

**NOUVEAUTÉS EN DROIT DES
OBLIGATIONS ET DES CONTRATS**

Journée de formation continue

Université de Neuchâtel
19 novembre 2021

Prof. Blaise Carron

19 novembre 2021

Mesdames, Messieurs,

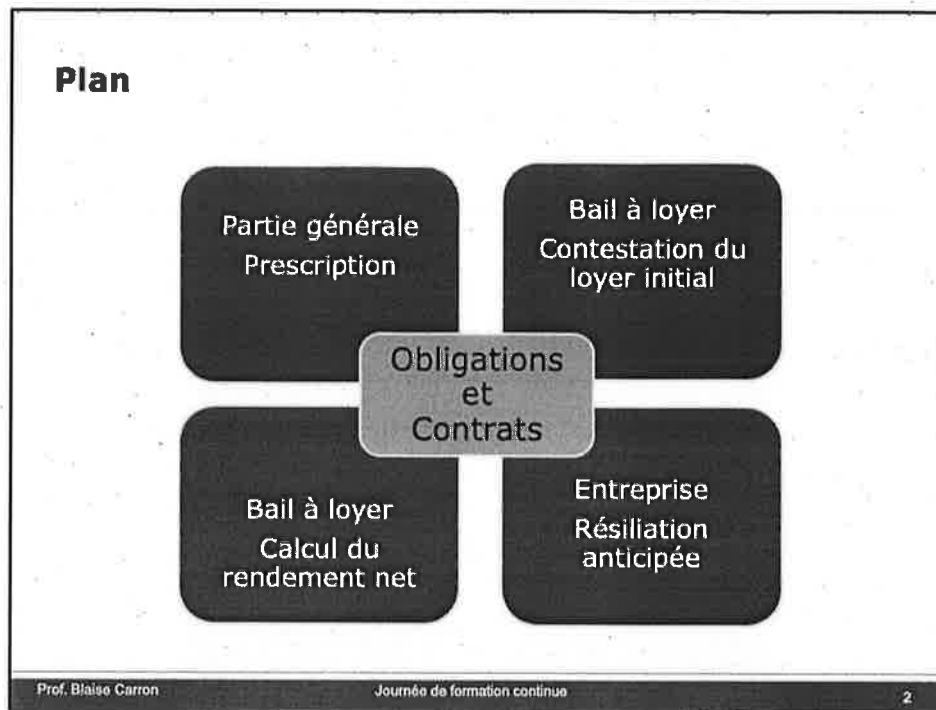
Un grand plaisir de vous retrouver en cet après-midi de la journée des praticiens.

Nouveauté : novel oration de ce année

Remerciements à mon assistant Me **Isaac Bergmann** pour son soutien dans la préparation de cette présentation et toute l'équipe des 2 chaires de droit des obligations et des contrats pour la contribution écrite.

- Eileen Boss
- ~~H.~~ Singer

Législation • LCA présentée par Ne Penitaz
• modifications → renvais



Ma présentation du jour se divisera en **quatre séquences** que voici..

J'évoquerai d'abord un arrêt sur la **prescription**,

avant de m'arrêter sur deux décisions en droit du **bail**

Avant de clore par un arrêt sur la **fin d'un contrat d'entreprise**.

Partie générale - Prescription

TF 4A_428/2020 du 1er avril 2021 (d) (publication prévue)

Suspension du délai de prescription en cas de procédure judiciaire

La question...

Art. 138 al. 1 CO

¹ La prescription interrompue par l'effet d'une requête en conciliation, d'une action ou d'une exception recommence à courir lorsque la **juridiction saisie clôt la procédure**.

Que signifie «la juridiction saisie clôt la procédure»?

Le premier arrêt concerne donc la prescription, récemment révisée.

A l'époque **l'art. 138 al. 1 CO** a été modifié pour éviter que la prescription intervienne pendant qu'une affaire était traitée par les tribunaux.

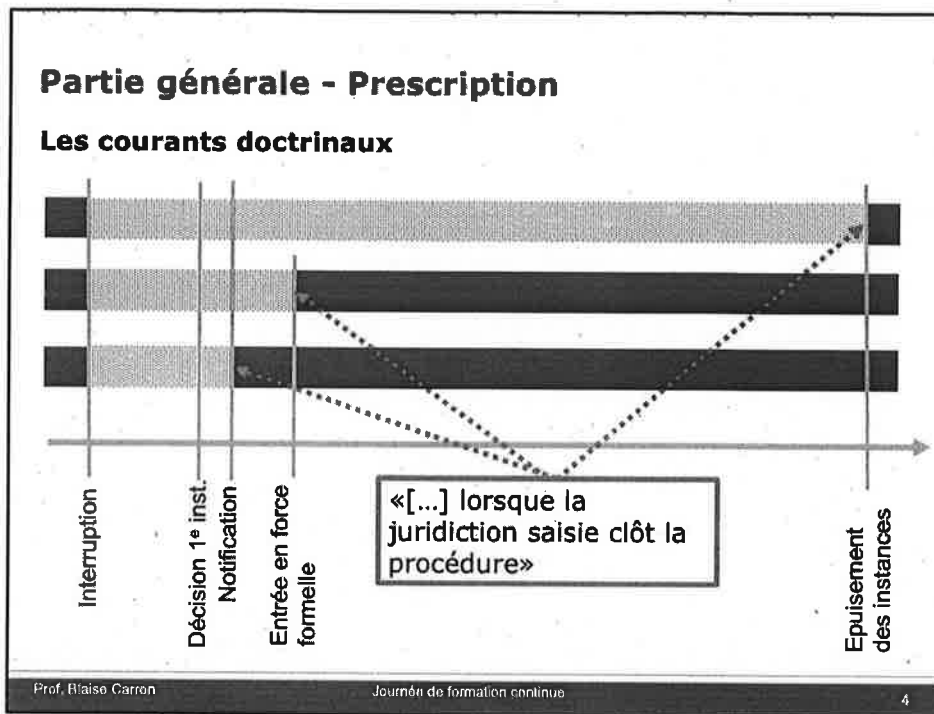
Toutefois, le texte retenu par le législateur a nécessité une **mise au point** de la justice.

L'art 138 al. 1 CO loi prévoit que «le délai recommence à courir **lorsque la juridiction saisie clôt la procédure**».

Dans notre affaire, il s'agissait du délai de prescription **relatif** d'une année (aujourd'hui 3 ans) **de l'art. 67 CO**.

Le **recourant** affirmait que **le jugement du tribunal de 1^{ère} instance avait clos la procédure** en condamnant le recourant à payer 40'000.

Il était d'avis que **le jugement rendu en 2^{ème} instance plus d'une année après la notification du jugement de 1^{ère} instance** avait conduit à la prescription de la créance.

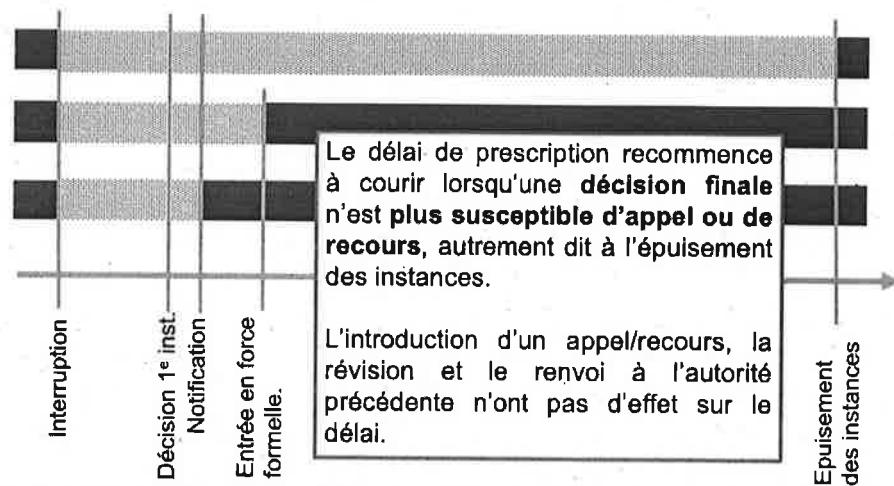


Le TF présente les **différents avis doctrinaux** au sujet de cette disposition et distingue 3 courants:

- Le **premier** affirme que la prescription recommence à courir à la **notification de chaque jugement**.
- Le **deuxième** courant affirme que la prescription recommence à courir à **l'entrée en force formelle d'un jugement**, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas ou plus susceptible de faire l'objet d'un appel (avec effet suspensif).
- Le **troisième** courant soutient que ce n'est **qu'à l'épuisement des instances** qu'un nouveau délai de prescription recommence à courir.

Partie générale - Prescription

La réponse du TF (c. 7.3)



Prof. Blaise Carron

Journées de formation continue

5

Après avoir présenté ces solutions,

Le **TF tranche** de manière convaincante en faveur du troisième courant,

en disant que le **délai recommence à courir lorsqu'on a une décision finale qui n'est plus susceptible ni d'appel ni de recours** (au niveau cantonal ou fédéral).

Partie générale - Prescription

Ce qu'il faut en comprendre (selon nous)...

Le délai de prescription interrompu recommence à courir...

...s'agissant d'une décision finale contre laquelle **aucun moyen de droit n'est ouvert**: → À la notification

...s'agissant d'une décision finale contre laquelle **un appel ou un recours est possible**: → À l'expiration du délai d'appel/de recours non utilisé

Pour une analyse critique de l'arrêt:
F. BOHNET/B. CARRON, La suspension du délai de prescription en cas de procédure judiciaire, newsletter bail.ch mai 2021

Si nous essayons de **tirer les leçons** de cet arrêt (*le TF ne le dit pas*)

cela signifie donc qu'un **nouveau délai de prescription recommence à courir**:

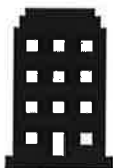
- À la **notification du jugement** si **aucun moyen** de droit (appel ou recours) n'est ouvert
- A l'**expiration du délai d'appel ou de recours** si un moyen de droit existe *mais n'est finalement pas saisi*
- A la **notification du dispositif d'un jugement du TF qui tranche l'affaire**

(tout en soulignant qu'un nouveau délai **ne recommence pas à courir si le TF renvoie l'affaire** vers les instances cantonales pour trancher au sens des considérants).

Bail à loyer – Contestation du loyer initial

TF 4A_183/2020 du 6 mai 2021 (d) (publication prévue)

Fardeau de la preuve en matière de contestation du loyer initial d'un immeuble ancien



- Immeuble **ancien**: construit en 1933, acquis par la bailleuse en 1948
- Bail **précédent de longue durée** (env. 20 ans)
- **Augmentation massive** du loyer à l'entrée du nouveau locataire (env. 44%) en se basant sur l'adaptation aux loyers usuels du quartier (art. 269a CO)
- **Contestation** du loyer par le nouveau locataire

Les **deuxième et troisième** arrêts que je vous propose de traiter concerne le **droit du bail** et plus précisément la **contestation du loyer initial**.

Il s'agit de **deux arrêts qui seront publiés** aux ATF.

L'arrêt 4A_183/2020 vient **clarifier certains doutes** qu'avaient soulevés un autre arrêt en français publié au recueil officiel, l'ATF 139 III 13, dont la portée avait été controversée en doctrine.

Il concerne le **fardeau de la preuve du loyer abusif**.

L'**hypothèse pertinente** est la suivante:

- ~~Que faire lorsqu'on a affaire à un~~ **immeuble ancien**
- Que le **dernier bail a duré longtemps** (15-20 ans)
- Que l'augmentation est **massive** (en l'occurrence 44%)
- Que le **bailleur justifie** l'augmentation par **l'adaptation aux loyers usuels** du quartier

Bail à loyer – Contestation du loyer initial

Rappel (c. 3.3): **immeuble ancien** → loyer **préssumé abusif** si cumulativement:

- ✓ Augmentation massive du loyer (nettement > 10%)
- ✓ Ne s'explique pas par la variation de l'IPC ou du taux hypothécaire de référence



Présomption de fait: ne renverse pas le fardeau de la preuve (du locataire) et **peut être renversée** par le bailleur en soulevant des **doutes suffisants** quant au caractère abusif (c. 4.2)

Un bail précédent de **longue durée** (15-20 ans) n'empêche pas le recours à cette présomption de fait, mais peut être – seul ou avec d'autres facteurs – **peut être un indice suffisant** pour renverser la présomption (c. 4.3.2)

Prof. Blaise Carron

Journée de formation continue

8

① Le TF rappelle qu'en cas d'**immeuble ancien** (je rappelle qu'il s'agit d'un immeuble dont la construction ou l'acquisition est de 30 ans au moins lors du début du bail),

on applique en priorité le **critère des loyers usuels du quartier** (et non celui du calcul du rendement net)

② et que le **loyer est présumé abusif** si:

1. On a une **augmentation massive du loyer** (le TF ne définit pas cette augmentation mais souligne que cela doit être **nettement plus que 10%**, les arrêts l'ayant admis concernaient des augmentations de 43,61% et 44%)

ET

2. L'augmentation **ne peut s'expliquer par la variation de l'IPC ou du taux hypothécaire**

Le TF précise qu'il ne s'agit **pas d'un renversement du fardeau de la preuve** (qui reste chez le locataire qui doit prouver le caractère abusif),

mais d'une **présomption de fait**.

Le bailleur peut toutefois ^{écarter} ~~contester~~ cette **présomption de fait** du caractère abusif en apportant des **doutes suffisants**,

Dans l'**arrêt**, le TF reconnaît que le fait que le bail précédent **était de longue durée** peut être un **indice suffisant** (ce qui pourrait expliquer une augmentation massive)

pour renverser la présomption

Bail à loyer – calcul du rendement net

ATF 147 III 14 (f)

Calcul du rendement net admissible

7 étapes (c. 7.1) :

1. Détermination des **coûts d'investissements effectifs**
2. Déduction **des fonds empruntés** (étrangers)
3. **Réévaluation des fonds propres** pour tenir compte du renchérissement
4. **Application** aux fonds propres du **taux de rendement admissible**
5. Ajout des **charges immobilières**
6. **Ventilation du résultat** appartement par appartement
7. **Comparaison** du loyer admissible obtenu avec le loyer actuel

Le troisième arrêt est important car il entraîne un **double renversement de jurisprudence** en matière du **calcul du rendement net** admissible.

²
~~Des~~ **arrêts qui ont marqué la jurisprudence des trente dernières années ATF 120 II 100** (revalorisation de 40% des fonds propres) et **ATF 112 II 149** (taux de rendement admissible 0,5% en sus du taux de référence) sont **renversés**.

Je vous rappelle qu'il y a **7 étapes dans le calcul du rendement net**, que je ne peux détailler aujourd'hui

Si vous souhaitez **mieux les comprendre**, je vous renvoie aux **développements didactiques** du TF. *en voisinite a vous inscrire aux Jours du Droit bail*

Je me concentrerai sur les **critères 3 et 4**, touchés par ce **revirement de jurisprudence**.

Bail à loyer – calcul du rendement net

ATF 147 III 14 (f)

Contestation du loyer initial - calcul du rendement net admissible

7 étapes (c. 7.1) :

In casu, TC (c. 5.1) :

1. Détermination des coûts d'investissements effectifs	1. 51'546'000.-
2. Déduction des fonds empruntés (étrangers)	2. 0 (100% fonds propres)
3. Réévaluation des fonds propres pour tenir compte du renchérissement	3. 52'530'211.- (sur 40% des fonds propres)
4. Application aux fonds propres du taux de rendement admissible	4. 1'050'604.- (taux = 1,5% + 0,5%)
5. Ajout des charges immobilières	5. 490'287.-
6. Ventilation du résultat appartement par appartement	6. 1'540'891.-/14443m ² = 106,70/m ²
7. Comparaison du loyer admissible obtenu avec le loyer actuel	7. Appartement = 101m ² Loyer = 900.-

Le troisième arrêt est important car il entraîne un double renversement de jurisprudence en matière du calcul du rendement net admissible.

Les ATF 120 II 100 (revalorisation de 40% des fonds propres) et ATF 112 II 149 (taux de rendement admissible 0,5% en sus du taux de référence) sont renversés.

Je vous rappelle qu'il y a 7 étapes dans le calcul du rendement net. Le TF fait aussi ce rappel de manière très didactique, pour ensuite indiquer son double changement de jurisprudence qui concerne les critères 3 et 4

Bail à loyer – calcul du rendement net

1. Détermination des coûts d'investissements effectifs
2. Déduction des fonds empruntés
3. Réévaluation des fonds propres pour tenir compte du renchérissement
4. Application aux fonds propres du taux de rendement admissible
5. Ajout des charges immobilières
6. Ventilation du résultat appartement par appartement

Réévaluation
sur **100 %**
(et plus 40%)
des **fonds**
propres
investis
(c. 8.3)

Taux de rendement admissible:
non plus 0.5% + taux hypothécaire de référence mais:
2% + taux hypothécaire de référence si taux
hypothécaire de référence \geq 2% (c. 8.4)

En ce qui concerne le **3^{ème} critère**,

l'ancienne jurisprudence ne permettait au bailleur **que de revaloriser 40% des fonds propres** investis pour tenir compte du renchérissement.

Le TF explique que cela pouvait se comprendre en période de taux hypothécaire élevé mais indique que cela n'est plus admissible et décide que, dorénavant, les **bailleurs peuvent réévaluer 100% de leurs fonds propres investis**,

~~ce qui joue un rôle important dans les immeubles détenus par des fonds de pension, qui financent très souvent à 100% la construction ou l'achat de l'immeuble par des fonds propres.~~

Quant au **4^{ème} critère**,

le TF rappelle que, selon la jurisprudence aujourd'hui dépassée, le taux de rendement admissible était de **0,5% en plus que le taux hypothécaire de référence**, ce qui signifie qu'~~aujourd'hui~~ ^{avant 2002} seul un rendement de 1,75% était toléré, car le taux de référence est de 1,25%

En modifiant sa jurisprudence, le TF dit que, si le taux de référence est = ou inférieur à 2%, le **taux de rendement admissible correspond au taux de référence + 2%**.

A l'heure **actuelle**, le taux de rendement **admissible §13,25%**.

