002, no 2 ad art. 475 CPC, p. 738. Précisons que l'autorité matérielle de la chose jugée ne porte que sur les prétentions qui ont fait l'objet de conclusions dans le cadre du procès, mais pas sur les accords qui excèdent ces conclusions, qui règlent un différend ou une simple incertitude affectant les rapports juridiques des parties et ont le caractère de transaction extra-judiciaire, sans mettre fin au procès (GILLARD [n. 37], pp. 98 ss; arrêt du 15.3.2006 de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, CdB 3/06/88).

39 *"La loi vaudoise ne saurait en effet imposer au juge de sanctionner; pour en faire un jugement, une transaction visiblement viciée"* (JdT 1998 III 19, cons. 2c p. 23); POUURET/HALDY/TAPPY (n. 38), no 2 ad art. 158 CPC, p. 287. Il en va sans doute de même dans d'autres cantons. Par exemple, en Valais, en procédure de conciliation devant le juge de commune, celui-ci prend connaissance de l'objet du litige et s'efforce de concilier les parties. Il peut examiner l'objet du litige en leur présence pour leur en faciliter la compréhension (art. 116 CPC). La transaction judiciaire a les effets d'un jugement exécutoire (art. 117 CPC).

40 PETER HIGI, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Miete*, Art. 271–274g OR, Zurich 1996, no 49 ad art. 274e CO, p. 482.

41 LACHAT (n. 7), no 1 ad art. 274e CO, p. 1462; WEBER (n. 7), no 1a ad art. 274e CO, p. 1546; HIGI (n. 40), no 47 ad art. 274e CO, p. 481.

42 Considérant 3.2.2.2 *in fine*.

tionnel parallèle qui viendrait concurrencer la législation ad hoc, fruit d'un long processus d'élaboration ayant débouché sur un compromis entre les intérêts antagonistes des bailleurs et des locataires".

Si cet impératif de protection se comprend au moment de la conclusion du bail, il en va différemment en cours de bail, en particulier au cours d'une procédure (devant l'autorité conciliatrice ou l'autorité judiciaire) concernant la fixation du loyer. A une telle occasion, la liberté contractuelle, valable également en droit du bail et, particulièrement, s'agissant de la fixation du loyer, doit permettre aux parties, sous le contrôle du juge⁴³ respectivement sous le contrôle et grâce aux conseils⁴⁴ de l'autorité de conciliation, de fixer le loyer et, pour l'avenir, d'exclure le taux hypothécaire comme critère d'évolution du loyer. A plus forte raison du fait de l'existence de cette nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, qui indique quels sont les droits du locataire en la matière, ce locataire agirait-il en connaissance de cause et conscient de ses droits, s'il souscrivait, en cours de bail, à un accord excluant le taux hypothécaire. Passée devant une autorité judiciaire, respectivement devant l'autorité conciliatrice instituée pour conseiller les parties⁴⁵, l'on ne saurait aucunement craindre qu'une telle transaction soit conclue au détriment des intérêts de l'une ou l'autre des parties et, en particulier, du locataire, partie réputée faible. Le souci de protection du locataire serait ainsi pleinement sauvegardé.

Pour conclure, il nous apparaît que la liberté contractuelle permet aux parties à un contrat de bail, postérieurement à la conclusion du bail, plus précisément au cours d'une procédure relative au montant du loyer, de fixer le loyer et de convenir d'exclure pour l'avenir le taux hypothécaire comme critère d'évolution dudit loyer. Elles le peuvent, à notre sens, d'autant plus depuis l'arrêt du 26 octobre 2006, dès lorsqu'elles agissent toutes deux, en particulier le locataire, en pleine connaissance de leurs droits. Il en va de même des autorités qui seraient appelées à devoir prendre acte ou ratifier, pour valoir jugement, de tels accords des parties.

43 Qui, en tout cas en droit vaudois, comme on l'a vu, a le devoir de s'assurer de la validité de la transaction.

44 Le législateur fédéral a voulu qu'elle conseille les locataires et bailleurs pour, si possible, les amener à un accord.

45 Si elle n'est pas une autorité judiciaire (elle est une institution indépendante non subordonnée au juge), l'autorité de conciliation en matière de bail n'en est pas moins dotée d'un véritable pouvoir juridictionnel (NICOLAS SAVIAUX, *Décisions des autorités de conciliation en matière de bail: quelques réflexions*, Cahiers du bail 3/02 pp. 65 ss, p. 66).

Der Autor befasst sich mit der Rolle der Privatautonomie bzw. der Vertragsfreiheit im Mietrecht. Auch wenn der Grundsatz der Vertragsfreiheit ebenfalls im Mietrecht gilt, etwa im Bereich der Festsetzung des Mietzinses, so sind doch zahlreiche Einschränkungen zu beachten. Eine zusätzliche Beschränkung der Vertragsfreiheit in diesem Bereich resultiert aus einer neueren Bundesgerichtsentscheid. Dieser erklärt eine Klausel in einem Mietvertrag für nichtig, welche den Hypothekarzins als ein Kriterium bei der Festsetzung und der Anpassung des Mietzinses ausschliesst – dies mit der Begründung, eine solche Klausel verstosse gegen zwingendes Recht. Anhand von Rechtssätzen auf Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsstufe sowie anhand der Rechtsprechung wirft der Verfasser einen kritischen Blick auf diesen Bundesgerichtsentscheid. Er vertritt die Auffassung, dass die Vertragsfreiheit hätte vorgehen müssen, zumal diese Klausel den Mieter – die schwächere Vertragspartei – vor Mietzins erhöhungen im Falle einer Erhöhung des Hypothekarzinses geschützt hätte.