Contrat d'entreprise – résiliation anticipée

TF 4A_270/2020 du 23 juillet 2020 (f)

Résiliation anticipée, justes motifs



- Contrat de construction
- Survenance d'un **litige** entre l'E et le MO **en cours d'exécution**
- **Résiliation «pour justes motifs»** par le MO au motif que l'E refuse de s'exécuter et «bloque» le chantier.
- **Action en paiement** de l'E pour le solde de la rémunération des travaux effectués ainsi que pour le gain manqué

Quittons le contrat de bail pour trait de la **fin d'un autre contrat, celui d'entreprise.**

L'arrêt 4A_270/2020 rappelle l'**articulation importante** entre les articles 366 et 377 CO.

L'affaire en question opposait un maître d'ouvrage qui avait **résilié** le contrat d'entreprise **en cours d'exécution** pour des motifs qu'ils considéraient pour justes.

Il faisait face à une action de l'E qui exigeait **tant le paiement des prestations effectuées qu'une indemnité** pour les travaux qu'il n'avait pas pu exécuter en raison de la résiliation du contrat.

Contrat d'entreprise - résiliation anticipée

Rappel: le MO **peut se départir** du contrat en cours d'exécution **en indemnisant complètement** l'E (art. 377 CO) pour les travaux effectués.

Une **réduction/suppression de l'indemnité** est possible si l'E a fautivement poussé le MO à la résiliation...



... mais cette réduction n'est **pas possible du seul fait que l'E est en retard**

→ hypothèse exclusivement couverte par l'art. 366 CO (*lex specialis*) (c. 4)

En l'espèce, il n'existait pas d'autre motif de résiliation que le retard; la résiliation selon l'art. 377 CO et la réduction de l'indemnité n'étaient donc pas possibles.

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord qu'un **MO peut se départir en tout temps** d'un contrat en cours d'exécution s'il **indemnise complètement l'E**: cela signifie qu'il doit lui payer les honoraires des travaux déjà effectués et l'indemniser pour les travaux non encore exécutés.

Le Tribunal fédéral rajoute que, selon sa jurisprudence, il est possible de **réduire l'indemnité de l'Entrepreneur** si celui-ci a eu un comportement **fautif** qui a contribué dans une mesure importante à l'événement ayant poussé le MO à se départir du contrat.

Toutefois, si le **motif** invoqué par le MO est que **l'E est en retard**, il ne ^{faudrait} ~~peut pas~~ **appliquer CO 377 mais CO 366** qui n'autorise le MO à mettre fin au contrat qu'après avoir donné un délai de grâce à l'E.

Si le MO ne le fait pas, ^{pas} alors **CO 377 s'applique sans pouvoir se libérer des conséquences légales** de cette disposition, en particulier celle de devoir indemniser pleinement l'E.

J-P Durand à distance
pour présenter les
nouvelles en D du
kanal.



4A_270/2020

Arrêt du 23 juillet 2020
Ire Cour de droit civil

Composition

Mmes et M. les Juges fédéraux
Kiss, présidente, Rüedi et May Canellas.
Greffier: M. O. Carruzzo.

Participants à la procédure

A. _____, représenté par Me Gaspard Couchepin,
avocat,
recourant,

contre

B. _____, représenté par Me Jacques Schroeter,
avocat,
intimé.

Objet

contrat d'entreprise,

recours en matière civile contre le jugement rendu le 20
avril 2020 par la Cour Civile I du Tribunal cantonal du
canton du Valais (C1 18 33).



Faits :

A.

A.a A. _____ était propriétaire de la parcelle n° xxx. _____ sise sur le territoire de la commune de Lens, au lieu-dit " U. _____ ".

Le 21 avril 2010, A. _____ (ci-après: le maître de l'ouvrage) a conclu un contrat d'entreprise avec B. _____ (ci-après: l'entrepreneur), en vertu duquel ce dernier s'est engagé à effectuer des travaux de fouille, de terrassement et de démolition dans le cadre du chantier relatif au chalet " V. _____ " sur la parcelle précitée, pour un montant forfaitaire de 280'000 fr., payable par acomptes et mensuellement en fonction de l'avancement des travaux, sur la base de bons de paiement signés par le maître de l'ouvrage et la direction des travaux, assumée par l'architecte C. _____.

A son art. 3, le contrat précise que la norme SIA 118 " Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction " version 1977/1991) fait partie intégrante de celui-ci.

A.b Le chantier a débuté au mois d'avril 2010. Il a été interrompu le 1er septembre 2010 en raison du fait que la dalle du rez-de-chaussée se trouvait 1,8 mètre plus haut que le niveau autorisé.

Lors de la séance de chantier du 29 septembre 2010, il a été décidé de détruire la construction réalisée afin d'en ériger une nouvelle conformément aux autorisations délivrées. Une offre pour la démolition de l'ouvrage a été sollicitée auprès de l'entrepreneur, mais les travaux correspondants ont finalement été adjugés à une autre entreprise.

Le 17 octobre 2010, une plaque de schiste s'est détachée dans l'emprise de la fouille.

A.c Le 31 décembre 2010, l'entrepreneur a adressé deux factures à la direction des travaux: la première, d'un montant de 200'140 fr. 69, pour les prestations réalisées avant la démolition de l'ouvrage, et la seconde de 43'427 fr. 28, pour celles exécutées postérieurement à cet événement.

L'entrepreneur a perçu la somme de 175'422 fr. pour ses travaux, soit 100'102 fr. le 9 juin 2010 et 75'320 fr. le 4 août 2010.

A.d Le 21 février 2011, le maître de l'ouvrage a introduit une requête de preuve à futur dirigée contre l'entrepreneur, à laquelle le juge III du district de Sierre a donné suite, en confiant l'expertise sollicitée à l'architecte D._____. Celui-ci a remis son rapport le 25 juin 2012, suivi de deux compléments d'expertise datés du 10 juillet 2013 et du 8 avril 2014.

A.e Par lettre du 30 mai 2011, la direction des travaux a informé l'entrepreneur que l'expert des assurances avait refusé son devis du 23 mai 2011 au motif que celui-ci intégrait, pour partie, des travaux compris dans le devis initial. Déclarant se rallier à l'analyse de l'expert, elle lui rappelait qu'il avait été invité à fournir, pour le 26 mai 2011, une nouvelle offre portant exclusivement sur l'enlèvement des éboulis dans la fouille, à l'exception des autres cubages déjà compris dans le contrat du 21 avril 2010. La direction des travaux mettait dès lors l'entrepreneur en demeure de lui remettre une autre offre pour le 27 mai 2011, à défaut de quoi elle réclamerait des offres à d'autres entreprises " pour tous les travaux restant à exécuter selon [le] contrat initial et pour les travaux complémentaires mentionnés ci-dessus ".

A.f Par courrier recommandé du 1er juin 2011, le maître de l'ouvrage a résilié le contrat d'entreprise avec effet immédiat, en précisant ce qui suit:

" L'entreprise B._____, malgré de nombreuses mises en garde, a refusé d'intervenir conformément au respect de son forfait contractuel. Elle a systématiquement présenté en demande de paiement des quantités de m³ très supérieures à la réalité en refusant de présenter les bons justificatifs de mises à la décharge des camions de terrassement.

De ce fait, elle a bloqué le chantier et empêché le démarrage à ce jour des travaux spéciaux conformément au planning convenu par toutes les parties le 3 mai 2011 en réunion de chantier avec l'expert des assurances.

En conséquence, selon les dispositions contractuelles et devant la persistance d'une attitude très négative de blocage des travaux qui met gravement en péril le respect du planning de mise hors d'eau fixée au 15 décembre 2011, le MO [maître de l'ouvrage] et la DT [direction des travaux] dénoncent par la présente à l'entreprise B._____ la résiliation de son contrat d'entreprise, à ses torts exclusifs,

pour le remplacement à ses frais par une autre entreprise, afin de débloquer le démarrage du chantier (...)"

Le même jour, le maître de l'ouvrage a conclu avec l'entreprise E. _____ Sàrl (ci-après: la société E. _____) un contrat portant sur l'exécution des travaux de terrassement initialement confiés à l'entrepreneur pour le prix de 46'872 fr. toutes taxes comprises (TTC).

B.

B.a Le 24 août 2011, le juge III du district de Sierre a fait droit à la requête déposée par l'entrepreneur et ordonné, à titre superprovisionnel, l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs grevant, à concurrence de 112'492 fr. 30, la parcelle n° xxx. _____, propriété du maître de l'ouvrage. Le 22 septembre 2011, il a confirmé l'inscription admise à titre superprovisionnel et impartie à l'entrepreneur un délai échéant le 16 janvier 2012 pour ouvrir action au fond.

Le 16 janvier 2012, l'entrepreneur a assigné le maître de l'ouvrage devant le juge III du district de Sierre. Dans leur dernier état, ses conclusions visaient à faire condamner le défendeur au paiement de divers montants (54'587 fr. 80, 7'914 fr. 30 et 49'990 fr. 20), intérêts en sus, et à obtenir l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs à concurrence des mêmes montants sur l'immeuble propriété du maître de l'ouvrage.

Le défendeur a conclu au rejet de la demande et, reconventionnellement, au paiement d'une somme d'argent non chiffrée.

B.b Plusieurs témoins ont été entendus en cours de procédure. Une expertise judiciaire a aussi été ordonnée et confiée à l'architecte D. _____. L'expert, qui avait déjà été désigné dans le cadre de la procédure de preuve à futur, a remis son rapport principal le 24 août 2015, puis établi deux compléments d'expertise en date des 11 mars 2016 et 16 janvier 2017.

B.b.a L'expert a estimé que plusieurs intervenants sur le chantier assumaient une part de responsabilité dans l'erreur d'implantation de la construction. Selon lui, le partage des responsabilités était le suivant: 80 % à la charge du bureau de géomètres, 8 % à celle du demandeur, 6 % à celle de la direction des travaux et 6 % à celle du bureau d'ingénieurs.

Il a relevé que le détachement naturel de la plaque de schiste n'avait provoqué aucun dommage, car il aurait été de toute façon nécessaire d'ôter les plaques instables lors des travaux de terrassement.

Le spécialiste a rappelé que l'adjudication des travaux de terrassement au demandeur l'avait été, selon le contrat du 21 avril 2010, sur la base d'un prix forfaitaire de 280'000 fr., et qu'il n'y avait ainsi pas de métré précis des volumes à excaver, même si la soumission établie par le demandeur tablait sur un volume total de 10'030 m³. De l'avis de l'expert, une adjudication à prix forfaitaire, et non d'après les métrés effectifs, était peu judicieuse; en l'occurrence, le volume des excavations avait en outre été "trop fortement surévalué lors de l'établissement de la soumission".

L'expert a constaté que le volume total des excavations s'élevait à 8'269 m³. Le volume excavé par le demandeur avant la correction de l'erreur de profondeur était de 5'960 m³ (72,07 % du volume total). Le volume supplémentaire excavé en vue d'atteindre la bonne profondeur était de 1'300 m³ (15,72 % du volume total des excavations). Le demandeur avait dès lors excavé 7'260 m³ (87,79 % du volume total des excavations). Le surplus de 1'009 m³ l'avait été par la société Bonvin (12,21 % du volume total des excavations).

B.b.b Dans son rapport du 24 août 2015, l'expert a arrêté la valeur des travaux réalisés par le demandeur jusqu'à la résiliation du contrat d'entreprise à 180'278 fr. Pour aboutir à ce montant, il a tenu le raisonnement suivant: il a observé que le montant total forfaitaire de 280'000 fr. comprenait des positions concernant le remblayage contre l'ouvrage et le compactage pour un coût de 18'000 fr. Aussi y avait-il lieu de déduire cette somme du prix forfaitaire convenu, dans la mesure où le demandeur n'avait pas effectué lesdits travaux. Le montant relatif à l'installation de chantier, la pose de clôtures et l'exécution des travaux de terrassement était de l'ordre de 260'000 fr. (recte: 262'000 fr.). Selon l'expert, il convenait de retrancher des 260'000 fr. le montant de 81'722 fr. correspondant " au volume non excavé par B. _____ mais faisant partie du forfait d'adjudication ", la valeur des travaux étant ainsi de 180'278 fr. (260'000 fr. – 81'722 fr.). Ayant perçu des acomptes pour un total de 175'422 fr., le demandeur pouvait encore prétendre au paiement de 4'856 fr. (180'278 fr. – 175'422 fr.).

Dans son premier rapport complémentaire du 11 mars 2016, l'expert a opéré un calcul différent. Le demandeur ayant réalisé 87,79 % du

volume total des excavations, la valeur des travaux effectués par ses soins se montait à 228'254 fr. (260'000 fr. x 87,79 %).

Dans son second rapport complémentaire, l'expert a précisé que le montant de 228'254 fr. était erroné car on ne pouvait pas appliquer le taux de 87,79 % à la somme forfaitaire de 260'000 fr., car celle-ci incluait aussi plusieurs prestations autres que les seuls travaux d'excavation.

B.b.c S'agissant du montant réclamé par le demandeur pour la période postérieure à la dénonciation du contrat d'entreprise, l'expert a relevé que, selon l'art. 184 al. 2 de la norme SIA 118, l'indemnité due correspondait à la rémunération à laquelle l'entrepreneur aurait pu prétendre s'il avait exécuté les travaux convenus, déduction faite des dépenses qu'il avait pu éviter à la suite de la résiliation du contrat. En l'occurrence, le prix forfaitaire se montait à 280'000 fr. et le coût total des prestations du demandeur s'élevait à 180'278 fr. Il en résultait une différence de 99'722 fr. Considérant qu'un bénéfice de 15 % sur le chiffre d'affaire est communément admis, l'expert a estimé que l'indemnité, éventuellement due, se monterait à 14'958 fr. 30 (99'722 fr. x 15 %).

B.c Par jugement du 3 janvier 2017, le juge de district a condamné le défendeur à payer au demandeur la somme de 4'856 fr., intérêts en sus, et a ordonné l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, à concurrence du montant précité, répartie sur les divers lots de la propriété par étages constituée en 2013 sur le bien-fonds du défendeur. En substance, le premier juge, après avoir exclu l'application de l'art. 366 CO, a considéré que le demandeur avait refusé d'intervenir selon le forfait contractuel et mis en péril le planning du chantier. L'entrepreneur avait en outre délibérément bloqué le chantier de construction, exerçant ainsi une pression certaine sur le maître de l'ouvrage. Se référant à la jurisprudence relative à l'art. 377 CO, il a estimé que la résiliation du contrat d'entreprise reposait sur de justes motifs, autres que le seul retard de l'entrepreneur, de sorte que ce dernier ne pouvait pas prétendre à une rémunération supérieure à celle correspondant au travail effectivement accompli, à l'exclusion de toute autre indemnisation. Faisant sienne l'opinion professée par l'expert dans son rapport du 24 août 2015, l'autorité de première instance a retenu que la valeur des travaux réalisés par le demandeur s'élevait à 180'278 fr. et que ce dernier avait déjà reçu 175'422 fr. d'où un solde de 4'856 fr.

B.d Statuant le 20 avril 2020, la Cour civile I du Tribunal cantonal du canton du Valais a partiellement admis l'appel du demandeur et rejeté l'appel joint du maître de l'ouvrage. Elle a condamné le défendeur à payer à son adverse partie la somme de 62'086 fr. 35, intérêts en sus, et ordonné l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs à concurrence de 54'587 fr. 80. En bref, la cour cantonale a considéré que le maître de l'ouvrage n'avait pas démontré l'existence d'un juste motif de résiliation. Selon elle, l'entrepreneur pouvait, d'une part, prétendre à une rémunération de 230'009 fr. 80 ($[(280'000 - 18'000) \times 87,79 \%$), à raison des tâches accomplies jusqu'au 1er juin 2011. Après déduction des montants déjà reçus, l'entrepreneur avait droit à 54'587 fr. 80 (230'009 fr. 80 - 175'422 fr.). D'autre part, le maître de l'ouvrage devait indemniser l'entrepreneur pour la partie de l'ouvrage non exécutée. Le demandeur ayant droit à une rémunération de 230'009 fr. 80 pour le travail effectué jusqu'au 1er juin 2011 sur le montant forfaitaire convenu de 280'000 fr., il subsistait un solde de 49'990 fr. 20. Considérant que l'expert avait, de façon convaincante, estimé à 15 % le bénéfice que pouvait escompter l'entrepreneur, la cour cantonale a fixé le montant de l'indemnité due pour les travaux non réalisés à 7'498 fr. 55 ($49'990 \text{ fr. } 20 \times 15 \%$).

C.

Le 20 mai 2020, le maître de l'ouvrage (ci-après: le recourant) a formé un recours en matière civile au Tribunal fédéral, assorti d'une requête d'effet suspensif, dans lequel il conclut, en substance, à la réforme de l'arrêt attaqué en ce sens qu'il ne doit rien à son adverse partie.

Dans sa réponse du 3 juin 2020, l'entrepreneur (ci-après: l'intimé) a conclu au rejet du recours, en précisant n'avoir pas d'observations à formuler sur celui-ci.

L'autorité précédente, qui a produit le dossier de la cause, s'est référée aux considérants de son jugement.

L'effet suspensif a été conféré au recours par ordonnance présidentielle du 8 juin 2020.

Considérant en droit :

1.

Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) par la partie qui a succombé dans ses conclusions libératoires (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue par le tribunal supérieur du canton (art. 75 LTF) dans une contestation civile pécuniaire dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. (art. 72 al. 1 et 74 al. 1 let. b LTF), le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions.

2.

2.1 Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Eu égard, toutefois, à l'exigence de motivation qu'impose l'art. 42 al. 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine d'ordinaire que les griefs invoqués, sauf en cas d'erreurs juridiques manifestes (ATF 140 III 115 consid. 2 p. 116). Pour le grief de violation des droits constitutionnels prévaut le principe de l'invocation, qui impose une motivation plus étayée (art. 106 al. 2 LTF; ATF 134 II 244 consid. 2.2).

2.2 Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte – ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) – ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

En matière d'appréciation des preuves, le Tribunal fédéral n'intervient, du chef de l'art. 9 Cst., que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte des preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 137 III 226 consid. 4.2; 136 III 552 consid. 4.2). L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable, voire même préférable (ATF 136 III 552 consid. 4.2).

3.

Il n'est pas contesté que les parties ont conclu un contrat d'entreprise (art. 363 ss CO) prévoyant une rémunération forfaitaire arrêtée à 280'000 fr. Le recourant ne conteste pas que la résiliation dudit contrat

Rem

était fondée sur l'art. 377 CO, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'attarder sur ce point. Il reproche en revanche à la cour cantonale d'avoir nié l'existence d'un juste motif de résiliation et d'avoir fixé arbitrairement le montant dû à l'intimé pour les travaux réalisés jusqu'au jour de la résiliation.

4.

L'art. 377 CO autorise le maître d'ouvrage à se départir du contrat d'entreprise tant que l'ouvrage n'est pas terminé, moyennant qu'il paie le travail fait et indemnise complètement l'entrepreneur.

Le maître a ainsi le droit de résilier de façon prématurée le contrat, qui prend fin *ex nunc* (ATF 129 III 738 consid. 7.3 p. 748). En contrepartie, il doit payer une rémunération pour la partie de l'ouvrage et/ou les prestations déjà exécutées, et «indemniser complètement» l'entrepreneur (arrêts 4A_189/2017 du 5 octobre 2017 consid. 3.2.1; 4A_566/2015 du 8 février 2016 consid. 4.1.1). Cette indemnisation correspond à des dommages-intérêts positifs, couvrant l'intérêt qu'avait l'entrepreneur à exécuter complètement le contrat; elle inclut donc le gain manqué (ATF 96 II 192 consid. 5 p. 196; arrêts 4A_189/2017, précité, consid. 3.2.1; 4A_566/2015, précité, consid. 4.1.1).

Deux méthodes entrent en considération pour calculer l'indemnisation de l'entrepreneur. La méthode de la déduction (*Abzugsmethode*) consiste à soustraire du prix de l'ouvrage l'économie réalisée par l'entrepreneur du fait qu'il n'a pas terminé les travaux, et le gain qu'il s'est procuré ailleurs ou qu'il a délibérément renoncé à se procurer. Quant à la méthode positive (*Additionsmethode*), elle implique de déterminer la totalité des dépenses effectives engagées par l'entrepreneur pour les travaux déjà exécutés et d'y ajouter le bénéfice brut pour l'ouvrage (hypothétiquement) achevé. Ce bénéfice est à déterminer sur la base du contrat, voire de tarifs, d'indices ou des comptes de l'entrepreneur (ATF 96 II 192 consid. 5 p. 196; arrêt 4A_189/2017, précité, consid. 3.2.1).

L'indemnité due à l'entrepreneur en cas de résiliation d'après l'art. 377 CO peut être réduite ou supprimée si ce dernier, par son comportement fautif, a contribué dans une mesure importante à l'événement qui a poussé le maître à se départir du contrat. Toutefois, un motif susceptible de permettre la réduction, voire la suppression, de l'indemnité prévue par l'art. 377 CO ne peut pas résider dans la mauvaise exécution ou dans les retards imputables à l'entrepreneur

survenant en cours de travaux, dès l'instant où de telles éventualités tombent sous le coup des règles spéciales de l'art. 366 CO. En d'autres termes, si le maître a la possibilité de résilier le contrat en vertu de l'art. 366 CO, en respectant les modalités prévues par cette disposition, et qu'il ne le fait pas, mais se départit du contrat selon l'art. 377 CO, il ne peut pas se libérer des conséquences légales de cette dernière norme – soit de l'obligation d'indemniser pleinement l'entrepreneur – même en cas de justes motifs (arrêt 4A_551/2015 du 14 avril 2016 consid. 7.3 et les arrêts cités).

La perte de confiance du maître en l'entrepreneur ne saurait à elle seule constituer un motif suffisant pour permettre au premier de résilier le contrat sans devoir indemniser le second conformément à l'art. 377 CO (arrêts 4A_129/2017 du 11 juin 2018 consid. 3.1; 4A_96/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.1; 4D_8/2008 du 31 mars 2008 consid. 3.4.1).

5.

Dans un premier moyen, le recourant se plaint d'arbitraire dans la constatation des faits et l'appréciation des preuves sur deux points.

5.1

5.1.1 En premier lieu, il reproche à la cour cantonale de s'être écartée des conclusions de l'expert et d'avoir effectué un calcul erroné et contradictoire en vue d'arrêter le montant dû à l'intimé pour les travaux exécutés jusqu'au jour de la résiliation du contrat d'entreprise.

5.1.2 Le Code des obligations n'impose pas au juge d'ordonner une expertise pour la preuve de la rémunération et de l'indemnisation de l'entrepreneur. Une expertise peut toutefois s'imposer lorsque le juge n'est pas à même de résoudre, à la lumière de ses propres connaissances, la question qui lui est soumise. Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur des travaux exécutés par rapport au prix forfaitaire convenu pour l'ensemble de l'ouvrage; seul un homme du métier est en mesure de dire quel pourcentage du prix forfaitaire doit être attaché à chaque phase des travaux (arrêts 4A_189/2017, précité, consid. 3.2.1; 4A_566/2015, précité, consid. 4.1.3).

Déterminer si une expertise est convaincante ou non sur des points précis relève de l'appréciation des preuves, que le Tribunal fédéral ne peut revoir que sous l'angle de l'arbitraire (art. 9 Cst.). Le juge n'est en principe pas lié par le résultat d'une expertise judiciaire. S'il apprécie

librement la force probante d'une expertise, le juge du fait ne peut toutefois s'écarter des conclusions de l'expert sur des éléments ressortissant de sa compétence professionnelle que pour des motifs importants qui doivent être indiqués. Il lui appartient dès lors d'examiner, au regard des autres preuves et des observations des parties, si des objections sérieuses mettent en doute le caractère concluant de l'expertise sur des points essentiels. En d'autres termes, le juge qui ne suit pas les conclusions de l'expert, n'enfreint pas l'art. 9 Cst. lorsque des circonstances bien établies viennent en ébranler sérieusement la crédibilité (ATF 138 III 193 consid. 4.3.1 p. 198 s.; 136 II 539 consid. 3.2 p. 547 s.; 133 II 384 consid. 4.2.3 p. 391; 132 II 257 consid. 4.4.1 p. 269; 130 I 337 consid. 5.4.2 p. 345 s.).

5.1.3 En l'espèce, la cour cantonale a tenu le raisonnement suivant: en cas d'extinction prématurée d'un contrat d'entreprise prévoyant un prix forfaitaire, il convient de " décomposer " le forfait afin de pouvoir calculer le rapport existant entre la portion de travail exécutée lors de la résiliation et l'ouvrage complet. Le contrat conclu par les parties prévoit une rémunération forfaitaire de 280'000 fr. TTC pour l'exécution de travaux de fouilles en pleine masse et de terrassement. Sur l'ensemble des prestations décrites dans la soumission, l'expert a retenu, à juste titre, que la somme de 18'000 fr. relative à des travaux de remblayage et de compactage devait être déduite du prix global car de tels travaux n'avaient pas été réalisés au moment de la résiliation, comme l'a du reste admis l'intimé. En revanche, c'est à tort que l'expert a retranché du prix convenu le montant de 81'722 fr. correspondant au volume non excavé par l'intimé mais faisant partie du forfait d'adjudication. Une telle déduction est contraire à l'économie du contrat. L'intimé ayant creusé 87,79 % du volume total des excavations au jour de la résiliation, il peut prétendre à une rémunération de 230'009 fr. 80 ($[(280'000 \text{ fr.} - 18'000 \text{ fr.}] \times 87,79 \%$). Après déduction des montants déjà versés, le solde dû à l'intimé s'élève ainsi à 54'587 fr. 80 ($230'009 \text{ fr.} 80 - 175'422 \text{ fr.}$).

5.1.4 Le recourant soutient que les juges cantonaux ont considéré, à tort et en contradiction avec les constatations de l'expert, qu'il n'y avait pas lieu de retrancher le montant de 81'722 fr. lors du calcul de la rémunération due à l'intimé. A l'en croire, la déduction opérée par l'expert correspond aux termes du contrat, lequel mentionne un volume d'excavation total de 10'030 m³. Selon lui, la cour cantonale aurait procédé à une appréciation contradictoire de l'expertise, en considérant, d'une part, qu'il convenait de retrancher du prix forfaitaire la somme de 18'000 fr. tout en retenant, d'autre part, qu'il ne fallait pas

déduire la somme de 81'722 fr.

La critique appellatoire, mêlant les arguments de fait et de droit, à laquelle se livre l'intéressé est manifestement impropre à expliquer en quoi la cour cantonale aurait apprécié les preuves de façon arbitraire. En l'occurrence, la cour cantonale a relevé à bon droit que si la détermination du volume de matériaux excavés à la date de la résiliation est un élément de nature technique justifiant le recours aux lumières d'un spécialiste du droit de la construction, la fixation du solde du prix de l'ouvrage à régler est en revanche une question de droit qui ressortit au juge. Lorsque le recourant se réfère à l'indication du volume d'excavation de 10'030 m³ figurant dans la soumission et prétend qu'il s'est engagé à payer la somme de 280'000 fr. sur la base du volume indiqué dans le contrat, il méconnaît la notion même de prix forfaitaire. En effet, la cour cantonale a constaté que les parties avaient prévu une rémunération forfaitaire de 280'000 fr. TTC pour l'exécution de travaux de fouilles en pleine masse et de terrassement. Ce faisant, elle a ainsi admis que le prix convenu ne dépendait ni des quantités fournies ni du volume effectif des excavations. Aussi est-ce à juste titre, eu égard à la nature de la rémunération convenue, que les juges cantonaux se sont écartés de l'avis exprimé par l'expert, en ne déduisant pas le montant de 81'722 fr. Il n'existe en outre aucune contradiction à considérer, comme l'a fait la cour cantonale, que la déduction de 18'000 fr. était justifiée. Ce montant se rapporte en effet à des travaux qui n'avaient pas été entrepris au moment de la résiliation et qui, de l'aveu même de l'intimé, ne devaient pas être pris en compte lors du calcul de la rémunération qui lui était due pour les travaux effectués jusqu'à la date de la résiliation. En d'autres termes, seul le montant de 262'000 fr. concernait des travaux déjà exécutés, en grande partie, par l'intimé au moment où le contrat d'entreprise a pris fin. L'intimé ayant, selon les constatations de l'expert, creusé 87,79 % du volume total des excavations, la cour cantonale a considéré qu'il y avait lieu d'appliquer ce taux à la somme de 262'000 fr., ce qui ne prête nullement le flanc à la critique.

5.2 En second lieu, le recourant se plaint de ce que les précédents juges ont apprécié arbitrairement différents témoignages en vue de déterminer si la résiliation reposait sur de justes motifs. A cet égard, il reproche à la cour cantonale d'avoir considéré que la valeur probante du témoignage de l'architecte chargé de la direction des travaux était sujette à caution, compte tenu de la proximité de celui-ci avec le recourant et de sa propre part de responsabilité dans la survenance du sinistre. Selon le recourant, une telle proximité ne serait que

théorique et l'éventuelle responsabilité de la direction des travaux ne serait pas pertinente. L'intéressé soutient encore que les juges ont "surévalué" les déclarations faites par les témoins F. _____ et G. _____. A l'en croire, les explications fournies par les deux personnes précitées ne sont pas crédibles, eu égard aux postes qu'ils occupent au sein de l'assureur responsabilité civile de l'intimé, la compagnie d'assurance ayant un intérêt évident à couvrir l'intimé.

En procédant de la sorte, le recourant ne fait rien d'autre que d'opposer sa propre appréciation des témoignages à celle de l'autorité cantonale. On cherche en vain, dans l'acte de recours, ne serait-ce qu'une ébauche de démonstration du caractère arbitraire de l'appréciation des témoignages. En particulier, l'intéressé ne démontre nullement que l'autorité précédente aurait effectué des déductions insoutenables sur la base des éléments recueillis. On ne discerne du reste pas d'arbitraire dans l'appréciation de la force probante des témoignages. De toute manière, cette question n'est pas de nature à influencer sur le sort du litige comme on va le voir.

6.

Dans un second moyen, le recourant dénonce une violation arbitraire de l'art. 377 CO au motif que la cour cantonale a nié l'existence de justes motifs de résiliation.

6.1 Dans le jugement attaqué, les juges cantonaux relèvent que le recourant a fait valoir trois motifs pour se départir du contrat d'entreprise, soit le refus de l'intimé d'intervenir sur le chantier en respectant "son forfait contractuel", la surfacturation des volumes effectivement excavés ainsi que le blocage du chantier.

Se référant notamment aux termes utilisés dans la lettre de résiliation, la cour cantonale considère que le seul véritable motif de résiliation réside dans le retard imputé à l'intimé dans l'exécution de son travail. Or, un tel reproche ne permet de mettre fin au contrat de manière anticipée, en application de l'art. 366 al. 1 CO, que moyennant fixation préalable à son cocontractant d'un délai de grâce pour s'exécuter, ce qui n'a pas été fait en l'occurrence. Aussi le recourant, faute d'avoir démontré l'existence d'un autre motif que le retard dans l'accomplissement du travail, ne peut-il pas échapper à l'obligation d'indemniser complètement l'intimé.

En tout état de cause, la cour cantonale retient que les autres motifs avancés par le recourant pour justifier la résiliation immédiate du contrat d'entreprise ne sont pas établis.

S'agissant de la prétendue surfacturation des volumes effectivement excavés au moment de la résiliation, l'autorité précédente rappelle en effet que l'expert a constaté que ce reproche était infondé.

Par ailleurs, la cour cantonale retient, sur la base des témoignages recueillis, qu'il n'est pas démontré que l'intimé aurait refusé de reprendre son travail sur le chantier en 2011 s'il ne pouvait pas percevoir des montants supérieurs à ceux initialement prévus. Dans une argumentation subsidiaire, elle considère que, même à supposer que l'intimé se soit montré réticent à la reprise des travaux au printemps 2011, le recourant ne pouvait pas attendre le 1er juin 2011 pour se prévaloir d'une telle circonstance. Selon la cour cantonale, la partie qui entend résilier le contrat pour justes motifs doit en effet les invoquer sans tarder; une trop longue attente équivaut à une renonciation à se prévaloir de la résiliation pour justes motifs.

6.2 Lorsque la décision attaquée comporte plusieurs motivations indépendantes, alternatives ou subsidiaires, toutes suffisantes pour sceller le sort de la cause, la partie recourante doit, sous peine d'irrecevabilité, démontrer que chacune d'elles est contraire au droit (ATF 138 I 97 consid. 4.1.4 TF; 138 III 728 consid. 3.4 p. 735; 136 III 534 consid. 2 p. 535).

6.3 Dans son mémoire de recours, l'intéressé s'emploie essentiellement à démontrer que, contrairement à l'avis de la cour cantonale, divers éléments permettent d'établir qu'il a résilié le contrat d'entreprise en raison du refus de l'intimé d'intervenir sur le chantier selon le forfait contractuel convenu. Sur ce point précis, l'arrêt attaqué repose cependant sur une double motivation. En effet, l'autorité précédente a considéré, en premier lieu, que divers témoignages infirmaient cette thèse. En second lieu, les juges d'appel ont estimé que, même si ledit motif était avéré, le recourant ne pouvait de toute manière pas se prévaloir de cette circonstance aussi tardivement.

Force est de constater que le recourant se borne à critiquer la première de ces deux motivations. L'intéressé ne soutient jamais ni ne démontre que la seconde motivation serait contraire au droit. Faute de discuter les deux pans du raisonnement des juges cantonaux, son moyen est dès lors irrecevable.

7.

Pour le surplus, le recourant ne critique pas le montant alloué à l'intimé à titre d'indemnité pour la partie de l'ouvrage non exécutée, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner cette question.

8.

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

En conséquence, le recourant supportera les frais de la procédure (art. 66 LTF). Il versera en outre une indemnité réduite à l'intimé dans la mesure où celui-ci s'est contenté de conclure au rejet du recours sans autres développements (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

Le recourant versera à l'intimé une indemnité de 400 fr. à titre de dépens réduits.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à la Cour Civile I du Tribunal cantonal du canton du Valais.

Lausanne, le 23 juillet 2020

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente :

Le Greffier :

Kiss

O. Carruzzo



4A_428/2020

Urteil vom 1. April 2021
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Kiss, Niquille,
Bundesrichter Rüedi,

Besetzung

Bundesrichterin May Canellas,
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte

Kollektivgesellschaft A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Linus Bruhin,
Beschwerdeführerin,

gegen

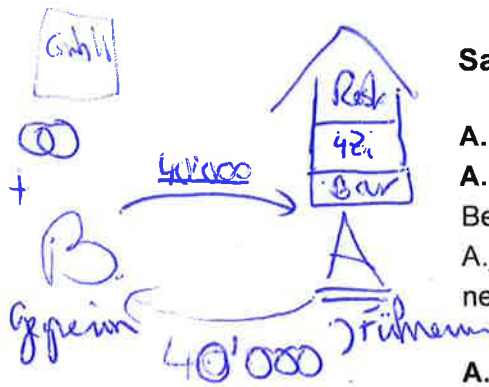
B. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Evelyn Hofstetter und
Rechtsanwalt Simon Ruchti,

Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Verjährung,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts
Schwyz, 1. Zivilkammer, vom 30. Juli 2020
(ZK1 2019 27).



Sachverhalt:

A.

A.a Am 10. Mai 2017 klagte B. _____ (Beschwerdegegnerin) beim Bezirksgericht Höfe und beantragte, die Kollektivgesellschaft A. _____ (Beschwerdeführerin) sei zu verpflichten, ihr Fr. 40'000.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 28. Februar 2017 zu bezahlen.

A.b Zur Begründung ihrer Klage brachte die Beschwerdegegnerin zusammengefasst vor, sie habe sich zusammen mit ihrem Mann auf ein Inserat gemeldet, worin die Beschwerdeführerin ein Restaurant und eine Vierzimmerwohnung zur Pacht ausgeschrieben habe. Bei einer Besichtigung sei ihnen auch die Bar gezeigt worden, die sich im Untergeschoss des Gebäudes befinde. Danach hätten sie erklärt, dass sie nur an der Bar interessiert seien, worauf die Beschwerdeführerin geantwortet habe, es sei nicht möglich, nur die Bar zu pachten. Stattdessen habe die Beschwerdeführerin vorgeschlagen, das Restaurant und die Bar gemeinsam zu betreiben und hierfür eine GmbH zu gründen. Am 10. Januar 2017 habe die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin für das Aufsetzen der nötigen Verträge Fr. 40'000.-- überwiesen. Nach der Überweisung seien die Verhandlungen ins Stocken geraten. Die Beschwerdeführerin habe vorgeschlagen, das Konzept zu ändern und das Restaurant ohne die Bar zu betreiben. Schliesslich seien mehrere Gespräche gescheitert, weshalb die Beschwerdegegnerin am 3. Februar 2017 die Vertragsverhandlungen abgebrochen habe. Die Beschwerdeführerin habe sich jedoch geweigert, den Betrag von Fr. 40'000.-- zurückzuzahlen.

A.c Die Beschwerdeführerin stellte sich in ihrer Klageantwort auf den Standpunkt, sie habe das Restaurant, eine Vier- und eine Dreizimmerwohnung gemietet. Zudem habe sie von der Vermieterin den Schlüssel für die Bar erhalten, um einem allfälligen Interessenten für die beabsichtigte Übernahme das ganze Gebäude zeigen zu können. Weil die Beschwerdegegnerin erklärt habe, nicht genügend Kapital zu haben, sei die Idee aufgekommen, eine GmbH zu gründen. Der zum Restaurant gehörige kleine Saal hätte in ein Fumoir umgewandelt und der Beschwerdegegnerin als Shisha-Bar dienen sollen. Die Beschwerdegegnerin hätte auf diese Weise nur die Hälfte des Restaurants erwerben müssen. Zur Absicherung, dass die Beschwerdegegnerin nicht leichtfertig von den Verhandlungen zurücktrete, habe die Beschwerdeführerin Fr. 40'000.-- als Haftgeld verlangt, welches für den Fall der Nichterfüllung des Vertrags durch die Beschwerdegegnerin bei der Beschwerdeführerin hätte verbleiben sollen. Bei erfolgreicher Gründung

der GmbH hätte dieses Geld als Anzahlung für die hälftige Übernahme und das Einbringen des Restaurants gedient.

A.d Mit Urteil vom 15. Mai 2019 hiess das Bezirksgericht die Klage gut und verpflichtete die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin Fr. 40'000.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 28. Februar 2017 zu bezahlen.

B.

Die dagegen gerichtete Berufung der Beschwerdeführerin wies das Kantonsgericht des Kantons Schwyz mit Urteil vom 30. Juli 2020 ab.

C.

Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, das kantonsgerichtliche Urteil vom 30. Juli 2020 sei aufzuheben und die Klage sei kostenfällig abzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin trägt auf Abweisung der Beschwerde an.

Die Beschwerdeführerin replizierte.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung wurde mit Präsidialverfügung vom 8. Oktober 2020 abgelehnt.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist ein Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz (Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Begehren unterlegen (Art. 76 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist eingereicht worden (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG). Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung (vgl. E. 2 hiernach) einzutreten.

2.

2.1 Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung

abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgebracht werden (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 137 III 580 E. 1.3; 135 III 397 E. 1.4). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG).

Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116). Die Begründung hat ferner in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen und der blosser Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten reicht nicht aus. Für die Beschwerdeantwort gelten dieselben Begründungsanforderungen (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116).

2.2 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Lebenssachverhalt, der dem Streitgegenstand zugrunde liegt, als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt, namentlich die Anträge der Parteien, ihre Tatsachenbehauptungen, rechtlichen Erörterungen, Prozessklärungen und Beweisvorbringen, der Inhalt einer Zeugenaussage, einer Expertise oder die Feststellungen anlässlich eines Augenscheins (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18, 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; je mit Hinweisen). Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der betreffenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

3.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

3.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV steht den Parteien das rechtliche Gehör zu. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 143 IV 380 E. 1.4.1; 142 II 218 E. 2.8.1; 135 I 187 E. 2.2), wenn eine Heilung in oberer Instanz ausser Betracht fällt (zu den Voraussetzungen: BGE 142 II 218 E. 2.8.1). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach der Gehörsanspruch formeller Natur ist, darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch die Wahrung des rechtlichen Gehörs keinen Selbstzweck darstellt. Wenn nicht ersichtlich ist, inwiefern die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen Einfluss auf das Verfahren haben könnte, besteht kein Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 143 IV 380 E. 1.4.1; Urteile 5A_561/2018 vom

14. Dezember 2018 E. 2.3; 4A_85/2018 vom 4. September 2018 E. 5; 4A_112/2018 vom 20. Juni 2018 E. 3.2).

3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz stelle auf eigene Recherchen im Online-Wörterbuch des Pons-Verlags ab, ohne dass sich die Parteien vorgängig dazu hätten äussern können.

3.3 Die Parteien korrespondierten auf Französisch. Die Beschwerdegegnerin vermerkte bei der Überweisung von Fr. 40'000.-- als Zusatzinformation "Dépot Bail Haus Nr. C. _____". Die Vorinstanz erwog dazu, das Wort "dépôt" werde im Online-Wörterbuch des Pons-Verlags mit Einbringen, Einzahlung, Hinterlegung oder auch Einlage übersetzt. Das Wort "bail" stehe für den Miet- oder Pachtvertrag. Der Vermerk der Beschwerdegegnerin weise folglich auf eine Einlage oder Hinterlegung von Mietzinsen hin. Einen solchen Zahlungsgrund behauptete aber keine der Parteien. Somit bestätige der Vermerk "Dépot Bail Haus Nr. C. _____" weder ein Haftgeld noch die Behauptung, dass der Betrag für die Ausarbeitung der Verträge zur Gründung der GmbH überwiesen wurde.

3.4 Die Rüge ist offensichtlich unbegründet, wenn nicht geradezu trölerisch. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, was sie mit einer Stellungnahme zur Verwendung eines allgemein gebräuchlichen Wörterbuchs hätte erreichen wollen.

4.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung.

4.1 Gemäss Vorinstanz liess sich nur feststellen, dass die Parteien am 8. Januar 2017 vereinbarten, eine GmbH zu gründen, und dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin am 10. Januar 2017 Fr. 40'000.-- überwies. Ferner stehe fest, dass die Gründung der GmbH und der gemeinsame Betrieb eines Restaurants gescheitert seien.

Hingegen erachtete die Vorinstanz mangels Beweises für ungeklärt, weshalb die Zahlung von Fr. 40'000.-- erfolgt sei und ob die Parteien eine Vereinbarung trafen für den Fall des Scheiterns der Gründung der GmbH.

4.2 Gegen diese vorinstanzlichen Erwägungen bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, es sei bewiesen, dass sie die Vermie-

tung eines Restaurants samt Sälen inseriert habe. Darauf habe sich die Beschwerdegegnerin gemeldet und realisiert, dass es nicht möglich sei, nur die Bar zu pachten. In der Folge sei es um die Ausgestaltung der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien gegangen. Die Beschwerdegegnerin sollte der Beschwerdeführerin die Hälfte des Inventars und Mobiliars des Restaurants abkaufen. Danach sollte mit einer gemeinsamen GmbH das Restaurant samt Shisha-Bar im umgebauten kleinen Saal betrieben werden. Es sei ein Haftgeld von Fr. 40'000.-- vereinbart worden, das an den Kaufpreis angerechnet werden sollte. Dieses Haftgeld habe die Beschwerdegegnerin umgehend überwiesen. Weil sie dann ohne begründeten Anlass von den Absprachen zurückgetreten sei, sei das Haftgeld zu Gunsten der Beschwerdeführerin verfallen.

4.3 Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

4.3.1 Die Beschwerdeführerin verweist auf eine Stelle des angefochtenen Urteils und behauptet, die Vorinstanz habe ihren Entscheid auf den dort geschilderten Sachverhalt gestützt. Dies ist offensichtlich falsch. Die Vorinstanz fasste an jener Stelle bloss die Begründung der Beschwerdegegnerin zusammen, genauso wie sie direkt danach die Begründung der Beschwerdeführerin wiedergab. Nach den Zusammenfassungen der Parteistandpunkte setzte sich die Vorinstanz ausführlich mit den einzelnen Argumenten auseinander.

4.3.2 Letztlich stellt die Beschwerdeführerin der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung bloss ihre eigene Sicht der Dinge gegenüber. Dabei stützt sie ihre Argumentation nahezu ausschliesslich auf ihre eigenen Behauptungen. Die Aussagen der Beschwerdegegnerin lässt sie hingegen vollkommen ausser Acht, und Belege präsentiert sie keine.

4.4 Die Vorinstanz stellte fest, dass die Parteien kein Haftgeld vereinbart hatten. Nach dem Gesagten ist dies in keiner Weise zu beanstanden.

5.

Die Beschwerdeführerin erhebt die Einrede der Verjährung.

5.1 Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass die Zahlung von Fr. 40'000.-- am 10. Januar 2017 erfolgte und die Beschwerdegegnerin am 10. Mai 2017 klagte, weshalb der Anspruch auf Rückerstattung nicht verjährt war, als das erstinstanzliche Urteil erging.

Allerdings beginne die Verjährung gemäss Art. 138 Abs. 1 OR mit dem Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz von Neuem zu laufen. Dies sei mit dem erstinstanzlichen Urteil vom 15. Mai 2019 der Fall gewesen. Deshalb habe die einjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 67 Abs. 1 OR am 16. Mai 2019 wieder zu laufen begonnen. Eine weitere Unterbrechung der Verjährung sei unterblieben. Deswegen sei ein allfälliger Anspruch der Beschwerdegegnerin am 16. Mai 2020 verjährt. Das angefochtene Urteil sei erst am 30. Juli 2020 gefällt worden, als die Verjährung bereits eingetreten sei.

5.2 Geht es nach der Beschwerdegegnerin, beginnt die Verjährung erst von Neuem zu laufen, wenn das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig wird. Dies sei bis heute nicht geschehen, da die Beschwerdeführerin das erstinstanzliche Urteil zuerst an die Vorinstanz und danach an das Bundesgericht weitergezogen habe.

5.3

5.3.1 Bis am 31. Dezember 2010 lautete Art. 138 Abs. 1 OR wie folgt: "Wird die Verjährung durch eine Klage oder Einrede unterbrochen, so beginnt im Verlaufe des Rechtsstreites mit jeder gerichtlichen Handlung der Parteien und mit jeder Verfügung oder Entscheidung des Richters die Verjährung von Neuem."

Damals hinderte die Rechtshängigkeit die Verjährung nicht und es war möglich, dass eine Forderung unter der Hand des Gerichts verjährt. So trat die Verjährung beispielsweise während eines laufenden Berufungsverfahrens vor dem Bundesgericht ein (BGE 123 III 213; JdT 2000 I 208).

5.3.2 Als am 1. Januar 2011 die eidgenössische Zivilprozessordnung in Kraft trat, wurde Art. 138 Abs. 1 OR angepasst (AS 2010 1739 S. 1840; BBl 2006 7221). Seither gilt folgende Regel: Wird die Verjährung durch Schlichtungsgesuch, Klage oder Einrede unterbrochen, so beginnt die Verjährung von Neuem zu laufen, wenn der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist.

Nun ist die Verjährung in der Zeit zwischen der Unterbrechung durch Schlichtungsgesuch, Klage oder Einrede und dem Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz gehemmt – allerdings nur gewissermassen. Denn um eine eigentliche Hemmung im Sinne von Art. 134 OR handelt es sich nicht, weil nach dem Abschluss des Rechtsstreits nicht die alte Verjährungsfrist fortläuft, sondern eine neue Frist nach Art. 137 Abs. 1 OR beginnt (ALFRED KOLLER, Unter-

brechung der Verjährung, in: SJZ 113/2017, S. 201 ff., S. 213; weniger präzise: CHRISTOF BERGAMIN, Unterbrechung der Verjährung durch Klage, Eine Untersuchung unter Mitberücksichtigung anderer Unterbrechungsgründe, Diss. 2016, Rz. 227).

5.4 Der geltende Art. 138 Abs. 1 OR stimmt inhaltlich weitgehend mit der Mehrzahl der Regelungen in den Nachbarländern überein.

In Deutschland hemmt die Erhebung der Klage die Verjährung (§ 204 Abs. 1 Ziff. 1 BGB). Diese Hemmung endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens (§ 204 Abs. 2 BGB).

Der französische Code civil bestimmt in Art. 2242, dass "l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance".

Schliesslich lautet Art. 2945 Abs. 2-4 des italienischen Codice civile wie folgt: "(2) Se l'interruzione è avvenuta mediante uno degli atti indicati dai primi due commi dell'articolo 2943, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio. (3) Se il processo si estingue, rimane fermo l'effetto interruttivo e il nuovo periodo di prescrizione comincia dalla data dell'atto interruttivo. (4) Nel caso di arbitrato la prescrizione non corre dal momento della notificazione dell'atto contenente la domanda di arbitrato sino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione."

6. Das Gesetz schweigt zur Frage, wann der "Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz" eintritt und die Verjährung von Neuem zu laufen beginnt.

Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, dies sei mit dem erstinstanzlichen Urteil vom 15. Mai 2019 der Fall gewesen (vgl. E. 5.1 hiervor). Demgegenüber nimmt die Beschwerdegegnerin den Standpunkt ein, die Verjährung habe nicht von Neuem zu laufen begonnen, weil die Sache an die Vorinstanz und dann an das Bundesgericht weitergezogen worden sei (vgl. E. 5.2 hiervor).

6.1 Das Bundesgericht setzte sich bislang nicht vertieft mit der Frage auseinander.

6.1.1 In BGE 142 III 782 E. 3.1.3.2 erklärte die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts nebenbei, wenn die Klage zulässig sei, beginne kraft Art. 138 Abs. 1 OR eine neue Frist erst nach dem Ende des Verfahrens zu laufen ("si l'action est recevable, un nouveau délai ne recommence à courir qu'après la fin de l'instance en vertu de l'art. 138 al. 1 CO"). Was darunter genau zu verstehen ist, wurde nicht näher erläutert.

Im Urteil 4A_671/2016 vom 15. Juni 2017 E. 2.4 ging es um die Verjährung im Zusammenhang mit einem Nichteintretensentscheid. Was Art. 138 Abs. 1 OR betrifft, wurde bloss der französische Wortlaut wiedergegeben ("recommence à courir dès que la juridiction saisie clôt la procédure"), ohne dass eine breitere Auseinandersetzung nötig gewesen wäre.

Im Urteil 4A_303/2015 vom 4. August 2015 hielt die I. zivilrechtliche Abteilung unter Hinweis auf Art. 135 Ziff. 2 und Art. 138 Abs. 1 OR fest, die Einrede der Verjährung sei offensichtlich unbegründet, weil die Verjährung durch Klage unterbrochen worden sei und nicht von Neuem zu laufen begonnen habe. Dieses Urteil wurde nur summarisch begründet (Art. 109 Abs. 2 lit. a i.V.m. Abs. 3 BGG).

6.1.2 Die II. sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts erwog kürzlich, das von der Beschwerdegegnerin angehobene kantonale Beschwerdeverfahren habe die Verjährung im Sinne von Art. 138 Abs. 1 OR unterbrochen. Die Verjährung habe neu zu laufen begonnen als der rechtskräftige Nichteintretensentscheid des Sozialversicherungsgerichts den Prozess abgeschlossen habe (Urteil 9C_400/2020 vom 19. Oktober 2020 E. 4.2.2).

In einer früheren Entscheidung hatte die II. sozialrechtliche Abteilung in analoger Anwendung von Art. 135 ff. OR erwogen, die Verjährung der Schadenersatzforderung der Beschwerdegegnerin sei unterbrochen worden mit Verfügung der Ausgleichskasse, mit dagegen gerichteter Einsprache des Beschwerdeführers, mit dessen Beschwerde an das Sozialversicherungsgericht sowie mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Urteil 9C_906/2017 vom 21. Juni 2018 E. 1.2).

Schliesslich erwähnte die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts Art. 138 Abs. 1 OR im Rahmen einer Willkürprüfung, ohne weiter darauf einzugehen (Urteil 2C_192/2015 vom 1. August 2015 E. 3.5).

6.2 Zur Auslegung von Gesetzesnormen verfolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus. Es legt die Norm nach deren Wortlaut in den drei Amtssprachen, nach deren Entstehungsgeschichte, deren systematischer Stellung im Rahmen des Gesetzes sowie der massgebenden Rechtsprinzipien und nach deren Sinn und Zweck im Lichte der Verfassung und übergeordneter Rechtsgrundsätze aus. Das Bundesgericht lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. BGE 144 III 100 E. 5.2 S. 103 mit zahlreichen Hinweisen).

6.3

6.3.1 Wie erwähnt, wurde Art. 138 Abs. 1 OR mit der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung geändert (vgl. E. 5.3.2 hiervor). Die diesbezüglichen Materialien bieten keinen Aufschluss: Direkte Hinweise finden sich weder im Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf vom Juni 2003 noch in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006 (BBI 2006 7221).

Allenfalls ein indirekter Anhaltspunkt lässt sich der Botschaft entnehmen: Gemäss Art. 112 Abs. 2 ZPO verjähren Gerichtskosten zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens. Laut Art. 123 Abs. 2 ZPO verjährt auch der Anspruch des Kantons auf Nachzahlung der unentgeltlichen Rechtspflege zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens. Dazu erklärt die Botschaft, unter dem "Abschluss des Verfahrens" sei die Rechtskraft des Entscheids zu verstehen (BBI 2006 7221 S. 7299). Dasselbe gilt nach Art. 137 Abs. 2 OR für Forderungen, die durch Ausstellung einer Urkunde anerkannt oder durch Urteil des Richters festgestellt werden.

6.3.2 Im Jahr 2009 hatte der Gesetzgeber eine Revision des Obligationenrechts ins Auge gefasst. Es ging um eine Verlängerung der Verjährungsfristen im Haftpflichtrecht und eine Harmonisierung mit dem Vertrags- und Bereicherungsrecht.

Der Vorentwurf vom 15. September 2011 sah eine Revision von Art. 138 Abs. 1 OR vor. Im Bericht zum Vorentwurf war zu lesen, neu solle eine Forderung auch während eines Rechtsmittelverfahrens nicht mehr verjähren (Bericht zum Vorentwurf S. 30). Man ging offensichtlich davon aus, dass dies noch möglich war unter dem revidierten Art. 138 Abs. 1 OR. Dieser war kaum neun Monate zuvor am 1. Januar 2011 in Kraft getreten und gilt heute noch (vgl. E. 5.3.2 hiervor).

Zur Begründung verwies der Bericht zum Vorentwurf allerdings auf BGE 123 III 213, wonach Forderungen im Berufungsverfahren vor Bundesgericht verjähren können (Bericht zum Vorentwurf S. 30 Fn. 101). Nun datiert dieses Urteil aber vom 4. Februar 1997 und war somit unter Art. 138 Abs. 1 OR in seiner alten Fassung ergangen (vgl. E. 5.3.1 hiervor). Dies lässt auf ein Versehen schliessen.

In der Vernehmlassung blieb dieses Versehen unkommentiert. Unbesehen darum wurde begrüsst, dass die Verjährung erst nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens neu zu laufen beginnt. Damit werde eine Prozessfalle beseitigt. HEINRICH HONSELL wies darauf hin, es mache keinen Sinn, eine neue Frist laufen zu lassen, die zur Verjährung während des laufenden Prozesses führen könne. Die Neuregelung bestimme, dass die Unterbrechung bis zum Ende des Prozesses andauere. Weshalb dies bloss bis zum Abschluss des Rechtsstreits "vor der befassen Instanz" gelten solle und nicht bis zur endgültigen Beendigung der Rechtshängigkeit, sei allerdings unerfindlich. NICOLAS JEANDIN erklärte im Namen des Genfer Anwaltsverbands, der Begriff "clôture du litige" müsse präzisiert werden. Man könne, so meinte er, auf die Rechtskraft der Entscheidung Bezug nehmen, welche die Rechtshängigkeit beendet. PASCAL PICHONNAZ erklärte, man müsse auf die verschiedenen Arten der Beendigung der Rechtsstreitigkeiten Rücksicht nehmen. Er verwies namentlich auf die Schiedsgerichtsbarkeit. Die Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht führte aus, bereits im Vorentwurf zur Revision des Haftpflichtrechts aus dem Jahr 2000 sei vorgeschlagen worden, Art. 134 Abs. 1 OR um eine Ziffer zu ergänzen, wonach die Verjährung still steht, solange über die Forderung ein Prozess im Gange ist. Es scheine, dass Art. 138 Abs. 2 Ziff. 3 VE-OR dasselbe Ergebnis zu erreichen versuche. Der Schweizerische Verband für Alimentenfachleute regte an, es sei zu präzisieren, dass der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist, wenn die Rechtsmittelfrist unbenützt abgelaufen ist.

Im späteren Entwurf des Bundesrats war eine Änderung von Art. 138 OR nicht mehr vorgesehen (BBI 2014 287). Weshalb dem so war, wurde in der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013 nicht erklärt (BBI 2014 235). Die Revision des Verjährungsrechts trat auf den 1. Januar 2020 in Kraft, ohne dass Art. 138 Abs. 1 OR revidiert worden wäre (BBI 2014 235).

6.4 Im Schrifttum finden sich verschiedene Meinungen zur Frage, wann der "Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz" eintritt.

6.4.1 HOHL geht vom französischen Wortlaut aus, wonach die neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt, "lorsque la juridiction saisie clôt la procédure". Gemäss HOHL ist darunter das Ende der Rechtshängigkeit ("la fin de la litispendance") zu verstehen. Das Ende der Rechtshängigkeit trete ein, wenn die Entscheidung in formelle Rechtskraft erwächst. Da die Berufung die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids gemäss Art. 315 Abs. 1 ZPO im Umfang der Anträge hemmt, beginne die neue Verjährungsfrist nicht zu laufen, solange das Berufungsverfahren nicht abgeschlossen sei. Das Risiko, dass der Anspruch während des laufenden Verfahrens ("durant l'instance pendante") verjähre, sei damit gebannt (FABIENNE HOHL, Procédure civile, Band I: Introduction et théorie générale, 2. Aufl. 2016, Rz. 325-327).

Auch gemäss KILLIAS und WIGET beginnt die Verjährung mit dem Eintritt der Rechtskraft von Neuem zu laufen. Sie begründen dies mit dem Zweck des revidierten Art. 138 Abs. 1 OR, wonach keine Forderung mehr unter der Hand des Gerichts verjähren dürfe. Sie erklären, dass dies immer noch möglich wäre, wenn die Verjährung mit der Ausfällung des Endentscheids von Neuem beginnen und das Gericht mit der Eröffnung zu lange warten würde; oder wenn die Verjährung mit der Eröffnung neu beginnen und sich das Gericht für die Begründung zu viel Zeit lassen würde. Daher kommen die beiden Autoren zum Schluss, die neue Verjährungsfrist beginne erst mit Eintritt der Rechtskraft des Endentscheids oder Entscheidsurrogats gemäss Art. 241 Abs. 2 ZPO. Gehe der Rechtsstreit ohne Rechtskraft zu Ende, zum Beispiel durch Ablauf der dreimonatigen Frist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO, so beginne die neue Verjährungsfrist mit Ende der Rechtshängigkeit, also zum Beispiel mit dem Erlöschen der Klagebewilligung (KILLIAS/WIGET, in: Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 138 OR).

Gemäss PICHONNAZ ist der Rechtsstreit vor der befassen Instanz mit dem Ende der Rechtshängigkeit ("fin de la litispendance") abgeschlossen. Das Ende der Rechtshängigkeit verortet er sodann im Zeitpunkt des formell rechtskräftigen Endentscheids ("décision finale entrée en force de chose jugée"), im Zeitpunkt der Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid gemäss Art. 241 ZPO oder im Zeitpunkt der Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen im Sinne von Art. 242

ZPO (PASCAL PICHONNAZ, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 2 zu Art. 138 OR, N. 6 ff. zu Art. 138 OR).

6.4.2 DÄPPEN geht davon aus, dass die Verjährungsfrist in folgenden Momenten neu zu laufen beginnt: Im Schlichtungsverfahren mit der Einigung, der Klagebewilligung, dem Urteilsvorschlag oder dem Entscheid; bei der Mediation mit der Genehmigung einer Vereinbarung; im ordentlichen Verfahren mit dem Endentscheid oder bei Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid mit dem Vergleich, der Klageanerkennung oder dem Klagerückzug oder bei anderen Gründen mit dem gerichtlichen Abschreibungsentscheid; schliesslich im Rechtsmittelverfahren mit dem Entscheid. Für den Neubeginn sei grundsätzlich der Zeitpunkt der Eröffnung entscheidend. Eine Ausnahme bestehe, wenn das Verfahren ohne Entscheid beendet werde; dann seien der Vergleich, die Klageanerkennung oder der Klagerückzug massgebend für den Neubeginn, weil der Abschreibungsentscheid nur deklaratorische Wirkung habe. Die Rechtsmittelfrist hemme die Verjährung nicht. Allerdings umfasst der Begriff der Klage gemäss DÄPPEN auch ein Rechtsmittel gegen den Endentscheid. Dementsprechend werde die Verjährungsfrist gehemmt und beginne erst mit dem Abschluss des Rechtsmittelverfahrens vor der damit befassten Instanz wieder neu zu laufen (ROBERT K. DÄPPEN, in: Basler Kommentar, 7. Aufl. 2019, N. 2 ff. zu Art. 138 OR; vgl. auch DERSELBE, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar zum Obligationenrecht, 2014, N. 3 zu Art. 138 OR).

*Ab si c'est le
des qui fait recours*

KRAUSKOPF und BITTEL schliessen sich weitgehend der Auslegeordnung DÄPPENS an und präzisieren diese in verschiedenen Punkten. Sie gehen ebenfalls davon aus, dass der Begriff der Klage gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR auch Rechtsmittel umfasst. Sie fassen zusammen, der Zeitpunkt, in dem "der Rechtsstreit vor der befassten Instanz abgeschlossen ist" entspreche in aller Regel nicht der formellen Rechtskraft, welche das Ende der Rechtshängigkeit besiegle (KRAUSKOPF/BITTEL, Zum Verhältnis von zivilprozessualer Rechtshängigkeit und privatrechtlicher Verjährung, in: Festschrift Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 364, S. 375-378).

Entsprechend argumentiert **KOLLER**: Ergehe nach einem Gerichtsverfahren ein Sachurteil, so beginne die neue Verjährungsfrist mit dem Zugang des Entscheids bei den Parteien zu laufen (KOLLER, a.a.O., S. 213).

6.4.3 BERGAMIN schlägt vor, dass der Rechtsstreit vor der befassten Instanz als abgeschlossen gilt, wenn ihr Endentscheid nicht mehr

durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann, wenn also der Instanzenzug ausgeschöpft ist (BERGAMIN, a.a.O., Rz. 231).

6.4.4 Gemäss SCHWANDER beginnt die Verjährung nicht mit der internen Urteilsfällung neu zu laufen. Vielmehr sei aus Gründen der Rechtssicherheit und Kongruenz mit Art. 64 Abs. 2 ZPO das Ende der Rechtshängigkeit vor dieser Instanz massgebend. Allerdings zeigt sich SCHWANDER unentschieden, ob dies der Zeitpunkt der Zustellung des Endurteils oder dessen formeller Rechtskraft sei (IVO SCHWANDER, in: Kren Kostkiewicz und andere, Handkommentar OR, 3. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 138 OR).

7.

7.1 Die Verjährung beginnt gemäss Art. 138 Abs. 1 OR von Neuem zu laufen, wenn der Rechtsstreit vor der befassten Instanz abgeschlossen ist. Es liegt auf der Hand, dass der Rechtsstreit nur durch einen Endentscheid (Art. 236 ZPO) abgeschlossen werden kann. Ausser Betracht fallen dagegen Zwischenentscheide (Art. 237 ZPO) sowie prozessleitende Verfügungen (Art. 124 Abs. 1 ZPO), die den Rechtsstreit naturgemäss nicht abschliessen. Darüber ist sich das Schrifttum weitgehend einig.

7.2 Uneinigkeit herrscht hingegen darüber, ob die Verjährung gemäss Art. 138 Abs. 1 OR von Neuem zu laufen beginnt, wenn der Endentscheid in formelle Rechtskraft erwächst (vgl. E. 6.4.1 hiervor), wenn der Endentscheid eröffnet wird (vgl. E. 6.4.2 hiervor) oder wenn der Instanzenzug ausgeschöpft ist (vgl. E. 6.4.3 hiervor).

3 possible

7.2.1 Eine Reihe von Autoren legt Art. 138 Abs. 1 OR so aus, dass der Rechtsstreit vor der befassten Instanz abgeschlossen ist, sobald die formelle Rechtskraft eintritt.

Würde auf den Eintritt der formellen Rechtskraft abgestellt, könnte dies bedeuten, dass die Verjährung von Neuem zu laufen beginnt, obwohl die Forderung noch von einer Rechtsmittelinstanz zu beurteilen ist. Zudem ist nicht immer eindeutig, ob und wann die formelle Rechtskraft eintritt. Das heisst, die Forderung könnte bei dieser Auslegung während laufenden Rechtsmittelverfahren verjähren.

Nun wurde Art. 138 Abs. 1 OR aber revidiert, um den Missstand zu beseitigen, dass Forderungen unter der Hand des Richters verjähren. Somit wird es der ratio legis nicht gerecht, wenn auf die formelle Rechtskraft abgestellt wird.

7.2.2 Geht es nach DÄPPEN, KOLLER, KRAUSKOPF und BITTEL, beginnt die Verjährung neu zu laufen, wenn die befassende Instanz ihren Endentscheid eröffnet. Dies bedeutet, dass eine neue Verjährungsfrist beginnt, sobald das erstinstanzliche Gericht den Entscheid eröffnet. Nach dieser Auffassung beginnt die Verjährung also neu, auch wenn der Rechtsstreit vor eine Rechtsmittelinstanz weitergezogen wird.

Auch diese Autoren scheinen anzuerkennen, dass es dem Zweck von Art. 138 Abs. 1 OR zuwiderläuft, wenn die Verjährung während des Rechtsmittelverfahrens läuft. Sie begegnen dem Problem, indem sie auch Rechtsmittel gegen Endentscheide als Klage im Sinne von Art. 135 Ziff. 2 OR qualifizieren. Sie argumentieren, die Verjährungsfrist werde durch die Ergreifung des Rechtsmittels abermals gehemmt und beginne erst mit dem Abschluss des Rechtsmittelverfahrens wieder neu zu laufen.

Die Krux dieser Konstruktion liegt darin, dass das Rechtsmittel auch vom Schuldner erhoben werden kann. Das Rechtsmittel des Schuldners kann die Verjährung aber nicht unterbrechen. Denn es ist weder eine Anerkennung der Forderung im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR noch eine Klage gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR (vgl. auch BERGAMIN, a.a.O., Rz. 229). Mit anderen Worten: Auch mit dieser Auslegung bleibt es möglich, dass Forderungen unter der Hand des Richters verjähren.



7.2.3 Besser gerecht wird dem Sinn und Zweck von Art. 138 Abs. 1 OR der Vorschlag BERGAMIN, wonach der Rechtsstreit vor der befassenden Instanz abgeschlossen ist, wenn ihr Endentscheid nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann. Denn nur bei dieser Lösung ist eine Verjährung der Forderung unter der Hand des Gerichts ausgeschlossen.

7.3 Nach dem Gesagten tritt der "Abschluss des Rechtsstreits vor der befassenden Instanz" gemäss Art. 138 Abs. 1 OR ein, wenn der Instanzenzug ausgeschöpft ist. Dies bedeutet, dass die Verjährung von Neuem zu laufen beginnt, wenn die befassende Instanz einen Endentscheid gefällt hat, der nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann.

Wurde Berufung oder Beschwerde eingelegt, dann beginnt die Verjährung nicht von Neuem, und zwar unabhängig davon, wer das Rechtsmittel ergriffen hat (vgl. BERGAMIN, a.a.O., Rz. 231).

Die Verjährung beginnt auch dann nicht von Neuem, wenn das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurückweist. Denn in dieser Konstellation kann nicht gesagt werden, dass der Instanzenzug ausgeschöpft wäre, weil auch gegen den neuen Entscheid der Vorinstanz wieder die üblichen Rechtsmittel offen stehen.

Keinen Einfluss auf die Verjährung haben demgegenüber ausserordentliche Rechtsmittel wie die Revision oder die Erläuterung. Andernfalls wäre ein Verjährungsaufschub auf unbestimmte Zeit möglich (Art. 329 Abs. 2 i.V.m. Art. 328 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 124 Abs. 2 i.V.m. Art. 123 Abs. 1 und 2 lit. b). Darauf weist auch BERGAMIN hin (a.a.O., Rz. 231).

7.4 Was die deutsche und die italienische Fassung von Art. 138 Abs. 1 OR anbelangt, reibt sich diese Auslegung am Wortlaut. Denn auf Deutsch kommt es auf den Abschluss des Rechtsstreits "vor der befassten Instanz" und nicht "vor den befassten Instanzen" an. Auch auf Italienisch ist die Rede vom Abschluss "davanti all'autorità adita" und nicht "davanti alle autorità adite".

Demgegenüber steht die Auslegung im Einklang mit dem französischen Wortlaut, wonach die Verjährung von Neuem zu laufen beginnt, "lorsque la jurisdiction saisie clôt la procédure". Hier wird nicht auf die einzelne Instanz, sondern auf den ganzen Instanzenzug abgestellt (so auch BERGAMIN, a.a.O., Rz. 231).

8.

Die Beschwerdegegnerin klagte am 10. Mai 2017 und unterbrach damit die Verjährung (Art. 135 Ziff. 2 OR).

Nach dem Gesagten begann die Verjährung seither nicht wieder zu laufen. Denn gemäss Art. 138 Abs. 1 OR beginnt die Verjährung erst dann von Neuem zu laufen, wenn der Rechtsstreit vor der befassten Instanz abgeschlossen ist. Abgeschlossen ist der Rechtsstreit vor der befassten Instanz, wenn der Instanzenzug ausgeschöpft ist.

Dies ist erst mit dem heutigen Urteil des Bundesgerichts der Fall, das nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann. Dies bedeutet, dass die Forderung der Beschwerdegegnerin keinesfalls verjährt ist. Offen bleiben kann bei diesem Ausgang die Natur des Anspruchs der Beschwerdegegnerin auf Rückerstattung ihrer Zahlung von Fr. 40'000.--.

9.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 sowie Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Schwyz, 1. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. April 2021

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Hohl

Matt

II. OBLIGATIONENRECHT
DROIT DES OBLIGATIONS
DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

**2. Extrait de l'arrêt de la I^{re} Cour de droit civil dans la cause
A. contre B. et C. (recours en matière civile)
4A_554/2019 du 26 octobre 2020**

Art. 269, 270 CO; contestation du loyer initial; calcul du rendement net; réévaluation des fonds propres et taux de rendement des fonds propres (changement de jurisprudence).

Méthode absolue et critères applicables au contrôle du loyer initial priorité du critère du rendement net (sauf pour les immeubles anciens (consid. 4). Application du critère du rendement net, sans égard à la violation du devoir de collaboration du bailleur, lorsque les éléments nécessaires à son calcul sont suffisants (consid. 6).

Calcul du rendement net et du loyer admissible en sept étapes (consid. 7.1); détermination des coûts d'investissement effectifs (consid. 7.2).

Revalorisation de 100 % des fonds propres effectifs et taux de rendement admissible de 2 % en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2 % (changement de jurisprudence; consid. 8).

Circonstances dans lesquelles le juge est autorisé à se référer aux données statistiques cantonales ou communales (consid. 9).

Art. 269, 270 OR; Anfechtung des Anfangsmietzinses; Berechnung der Nettorendite; Teuerungsanpassung des Eigenkapitals und Eigenkapitalrendite (Rechtsprechungsänderung).

Absolute Methode und anwendbare Kriterien für die Kontrolle des Anfangsmietzinses; Vorrang des Kriteriums der Nettorendite, ausser für Altliegenschaften (E. 4).

Anwendung des Kriteriums der Nettorendite, ohne Rücksicht auf die Verletzung der Mitwirkungspflicht des Vermieters, wenn die Elemente, die für die Berechnung notwendig sind, genügend sind (E. 6).

Berechnung der Nettorendite und des zulässigen Mietzinses in sieben Schritten (E. 7.1); Bestimmung der effektiven Investitionskosten (E. 7.2).

Teuerungsanpassung des effektiven Eigenkapitals im Umfang von 100 % und Zulässigkeit einer Rendite, die den Referenzzinssatz um 2 % übersteigt, sofern der Referenzzinssatz 2 % oder weniger beträgt (Änderung der Rechtsprechung; E. 8).

Umstände, unter denen das Gericht sich auf kantonale oder kommunale Statistiken stützen kann (E. 9).

Art. 269, 270 CO; contestazione della pigione iniziale; calcolo del reddito netto; rivalutazione dei fondi propri e tasso di reddito dei fondi propri (cambiamento della giurisprudenza).

Metodo assoluto e criteri applicabili al controllo della pigione iniziale; priorità del criterio del reddito netto, tranne che per gli immobili vecchi (consid. 4).

Applicazione del criterio del reddito netto, senza riguardo alla violazione dell'obbligo di collaborazione del locatore, se gli elementi necessari per il suo calcolo sono sufficienti (consid. 6).

Calcolo del reddito netto e della pigione ammissibile in sette tappe (consid. 7.1); determinazione dei costi di investimento effettivi (consid. 7.2).

Rivalorizzazione del 100 % dei fondi propri effettivi e tasso di reddito ammissibile del 2 % superiore al tasso di interesse di riferimento, se questo è uguale o inferiore a 2 % (cambiamento della giurisprudenza; consid. 8).

Circostanze in cui il giudice è autorizzato a riferirsi ai dati statistici cantonali o comunali (consid. 9).

A.

A.a Par contrat du 16 juin 2017 signé le 18 juin 2017, B. et C. (ci-après: les locataires, les demandeurs ou les intimés) ont pris à bail un appartement de 4,5 pièces, d'une surface de 101 m², au rez-de-chaussée d'un immeuble à U. appartenant à A. (ci-après: la baille-resse, la défenderesse ou la recourante). Le loyer mensuel initial convenu était de 2'190 fr., auquel s'ajoutait un acompte de 270 fr. pour les frais accessoires. Selon la formule officielle de notification du loyer utilisée lors de la conclusion d'un nouveau bail datée du même jour, le précédent locataire payait un loyer mensuel net de 2'020 fr. dès 2009 et un acompte de 270 fr. pour les frais accessoires. L'augmentation de loyer était motivée par l'adaptation aux loyers usuels de la localité et du quartier.

Par deux contrats du même jour, les locataires ont également pris à bail deux places de parc intérieures dans le sous-sol du garage, dont le loyer mensuel était de 130 fr. chacune. Selon la formule officielle, les précédents locataires payaient, pour chaque place de parc, un loyer de 110 fr. depuis septembre 2009. Il y est indiqué le même motif de hausse que celui invoqué pour l'appartement.

A.b L'Etat de Zurich, qui avait acheté, en société simple avec la caisse de pension de D., les quatre parcelles sur lesquelles ont été construits des habitations, bâtiments et garages souterrains, est devenu seul propriétaire de l'immeuble par acte de cession du 18 décembre 2003, son associée lui ayant cédé sa part, soit la moitié. Le prix figurant dans l'acte de cession était de 24'950'000 fr. La fondation A., créée à la suite d'un changement législatif dans le canton de Zurich,

B/C/S → A
Loc

Bd

2190
+270

• 4 parcelles:
24'950'000

• Construction:
1996/1998

en est devenue propriétaire en 2014 par transfert dans le cadre d'une fusion.

L'appartement litigieux se trouve dans l'un des 19 bâtiments construits entre 1996 et 1998 sur l'une de ces parcelles.

B. Par requête déposée devant la Commission de conciliation en matière de baux à loyer du district de Nyon le 24 août 2017, les locataires ont contesté le loyer initial de l'appartement et des places de parc. Ayant fait opposition à la proposition de jugement rendue par cette commission et ayant obtenu une autorisation de procéder, ils ont déposé leur demande devant le Tribunal des baux du canton de Vaud le 4 décembre 2017, demandant, dans leurs dernières conclusions, à ce que le loyer mensuel net initial de leur appartement soit fixé à 814 fr. 30 (charges en sus) et, dès le 1^{er} décembre 2018, à 1'375 fr. 70, que le loyer mensuel de chaque place de parc soit fixé à 80 fr., que la garantie de loyer soit réduite à 2'242 fr. 90 et que le trop-perçu leur soit restitué.

La bailleresse a conclu au rejet des conclusions. Elle n'a fourni, en particulier, ni l'acte de cession, ni la note de calcul du rendement net, ni les factures relatives à l'ensemble des frais de construction de l'immeuble qui lui avaient été demandés, alléguant qu'il s'agissait d'un immeuble ancien et qu'il appartenait aux locataires de produire des pièces établissant des loyers de comparaison. Elle a produit une liste d'annonces immobilières pour des appartements de 4 à 4,5 pièces dans la même localité pour des loyers mensuels allant de 2'130 fr. à 2'850 fr., une étude statistique d'un bureau selon laquelle le loyer médian dans la localité pour un 4 pièces est de 260 fr. par m² et par an, ainsi que des statistiques établies par le Département vaudois des finances et des relations extérieures, selon lesquelles le loyer mensuel net moyen des logements vaudois de 4 pièces était de 1'617 fr. en 2015 et de 1'633 fr. en 2016.

Par jugement du 8 janvier 2019, le Tribunal des baux a admis la demande des locataires et fixé le loyer mensuel initial de l'appartement à 900 fr. dès le 16 août 2017 et le loyer mensuel net initial de chacune des deux places de parc intérieures à 50 fr., ordonné la restitution du trop-perçu et réduit à 2'700 fr. le montant de la garantie locative.

Statuant le 2 octobre 2019 sur appel de la bailleresse qui avait réduit ses prétentions de loyer à 1'950 fr. pour l'appartement et à 120 fr. pour chacune des places de parc, la Cour d'appel civile du Tribunal

cantonal du canton de Vaud a rejeté ledit appel et confirmé le jugement attaqué.

C. Contre cet arrêt, qui lui a été notifié le 9 octobre 2019, la baille-
resse a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le
8 novembre 2019, concluant principalement à son annulation et au
renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle instruction et
nouvelle décision dans le sens des considérants. Subsidiairement, elle
conclut, notamment et en substance, à sa réforme en ce sens que le
loyer mensuel de l'appartement soit fixé à 1'950 fr. et celui de cha-
cune des places de parc à 120 fr. (...)

Les parties n'ont pas déposé d'observations complémentaires.

Le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours et fixé, à comp-
ter du 16 août 2017, le loyer mensuel net initial de l'appartement
litigieux à 1'390 fr. et celui de chacune des places de parc à 73 fr.

(*extrait*)

Extrait des considérants:

4. En vertu de l'art. 270 al. 1 CO, le locataire peut contester le loyer
initial qu'il estime abusif au sens des art. 269 et 269a CO. Selon
l'art. 269 CO, le loyer est abusif lorsqu'il permet au bailleur d'obte-
nir un rendement excessif de la chose louée et, selon l'art. 269a let. a
CO, il est présupposé non abusif lorsqu'il se situe dans les limites des
loyers usuels dans la localité ou dans le quartier.

4.1 Le contrôle de l'admissibilité du loyer initial ne peut s'effectuer
qu'à l'aide de la méthode absolue, laquelle sert à vérifier concrète-
ment que le loyer ne procure pas un rendement excessif au bailleur
compte tenu des frais qu'il doit supporter ou des prix du marché.
Dans l'application de cette méthode, les deux critères absolus que
sont le critère du rendement net (fondé sur les coûts) et le critère des
loyers du marché (c'est-à-dire les loyers comparatifs appliqués dans
la localité ou le quartier) sont antinomiques, et partant exclusifs l'un
de l'autre. Ainsi, le critère fondé sur un calcul concret et individuel
du coût (soit le rendement net) ne peut pas être combiné avec des
facteurs liés au marché, tels qu'une valeur objectivée de l'immeu-
ble (ATF 139 III 13 consid. 3.1.2 p. 15; 120 II 240 consid. 2 p. 242;
arrêts 4A_581/2018 du 9 juillet 2019 consid. 3.1.1; 4A_191/2018
du 26 mars 2018 consid. 3.1; 4A_400/2017 du 13 septembre 2018
consid. 2.1, non publié in ATF 144 III 514; 4A_645/2011 du 27 jan-
vier 2012 consid. 3.2).

4.1.1 Le critère du rendement net de l'art. 269 CO se base sur le rendement net des fonds propres investis. Le loyer doit, d'une part, offrir un rendement raisonnable par rapport aux fonds propres investis et, d'autre part, couvrir les charges immobilières (ATF 141 III 245 consid. 6.3 p. 252 et les références citées). Le loyer est ainsi contrôlé sur la base de la situation financière de la chose louée à un moment donné, sans égard aux accords antérieurs passés avec le locataire, lesquels ne sont pris en considération que dans l'application de la méthode relative (arrêts 4A_581/2018 précité consid. 3.1.1; 4A_191/2018 précité consid. 3.1; 4A_239/2018 du 19 février 2019 consid. 5.2; sur la méthode de calcul du rendement net, cf. consid. 7 ci-dessous).

4.1.2 Le critère absolu des loyers usuels de la localité ou du quartier de l'art. 269a let. a CO est fondé sur les loyers du marché. L'art. 11 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (OBLF; RS 221.213.11) détermine les loyers déterminants pour le calcul de ceux-là: il s'agit des loyers de logements comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction (al. 1), à l'exclusion des loyers découlant du fait qu'un bailleur ou un groupe de bailleurs domine le marché (al. 3). Les statistiques officielles doivent être prises en considération (al. 4) (sur le calcul selon ce critère, cf. ATF 141 III 569 consid. 2.2 p. 572 ss). Ces prescriptions correspondent à celles de l'ancien droit, qui figuraient à l'art. 15 al. 1 let. a de l'arrêté fédéral du 30 juin 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL; RS 221.213.1) (seul le critère de la dimension y a été expressément ajouté; cf. ATF 123 III 317 consid. 4 p. 319 et la référence à la doctrine).

La preuve des loyers usuels dans la localité ou le quartier (art. 269a let. a CO) peut être apportée au moyen de deux méthodes (cf. art. 11 al. 1 et 4 OBLF; cf. ATF 141 III 569 consid. 2.2.1 p. 572; arrêt 4A_400/2017 précité consid. 2.2.2, non publié in ATF 144 III 514).

4.1.2.1 Premièrement, il est possible de se baser sur des logements de comparaison, lesquels doivent être au nombre minimal de cinq et présenter, pour l'essentiel, les mêmes caractéristiques que le logement litigieux quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction, tout en tenant compte de l'évolution récente de leurs loyers au regard du taux hypothécaire et de l'indice suisse des prix à la consommation (ATF 141 III 569 consid. 2.2.1 p. 572 et consid. 2.2.3 p. 574; arrêt 4A_400/2017 précité consid. 2.2.2

et 2.2.2.2, non publié in ATF 144 III 514). L'art. 11 al. 3 OBLF prescrit d'exclure les loyers découlant du fait qu'un bailleur ou un groupe de bailleurs domine le marché.

4.1.2.2 Secondement, le juge peut appliquer la méthode des statistiques officielles (art. 11 al. 4 OBLF). Celles-ci doivent satisfaire aux exigences de l'art. 11 al. 1 OBLF et, partant, contenir des données chiffrées suffisamment différenciées et dûment établies selon les critères précités (ATF 141 III 569 consid. 2.2.1 p. 572 et consid. 2.2.2 p. 573 s.; arrêt 4A_400/2017 précité consid. 2.2.2.1, non publié in ATF 144 III 514).

4.2 Le critère absolu du rendement net a la priorité sur celui des loyers usuels de la localité ou du quartier (ATF 124 III 310 consid. 2b p. 312), en ce sens que le locataire peut toujours tenter de prouver que le loyer permet au bailleur d'obtenir un rendement excessif (art. 269 CO), et ce n'est donc qu'en cas de difficulté ou d'impossibilité de déterminer le caractère excessif du rendement net qu'il pourra être fait application du critère des loyers usuels de la localité ou du quartier (ATF 124 III 310 consid. 2b p. 312).

Pour les immeubles anciens, la hiérarchie des critères absolus est inversée: le critère des loyers usuels de la localité ou du quartier l'emporte sur le critère du rendement net des fonds propres investis. Pour de tels immeubles, en effet, les pièces comptables nécessaires pour déterminer les fonds propres investis en vue de calculer le rendement net font fréquemment défaut ou font apparaître des montants qui ne sont plus en phase avec la réalité économique actuelle (ATF 140 III 433 consid. 3.1 p. 435; 122 III 257 consid. 4a/bb p. 261; arrêt 4A_191/2018 précité consid. 3.1). Pour un immeuble ancien, le bailleur peut donc se prévaloir de la prééminence du critère des loyers usuels de la localité ou du quartier; le fait que ce critère ait la priorité ne l'empêche toutefois pas d'établir que l'immeuble ne lui procure pas un rendement excessif à l'aide du rendement net (arrêt 4A_191/2018 précité consid. 3.1 et les arrêts cités). Est ancien un immeuble dont la construction ou la dernière acquisition remonte à trente ans au moins, au moment où débute le bail; autrement dit, ce délai de trente ans commence à courir soit à la date de la construction de l'immeuble, soit à celle de sa dernière acquisition, et doit être échu au moment où débute le bail (ATF 144 III 514 consid. 3.2 p. 517).

4.3 En l'espèce, le bâtiment a été construit entre 1996 et 1998. Il ne s'agit donc pas d'un immeuble ancien. Le critère du rendement net

est donc prioritaire. Lorsque le bailleur invoque les loyers usuels de la localité ou du quartier dans sa formule officielle, le locataire peut toujours lui opposer que le rendement net est excessif.

La bailleresse recourante ne critique pas la priorité du critère du rendement net, ni ne se prévaut du critère des loyers usuels, basé soit sur cinq loyers comparatifs, soit sur des statistiques officielles. Toutefois, elle estime qu'il est en l'espèce impossible d'établir le rendement net, faute de pouvoir établir le prix de revient effectif de la construction – que n'indiquerait pas l'acte de cession de 2003 –, ce que prouverait le résultat choquant auquel est parvenue la cour cantonale, soit un loyer de 900 fr. pour un appartement de 4,5 pièces d'une surface de 101 m².

5. Il y a donc lieu d'examiner le calcul du rendement net effectué par la cour cantonale, sur les points critiqués par la recourante.

5.1 Contrôlant le calcul du rendement net du tribunal, la cour cantonale a tout d'abord considéré que les premiers juges avaient pu déterminer le prix d'achat de l'immeuble construit en se basant sur le prix de rachat de la part de D. figurant dans l'acte de cession de 2003 et correspondant à la moitié, qu'ils ont doublé pour tenir compte de la propre part de la bailleresse, pour parvenir au montant de 51'546'700 fr. Sur la base d'un témoignage, ils ont ensuite retenu que la défenderesse finançait entièrement ses immeubles. Pour tenir compte du renchérissement, ils ont réévalué le 40 % des fonds propres selon l'indice suisse des prix à la consommation et ont obtenu, comme fonds propres réévalués, un montant de 52'530'211 fr. Ils ont arrêté, sur la base d'une augmentation de 0,5 % en sus du taux hypothécaire de référence de 1,5 %, le rendement admissible des fonds propres à 1'050'604 fr. y ont ajouté des charges estimées à 15 % des recettes locatives, soit 490'287 fr. et ventilé le résultat de 1'540'891 fr. en fonction de la surface totale louée de 14'443 m², soit un loyer de 106 fr. 70 par m² et par an. Partant, pour l'appartement litigieux de 101 m², le loyer annuel est de 10'776 fr. 70, soit un loyer mensuel arrondi de 900 fr.

Pour chacune des places de parc de 13,25 m², le loyer mensuel pondéré au m² est de 47 fr. 15 (106 fr. 70 x 13,25 x 2/5), soit un loyer arrondi de 50 fr. par mois.

5.2 La recourante formule essentiellement trois griefs. Premièrement, elle s'en prend au prix d'achat, respectivement au prix de revient de l'immeuble, retenus par la cour cantonale. À titre subsidiaire, elle

24'550'000 x 2

2°/o

remet en cause, deuxièmement, le pourcentage de réévaluation des fonds propres et, troisièmement, le taux de rendement admissible en sus du taux hypothécaire de référence. Par ailleurs, elle voudrait voir appliquer les statistiques cantonales et communales, qui ne sont pas officielles au sens de l'art. 11 al. 4 OBLF.

6. La recourante soutient, premièrement, que le calcul que la cour cantonale a effectué revient à la punir pour n'avoir pas conservé les pièces établissant les coûts d'investissement de l'immeuble qui datent de plus de vingt ans.

6.1 Selon la jurisprudence, il appartient au locataire qui conteste le loyer initial d'apporter la preuve que le loyer convenu procure au bailleur un rendement excessif. Toutefois, selon les principes généraux tirés des règles de la bonne foi, la partie qui n'a pas la charge de la preuve (soit le bailleur) doit néanmoins collaborer loyalement à l'administration des preuves et fournir les éléments qu'elle est la seule à détenir. Les principes dégagés par la jurisprudence et rappelés encore récemment (ATF 142 III 568 consid. 2.1 p. 576; arrêts 4A_17/2017 du 7 septembre 2017 consid. 2.2 et les arrêts cités; 4A_461/2015 du 15 février 2016 consid. 3.2 et 3.3) peuvent être résumés comme suit:

6.1.1 En premier lieu, il s'agit de déterminer si les documents remis par les parties sont suffisants ou non pour calculer le rendement net.

Si tel est le cas, c'est exclusivement sur cette base qu'il convient de déterminer si le loyer examiné est abusif au sens de l'art. 269 CO.

6.1.2 En deuxième lieu, si tel n'est pas le cas parce qu'aucun document n'est remis au juge ou que les documents fournis sont insuffisants, il faut distinguer selon que l'on peut ou non imputer cette carence au bailleur.

Si le défaut de production du bailleur est justifié, il ne lui sera pas imputé dans l'appréciation des preuves. Le juge tiendra exclusivement compte des statistiques qui, faute de mieux, permettront d'établir le loyer admissible, le cas échéant en pondérant les chiffres en fonction des caractéristiques concrètes de l'appartement litigieux, du montant du loyer payé par le précédent locataire ou de l'expérience du juge.

6.1.3 En troisième lieu, si tel n'est pas le cas parce que le bailleur a, sans aucune justification, refusé ou négligé de produire les pièces comptables en sa possession, il faut distinguer en fonction des moyens de preuve à disposition du juge.

a) En l'absence de tout autre élément de preuve, le refus du bailleur pourra avoir pour conséquence de convaincre le juge de la fausseté complète ou partielle de ses allégations et, par conséquent, de l'amener à croire les indications du locataire.

b) Si, en revanche, il existe des données statistiques cantonales ou communales, le juge ne peut pas se baser sur le seul refus du bailleur, mais doit tenir compte de ces données dans le cadre de son appréciation globale des preuves. Ces statistiques, même si elles ne sont pas suffisamment différenciées au sens de l'art. 11 al. 4 OBLF, constituent, faute de mieux, un repère objectif pouvant être pris en compte pour fixer le loyer admissible; le cas échéant, il s'agira de pondérer les chiffres figurant dans ces statistiques en fonction des caractéristiques concrètes de l'appartement litigieux, du montant du loyer payé par le précédent locataire ou de l'expérience du juge.

6.2 Comme la jurisprudence le précise, les parties doivent fournir tous les documents suffisants pour calculer le rendement net et, si tel est le cas, c'est exclusivement en fonction de ce critère qu'il convient de déterminer si le loyer examiné est abusif au sens de l'art. 269 CO. Il doit toutefois en aller de même lorsque c'est le juge qui, d'office, se procure les éléments nécessaires à ce calcul. Si les documents sont suffisants pour y procéder, le calcul ne dépend pas de la question de savoir si le bailleur a violé son devoir de collaboration.

En l'espèce, même si elle a, dans un premier temps, reproché à la baillesse son manque de collaboration, la cour cantonale a considéré que les premiers juges avaient disposé d'éléments suffisants pour calculer le rendement net de l'appartement loué, puisqu'ils s'étaient procuré auprès de tiers (par exemple auprès du registre foncier s'agissant de l'acte de cession de 2003) et par le biais de témoignages les éléments nécessaires à cet effet. La cour cantonale a donc en réalité constaté que les documents à sa disposition étaient suffisants pour procéder au calcul du rendement net et elle n'a donc pas eu à tenir compte d'un défaut de collaboration de la baillesse. Il s'ensuit qu'il est superflu d'examiner si c'est arbitrairement que la cour cantonale a retenu que la baillesse avait violé son devoir de collaboration.

7. La recourante soutient, deuxièmement, qu'il est impossible d'établir le coût de construction de l'immeuble, dont les éléments ne sont plus disponibles, et que, par conséquent, la cour cantonale aurait dû appliquer les données statistiques subsidiaires applicables dans le canton de Vaud.

7.1 Il s'impose de rappeler tout d'abord les principes et le calcul du rendement net développés par la jurisprudence.

Le calcul du rendement net au sens de l'art. 269 CO s'effectue sur la base de la situation financière de la chose louée à un moment donné. Seul est déterminant le rendement net de la chose louée, soit celui du logement ou du local commercial en cause, à l'exclusion du rendement net de l'immeuble entier, voire d'un groupe d'immeubles (ATF 125 III 421 consid. 2d p. 424 s.; 120 II 100 consid. 6c p. 104 s.). En effet, en cas de disparité entre les loyers des différents appartements ou locaux, résultant par exemple de hausses de loyers intervenues à l'occasion de changements successifs de locataires ou à la suite de rénovations de certains logements, le calcul du rendement net sur l'immeuble entier conduirait à des résultats choquants. Dans la pratique toutefois, comme les comptes sont établis pour l'immeuble entier, on commence par déterminer la situation financière de l'immeuble et ce n'est qu'ensuite qu'on ventile le résultat appartement par appartement selon une clé de répartition (arrêt 4A_239/2018 précité consid. 5.2 et les références citées).

Il découle de la jurisprudence qu'il y a lieu de procéder en sept étapes pour déterminer le rendement net (arrêt 4A_239/2018 précité consid. 5.2.2):

1° Il faut déterminer tous les coûts d'investissement effectifs (ou le prix de revient) de l'immeuble.

2° Il faut en déduire les fonds empruntés (fonds étrangers), ce qui permet d'obtenir le montant des fonds propres investis.

3° Le montant des fonds propres doit être réévalué pour tenir compte du renchérissement (art. 269a let. e CO). L'adaptation au renchérissement, selon l'indice suisse des prix à la consommation, de seulement 40 % des fonds propres, règle fixée en 1994 par l'ATF 120 II 100, est critiquée par la recourante et sera examinée au consid. 8.3.

4° Il y a lieu d'appliquer à ces fonds propres investis réévalués le taux de rendement admissible. Le taux de 0,5 % en sus du taux hypothécaire de référence est critiqué par la recourante et sera examiné au consid. 8.4.

5° Au rendement admissible des fonds propres ainsi obtenu, il faut ajouter les charges immobilières.

6° Il s'agit ensuite de ventiler ce résultat appartement par appartement pour obtenir le loyer admissible de la chose louée.

7° Il faut enfin comparer le loyer admissible pour la chose louée ainsi obtenu avec le loyer actuel, ce qui permettra de déterminer si une majoration du loyer est possible ou non (pour plus de détails sur les étapes non thématiques dans le présent arrêt, cf. l'arrêt 4A_239/2018 précité consid. 5.2.2 et les références citées).

7.2 La recourante reproche à la cour cantonale de ne pas s'être basée sur les coûts d'investissement effectifs (ou prix de revient) de l'immeuble (première étape).

7.2.1 Pour déterminer les coûts d'investissement effectifs (ou le prix de revient) de l'immeuble, il convient de prendre en compte le prix d'acquisition et le coût de la construction ou le prix d'achat de l'immeuble construit, ainsi que les travaux à plus-value (à l'exclusion des coûts d'entretien, qui sont intégrés dans les charges, cf. ATF 141 III 245 consid. 6.6 p. 255). Il n'est pas possible de substituer aux coûts d'investissement d'autres valeurs plus ou moins abstraites, telles que la valeur vénale de l'immeuble, sa valeur fiscale ou sa valeur d'assurance-incendie, celles-ci se référant à des valeurs objectives liées au marché et non aux coûts concrets (ATF 142 III 568 consid. 2.1 p. 575 s.; 122 III 257 consid. 3b/bb p. 259 s.). Un prix d'achat manifestement exagéré doit être réduit au prix normal (cf. art. 269 i.f. CO et art. 10 OBLF; ATF 125 III 421 consid 2b p. 423; arrêt 4A_465/2015 du 1^{er} mars 2016 consid. 4.2). La jurisprudence admet également un correctif au prix d'acquisition lorsque le bailleur a acquis le bien à un prix préférentiel, par exemple dans le cadre d'une donation mixte, au motif que l'avantage consenti à celui-ci est destiné exclusivement à le favoriser lui, et non pas ses locataires (arrêt 4A_645/2011 précité consid. 3.4.4 et les arrêts cités).

7.2.2 La cour cantonale a constaté que le prix de revient de l'immeuble correspond au prix payé pour le rachat de la part de D. selon l'acte de cession de 2003, et multiplié par deux pour tenir compte de sa propre part, augmenté des droits de mutation cantonaux et communaux, à savoir un montant de 51'546'700 fr. La bailleresse recourante soutient que le prix de rachat ne correspond pas au coût effectif de la construction.

En première instance, la bailleresse avait invoqué que le prix de l'acte de cession de 2003 ne refléterait pas la valeur réelle de la part qui lui a été cédée: selon elle, l'Etat de Zurich aurait bénéficié d'un prix de faveur, largement en-dessous des prix du marché, dans la mesure où cette opération est intervenue dans le cadre de la liquidation de

D. Le tribunal a écarté cette thèse, qui n'était ni prouvée ni même vraisemblable. La cour cantonale a considéré que la bailleresse n'avait pas prouvé que le prix de la cession était largement inférieur à ceux pratiqués pour le même genre de biens à la même époque, ni que le prix de vente aurait tenu compte des rentes qui devaient être servies dans le futur; elle aurait tout au plus réalisé une "bonne affaire", ce qui ne justifie pas d'admettre un prix préférentiel.

Présentement, la bailleresse recourante se limite à affirmer que, "[a]u vu de la réduction drastique du loyer [de 2'190 fr. à 900 fr. par mois], [...] la valeur de rachat [découlant de l'acte de cession de 2003] ne pouvait pas représenter le prix de revient de l'immeuble" et que le fait qu'elle est une caisse de pension, qui ne spéculé pas sur l'immobilier, démontrerait que le prix retenu ne correspondrait pas au prix de la construction. Par cette critique essentiellement appellatoire, la recourante ne démontre pas que l'appréciation effectuée par la cour cantonale serait arbitraire. Lorsqu'elle oppose la notion de coûts d'investissement effectifs et celle de prix d'achat, elle méconnaît que la jurisprudence admet que le prix d'achat de l'immeuble construit correspond au prix de revient, sous réserve d'un prix d'achat trop élevé ou, inversement, d'un prix préférentiel, qu'elle n'est pas parvenue à prouver. Lorsqu'elle soutient que le prix de rachat "ne reflète pas forcément les investissements concrets consentis auparavant", elle ne démontre pas non plus que le prix d'achat retenu pour un immeuble construit moins de cinq ans auparavant serait arbitraire.

Quand elle affirme que le prix payé pour la part rachetée ne saurait servir d'indication pour le prix de sa propre part, elle ne démontre pas en quoi cette extrapolation ne correspondrait pas au prix du marché de sa part à l'époque.

Il s'ensuit qu'en l'espèce, il y a lieu de se baser sur le prix d'achat de la part de D., multiplié par deux.

8. A titre subsidiaire, la bailleresse recourante s'en prend à la revalorisation à hauteur de 40 % des fonds propres et à l'augmentation de 0,5 % en sus du taux hypothécaire de référence.

8.1 Dans une argumentation confuse, elle conteste que les fonds propres ne puissent être revalorisés qu'à 40 % au maximum, relevant que le taux hypothécaire de référence était en 1994 de 6 %, voire même de 6,75 % en 1991, ce qui avait conduit à un rendement admissible de 7,25 %, alors qu'il n'est plus actuellement que de 1,5 %, "de sorte qu'on peut aisément soutenir que l'un des fondements même de la jurisprudence a disparu".

Il y a toutefois lieu d'admettre que la recourante remet ainsi en cause la jurisprudence non seulement en tant qu'elle limite la revalorisation des fonds propres, objet de la troisième étape, mais aussi en tant qu'elle fixe le taux de rendement admissible au taux hypothécaire de référence augmenté de 0,5 %, objet de la quatrième étape.

8.2 Selon une jurisprudence constante, un changement de jurisprudence ne peut notamment se justifier que 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 droit (ATF 144 III 175 consid. 2 p. 177; 136 III 6 consid. 3 p. 8).

La jurisprudence admettant la revalorisation de seulement 40 % des fonds propres date de 1994 (ATF 120 II 100) et celle sur le taux de rendement admissible de 0,5 % en sus du taux hypothécaire de référence date de 1986 (ATF 112 II 149). Elles ont été adoptées sous l'empire d'un droit d'urgence (l'AMSL) alors que le taux hypothécaire de référence (à l'époque taux hypothécaire des hypothèques de 1^{er} rang pratiqué par les grandes banques) était de 5,5 %. Depuis 1995, ce taux a continuellement baissé, au point de n'être plus aujourd'hui que de 1,25 %. Il en résulte désormais que le calcul du rendement admissible conduit à fixer des loyers très bas, voire dérisoires, sans commune mesure avec la mise à disposition de l'usage des habitations en question.

De nombreuses critiques ont été adressées au Tribunal fédéral par des parlementaires fédéraux. Ainsi, le Conseiller national Olivier Feller considère que, dans la mesure où la jurisprudence qui a fixé le rendement des fonds propres investis à 0,5 % en sus du taux moyen des hypothèques a été établie en 1986, soit à un moment où le taux hypothécaire de référence était de 5,5 % (ce qui autorisait un rendement admissible de 6 %), elle est inadaptée à la situation actuelle (initiative parlementaire n° 17.491 du 29 septembre 2017, "Modernisation des modalités de calcul du rendement admissible en droit du bail"). Une motion du 6 novembre 2018 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (n° 18.4101, "Révision des règles applicables à la fixation des loyers des habitations et des locaux commerciaux"), à laquelle le Conseil fédéral était disposé à donner suite, la situation ayant évolué depuis l'entrée en vigueur des méthodes de calcul des loyers, n'a pourtant pas abouti. Quant à la

jurisprudence limitant l'adaptation des fonds propres au renchérissement à 40 % de l'investissement total, sans égard aux fonds propres effectivement investis par le bailleur, l'initiative parlementaire du Conseiller national Olivier Feller la taxe d'arbitraire, réclamant une revalorisation de la totalité des fonds propres.

Des critiques et/ou changements de système de calcul ont également été proposés en doctrine. Il a notamment été mis l'accent sur les résultats abusifs auxquels aboutit souvent le calcul de rendement (ROGER WEBER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7^e éd. 2020, n° 13 ad art. 269 CO), sur son inadéquation avec la réalité économique et l'inégalité de traitement entre les propriétaires de longue date et ceux qui viennent d'acquérir un immeuble (BEAT ROHRER, in Das schweizerische Mietrecht, 4^e éd. 2018, n° 8 ad art. 269 CO), sur les exigences des directives de l'Association suisse des banquiers qui préconisent de n'accorder des prêts hypothécaires au taux du marché que si les revenus locatifs se situent entre 4,5 et 5 % et sur les difficultés auxquelles font face les caisses de prévoyance professionnelle qui doivent servir des rentes à leurs assurés (MARK MÜLLER, La fixation du taux de rendement net admissible des fonds propres: pour un changement de jurisprudence, CdB 2016 p. 6 s.).

La jurisprudence rendue en 1986 et 1994 visait pourtant bien à permettre au bailleur de percevoir un rendement convenable du capital qu'il avait investi, lequel doit tenir compte notamment des risques qu'il encourt (défaut de paiement du loyer, locaux demeurant vides, etc.), ce qui n'est plus le cas dans la conjoncture actuelle.

Dans cette perspective et dans le respect du système de couplage des loyers au taux hypothécaire de référence, voulu par le législateur quand bien même ce terme-ci ne figure pas dans le texte légal (cf. toutefois art. 13 OBLF; ATF 133 III 61 consid. 3.2.3 p. 74), il y a lieu d'admettre que les conditions pour un réexamen de la jurisprudence portant sur les deux éléments que le Tribunal fédéral a lui-même posés, à savoir le pourcentage de fonds propres à revaloriser et le pourcentage de rendement en sus du taux hypothécaire de référence, sont remplies.

8.3 En ce qui concerne l'adaptation des fonds propres au renchérissement – c'est-à-dire au coût de la vie selon l'indice suisse des prix à la consommation –, le Tribunal fédéral l'avait limitée en 1994 à 40 % de ceux-ci, estimant que l'art. 269a let. e CO ne garantissait au bailleur que la compensation du renchérissement "pour le capital

exposé aux risques" et que l'art. 16 OBLF la plafonnait à 40 %, dès lors que la vente d'un bien-fonds permettait de recouvrer 60 % du prix de revient de l'immeuble, que des prêts hypothécaires pouvaient être obtenus pour ce pourcentage et que cette part était à l'abri des risques et n'avait donc pas à être indexée. Il avait ainsi voulu assurer une certaine cohérence entre la méthode dite relative et la méthode dite absolue de fixation des loyers et éviter que les loyers de deux immeubles identiques ne diffèrent selon que l'un est entièrement financé par des fonds propres et l'autre hypothéqué à 60 % (ATF 120 II 100 consid. 5b p. 102 s.).

Cette jurisprudence, qui s'écartait de la jurisprudence antérieure (ATF 117 II 77 consid. 3 a/dd p. 82: "le capital à prendre en considération correspond aux fonds propres effectivement investis et non au rapport théorique fixe (40 %) entre les fonds propres et les fonds étrangers", approuvé par BERNARD CORBOZ, SJ 1991 p. 311; ATF 112 II 149 consid. 3 p. 153-156) et qui a été rendue dans un contexte de hausse des taux d'intérêts hypothécaires, a été appliquée sans discussion depuis (ATF 123 III 171 consid. 6a p. 174; 122 III 257 consid. 3a p. 258; 120 II 302 consid. 6a p. 304; arrêts 4A_17/2017 consid. 2.1.1; 4C.85/2002 du 10 juin 2002 consid. 2b), en dépit des critiques émises par une partie de la doctrine (cf. notamment PETER HIGI, Zürcher Kommentar, 4^e éd. 1998, n^{os} 190 ss ad art. 269 CO; ROHRER, op. cit., n^{os} 23-25 ad art. 269 CO; approuvant la jurisprudence: LACHAT/STASINY, Le bail à loyer, 2019, p. 542 n. 95 et les références; WEBER, op. cit., n^o 9 ad art. 269 CO).

Aux termes de l'art. 269a let. e CO, ne sont en règle générale pas abusifs les loyers qui ne compensent que le renchérissement pour le capital exposé aux risques. Concrétisant cette disposition, l'art. 16 OBLF dispose que l'augmentation de loyer visant à compenser le renchérissement pour le capital exposé aux risques au sens de l'art. 269a let. e CO ne peut dépasser 40 % de la hausse de l'indice suisse des prix à la consommation. Ces dispositions admettent que la hausse de loyer n'est pas abusive, selon cette formule standardisée qui se base sur une estimation théorique entre les fonds propres et les fonds étrangers, dans l'application de la méthode relative, qui tient compte de la modification des bases de calcul depuis la dernière fixation du loyer: en effet, selon sa lettre, l'art. 16 OBLF admet que le loyer (et non les fonds propres) soit augmenté de 40 % de la hausse de l'indice suisse des prix à la consommation. Appliquer cette proportion standardisée, adoptée pour faciliter le calcul des hausses de loyer ad-

missibles, revient, dans le cadre du contrôle concret du rendement net selon la méthode absolue, à mélanger des critères fondamentalement différents. Le bailleur doit pouvoir percevoir un loyer qui couvre ses charges et lui procure un rendement convenable du capital propre qu'il a investi, tout en maintenant le pouvoir d'achat de celui-ci.

⇒ Par conséquent, la limitation de la revalorisation à seulement 40 % des fonds propres, sans égard aux fonds propres réellement investis, ne peut être maintenue. Si elle avait pu apparaître, à certains, justifiée dans le contexte d'une forte augmentation des taux hypothécaires, respectivement de l'inflation pour limiter la hausse des loyers, elle perd son sens dans le cadre d'un calcul concret selon la méthode absolue et dans les circonstances actuelles. Il y a donc lieu d'admettre que le 100 % des fonds propres investis doivent être réévalués selon l'indice suisse des prix à la consommation.

8.4 En ce qui concerne le taux de rendement admissible des fonds propres réévalués, il a été fixé en 1986 à 0,5 % en sus du taux hypothécaire de référence, qui était à l'époque de 5,5 %, et ce par confirmation du demi pourcent retenu par la cour cantonale, ce qui amène à considérer que le Tribunal fédéral considérait à l'époque qu'un taux de 6 % de rendement n'était pas excessif. Le taux hypothécaire de référence a atteint 7 % en août 1992; on ignore si le Tribunal fédéral aurait alors maintenu une augmentation de 0,5 % ou s'il n'aurait pas introduit un taux plafond ou renoncé à toute augmentation en sus du taux hypothécaire de référence.

En l'occurrence, depuis le 1^{er} mars 1995, le taux d'intérêt hypothécaire de référence a continuellement baissé jusqu'à atteindre actuellement 1,25 %, de sorte que le rendement ainsi calculé aboutit à un loyer qui n'est plus en rapport avec la mise à disposition de l'usage de l'habitation et qui est insuffisant pour les caisses de pension qui doivent servir des rentes à leurs assurés et pour les propriétaires immobiliers qui courent aussi des risques (défaut de paiement du loyer, locaux demeurant vides, etc.).

Dans son initiative parlementaire, le Conseiller national Olyvier Feller demande un rendement de 2 % en sus du taux hypothécaire de référence, soit actuellement 3,25 % (2 % + 1,25 %). En doctrine, il a été proposé d'admettre un taux de 1 à 2 % en sus du taux hypothécaire de référence et de garantir au bailleur un taux plancher minimum de 5 % ou encore un taux de rendement proche de 5 % (PIERRE

STASTNY, Questions choisies en matière de droit du bail, Plaidoyer 3/2017 p. 39 n. 23 et les références citées). D'autres auteurs proposent une refonte complète du système, question qui n'est pas du ressort du Tribunal fédéral, chargé de contrôler, sur action en contestation du locataire, si le rendement net est excessif (art. 269 CO), mais du législateur.

A titre de comparaison, il y a lieu de relever que, pour les constructions récentes (de moins de 10 ans en général), les bailleurs peuvent reporter entièrement les coûts sur les loyers: le calcul n'est pas basé sur le rendement net, mais sur le rendement brut admissible (art. 269a let. c CO, introduit en 1989), qui est en principe supérieur de 2 % par rapport au taux hypothécaire de référence, ce qui donnerait pour l'appartement litigieux un taux de 3,5 % (LACHAT/STASTNY, op. cit., p. 620 n. 6.7; avis du Conseil fédéral du 11 février 2015 au sujet de l'interpellation n° 14.4246 du Conseiller national Hugues Hiltbold).

Dans le contexte du contrôle des loyers institué par le droit public, qui s'étend à toute la durée du contrôle, l'arrêt 1C_471/2018 du 7 novembre 2019 rendu sur nouveau recours après renvoi par l'arrêt 1C_500/2013 du 25 septembre 2014, au sujet duquel le Conseil fédéral attendait des clarifications de la part des juges, n'a pas apporté d'éléments supplémentaires dès lors que, dans le cas litigieux, le rendement ne dépassait que de 0,31 % la limite de 0,5 % découlant de la jurisprudence relative à l'art. 269 CO (consid. 2).

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de fixer le taux admissible à 2 % en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2 %.

8.5 En l'espèce, le 100 % des fonds propres investis par la bailleuse doit être réévalué selon l'indice suisse des prix à la consommation, soit, selon le chiffre retenu par la cour cantonale de 4,7 %, de 54'005'477 fr. 60 (51'546'700 fr. + (51'546'700 fr. [valeur au 17 décembre 2003] x 4,77 % [indice de 101.0 en mai 2017, base 2015 – 96,4 en novembre 2003, base 2015 / 96,4 x 100])).

Le taux hypothécaire de référence étant de 1,5 % à la date déterminante, le rendement admissible est de 3,5 %, soit un montant de 1'890'191.70 (54'005'477 fr. 60 x 3,5 %).

Les charges courantes et d'entretien se montant à 490'287 fr. par an, le rendement annuel net admissible est de 2'380'478 fr. 70 (1'890'191 fr. 70 + 490'287 fr.). La surface locative totale étant de

14'443 m², le loyer par m² et par an est donc de 164 fr. 82 (2'380'478 fr. 70 / 14'443), ce qui donne un loyer annuel pour l'appartement litigieux de 16'646 fr. 70 (164 fr. 82 x 101), soit un loyer mensuel de 1'387 fr. 25, arrondi à 1'390 fr.

8.6 Pour les places de parc, le calcul aboutit au montant de 72 fr. 80, arrondi à 73 fr. (164 fr. 82 x 13,25 x 2/5 / 12).

9. A titre principal, la recourante semble soutenir que le fait que le loyer est réduit de 2'190 fr. à 900 fr. est choquant et que cela devrait justifier l'application non pas de statistiques officielles au sens de l'art. 11 al. 4 OBLF mais de données statistiques cantonales ou communales. Or, selon les données statistiques vaudoises, le loyer moyen d'un 4 pièces serait de 1'617 fr. par mois en 2015 et de 1'633 fr. en 2016, sans tenir compte de la situation concrète de l'appartement. La recourante en déduit qu'un loyer mensuel moyen de 1'850 fr. pour un 4,5 pièces dans le canton de Vaud en 2016 serait raisonnable et que le loyer auquel elle prétendait en appel, soit 1'950 fr. par mois, serait équitable. Il en irait de même pour les places de parc.

Dès lors que les juges cantonaux sont parvenus à calculer le rendement net de l'immeuble sur la base des documents qu'ils se sont procurés et des témoignages, calcul que la Cour de céans a modifié ci-dessus sur deux points, on ne peut pas s'en écarter en utilisant les statistiques cantonales ou communales – non officielles au sens de l'art. 11 al. 4 OBLF –, comme le voudrait la bailleresse recourante. Celle-ci invoque à tort l'impossibilité de calculer le rendement net, son grief relatif au prix de revient étant rejeté dans la mesure où il est recevable. En l'état, selon la jurisprudence, ce n'est que lorsque le loyer convenu est nul, faute d'utilisation ou de précision suffisante de la formule officielle, obligatoire dans certains cantons lors de la conclusion d'un nouveau bail (art. 270 al. 2 CO; ATF 140 III 583 consid. 3.2 et 3.3 p. 587-591; arrêt 4A_211/2020 du 25 août 2020 consid. 2 et les arrêts cités) et qu'il n'est pas possible de faire un calcul sur la base de la valeur de rendement, que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation plus étendu, étant autorisé à se référer notamment aux données statistiques cantonales ou communales disponibles – même si elles ne satisfont pas aux exigences de l'art. 11 al. 4 OBLF – et à son expérience (arrêt 4A_211/2020 précité consid. 6 et les arrêts cités).

Bundesgericht

Tribunal fédéral

Tribunale federale

Tribunal federal



4A_183/2020

Urteil vom 6. Mai 2021
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Kiss, Niquille,
Bundesrichter Rüedi,
Bundesrichterin May Canellas,
Gerichtsschreiber Gross.

Verfahrensbeteiligte

A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg P. Müller,
Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Petazzi,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Anfechtung Anfangsmietzins, Orts- und Quartier-
üblichkeit,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des
Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 2. März 2020
(NG190019-O/U).

Sachverhalt:

B > — ← A
Locatari VB
[1'060.-
 55.-
 no.-
[738.-
Lager umsch

A.
Mit Mietvertrag vom 30. März bzw. 4. April 2017 mietete B. _____ (Mieterin, Beschwerdegegnerin) von der A. _____ AG (Vermieterin, Beschwerdeführerin) per 16. April 2017 eine 2-Zimmerwohnung (4. OG) an der U. _____ strasse in V. _____. Vereinbart wurde ein monatlicher Nettomietzins von Fr. 1'060.-- zuzüglich einer Akontozahlung von Fr. 55.-- für Heiz- und Warmwasserkosten sowie von Fr. 110.-- für Betriebskosten. Mit Formular vom 30. März 2017 teilte die Vermieterin der Mieterin den von der Vormieterin zuletzt geschuldeten sowie den neuen Mietzins mit. Der frühere Nettomietzins belief sich auf monatlich Fr. 738.-- (bei gleichen Akontozahlungen für Nebenkosten). Zur Begründung der Mietzinserhöhung führte die Vermieterin eine "Anpassung an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse" an.

B.
Mit Eingabe vom 2. Mai 2017 stellte die Mieterin bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich das Begehren, es sei der Anfangsmietzins für missbräuchlich zu erklären. Nachdem an der Schlichtungsverhandlung keine Einigung erzielt werden konnte, unterbreitete die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag. Dieser wurde von der Vermieterin abgelehnt, worauf ihr die Klagebewilligung erteilt wurde. Mit Klage vom 14. September 2017 beantragte die Vermieterin beim Mietgericht Zürich, es sei der Anfangsmietzins von netto Fr. 1'060.-- pro Monat für die von der Mieterin gemietete 2-Zimmerwohnung (4. OG) in der Liegenschaft U. _____ strasse, V. _____, kostenfällig als nicht missbräuchlich zu erklären. Eventualiter sei der vom Gericht als nicht missbräuchlich erachtete Nettomietzins für die Wohnung gerichtlich festzulegen.

Zur Begründung der Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses reichte die Vermieterin ein Privatgutachten von Prof. Dr. C. _____ von der Hochschule X. _____ ins Recht und offerierte insgesamt 23 Vergleichsobjekte, die hinsichtlich Lage, Grösse, Bauperiode, Ausstattung und Zustand mit der von der Mieterin gemieteten Wohnung vergleichbar seien und für die durchwegs ein höherer Nettomietzins bezahlt werde. Die Mieterin stellte die Vergleichbarkeit der Objekte in Abrede.

Mit Urteil vom 26. August 2019 erklärte das Mietgericht den monatlichen Nettomietzins von Fr. 1'060.-- als missbräuchlich und setzte

diesen rückwirkend per Mietbeginn auf Fr. 855.-- fest (zzgl. einer monatlichen Akontozahlung von insgesamt Fr. 165.--).

Eine dagegen gerichtete Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 2. März 2020 ab.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 27. April 2020 beantragt die Vermieterin dem Bundesgericht, das angefochtene Urteil des Obergerichts vom 2. März 2020 sei kostenfällig aufzuheben und demgemäss sei der Anfangsmietzins von netto Fr. 1'060.-- pro Monat für die von der Beschwerdegegnerin gemietete 2-Zimmerwohnung (4. OG) in der Liegenschaft U. _____ strasse, V. _____, als nicht missbräuchlich zu erklären. Eventualiter sei die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und neuer Entscheidung an das Obergericht oder das Mietgericht zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde kostenfällig abzuweisen und das Urteil des Obergerichts zu bestätigen. Das Obergericht hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Vor-

aussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

2.

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (BGE 141 III 564 E. 4.1; 135 II 356 E. 4.2.1). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidewesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 134 II 244 E. 2.2).

3.

Unbestritten ist, dass es sich bei der vermieteten Liegenschaft mit Baujahr 1933, welche die Beschwerdeführerin 1948 erworben hat, um eine Altbaute handelt. Umstritten ist hingegen, ob der vereinbarte Anfangsmietzins gemäss Art. 269a lit. a OR im Rahmen der orts- und quartierüblichen Mietzinse liegt. Dabei ist namentlich umstritten, wer vorliegend den Beweis für die Quartierüblichkeit zu erbringen hatte.

3.1

3.1.1 Gemäss Art. 270 Abs. 1 OR kann der Mieter den Anfangsmietzins anfechten und dessen Herabsetzung verlangen, wenn der betreffende Betrag missbräuchlich im Sinne von Art. 269 und Art. 269a OR

ist, namentlich wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird (Art. 269 OR). Mietzinse sind in der Regel nicht missbräuchlich, wenn sie im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen (Art. 269a lit. a OR).

Die Kontrolle der Zulässigkeit des Anfangsmietzinses kann nur mithilfe der absoluten Methode vorgenommen werden; mit dieser kann konkret überprüft werden, ob der Mietzins der Vermieterin mit Blick auf die von ihr zu tragenden Kosten oder die Marktpreise keinen übersetzten Ertrag verschafft (BGE 147 III 14 E. 4.1 mit Hinweisen). Bei Attilien hat das Kriterium der orts- und quartierüblichen Mietzinse Vorrang gegenüber dem Kriterium des Nettoertrages (BGE 139 III 13 E. 3.1.2; 124 III 310 E. 2b S. 312 *in fine*; Urteil 4A_400/2017 vom 13. September 2018 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 144 III 514).

3.1.2 Um die orts- und quartierüblichen Mietzinse zu bestimmen, ist gemäss Art. 11 der Verordnung vom 9. Mai 1990 über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG; SR 221.213.11) auf die Mietzinse für Wohnräume abzustellen, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind (Abs. 1). Ausser Betracht fallen Mietzinse, die auf einer Marktherrschaft durch einen Vermieter oder eine Vermietergruppe beruhen (Abs. 3). Amtliche Statistiken sind zu berücksichtigen (Abs. 4).

Für einen Nachweis der Quartierüblichkeit durch Statistiken (Art. 11 Abs. 4 VMWG) müssen diese den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG entsprechen. Der Gebrauch einer amtlichen Statistik kommt demnach grundsätzlich nur in Frage, wenn diese Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode der erfassten Objekte gebührend berücksichtigt (BGE 147 III 14 E. 4.1.2.2; 114 II 361 E. 3).

Die quartierüblichen Mietzinse dürfen nicht aufgrund eines Gesamteindrucks bestimmt werden, sondern der Richter hat sich an die in Art. 11 VMWG vorgegebenen und in der Rechtsprechung präzisierten Kriterien zu halten, nämlich entweder offizielle Statistiken, die den jüngsten Entwicklungen der Mietzinse Rechnung tragen, oder mindestens fünf Vergleichsobjekte, die in Bezug auf die in Art. 11 Abs. 1 VMWG genannten Aspekte mit dem strittigen Mietobjekt vergleichbar sind; zudem ist die jüngste Entwicklung von den Mietzinsen der Vergleichsobjekte mit Blick auf den Referenzzinssatz und den Landesindex der Schweizerischen Konsumentenpreise zu berücksichtigen (BGE 147 III 14 E. 4.1.2.1 mit Hinweisen; 141 III 569 E. 2.2.1 und E. 2.2.3).

hine
3.1.3 Die Vorinstanz hielt fest, weder die Beschwerdeführerin noch die Beschwerdegegnerin habe geltend gemacht, dass für die Stadt Zürich amtliche Statistiken gemäss Art. 11 Abs. 4 VMWG existieren würden, welche den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG genügen. Damit verbleibt die Methode mit den fünf Vergleichswohnungen, was auch zwischen den Parteien unbestritten ist. Umstritten ist hingegen die Frage der Beweislastverteilung.

3.2

durink
3.2.1 Gemäss BGE 139 III 13 ist Rechtsmissbrauch eine rechtshindernde Tatsache, für welche die Beweislast der Gegenpartei des Rechtsinhabers obliegt, woraus sich ergibt, dass die Beweislast betreffend die Missbräuchlichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses vom Mieter zu tragen ist, wenn die Vermieterin sich im amtlichen Formular auf die quartierüblichen Mietzinse berufen hat, um die Erhöhung des Mietzinses gegenüber demjenigen des Vormieters zu rechtfertigen (BGE 139 III 13 E. 3.1.3.2). Der Nachweis der fünf Vergleichsobjekte, die in Bezug auf die in Art. 11 Abs. 1 VMWG genannten Aspekte mit dem strittigen Mietobjekt vergleichbar sein müssen, obliegt somit bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses dem Mieter.

3.2.2 In BGE 139 III 13 hat das Bundesgericht im Falle erheblicher Mietzinserhöhungen diesen Grundsatz aber gleichzeitig abgeschwächt. Eine Mietzinserhöhung von 43.61 % im Vergleich zum vorherigen Mietzins wurde vom Bundesgericht als massiv erachtet. Es sei ersichtlich, dass die gegenwärtige Wirtschaftslage ("conjuncture économique actuelle"; Entwicklung des Referenzzinssatzes bzw. der Schweizerischen Konsumentenpreise) eine solche Mietzinserhöhung nicht rechtfertige (BGE 139 III 13 E. 3.1.4). Gemäss BGE 139 III 13 hat die Vermieterin in diesem Fall die Pflicht, Gegenbeweise anzubieten und zu beweisen, dass es sich trotz des Anscheins um einen Ausnahmefall handelt, mithin der Anfangsmietzins nicht missbräuchlich ist. Nach Treu und Glauben müsse die Vermieterin bei der Beweiserhebung loyal mitwirken, indem sie alle in ihrem Besitz befindlichen Unterlagen vorlege, die zur Überprüfung des von ihr im amtlichen Formular angeführten Erhöhungsgrundes nötig seien (BGE 139 III 13 E. 3.2). Nach dem Gesagten sei die Vermieterin verpflichtet gewesen, bei der Beweiserhebung mitzuwirken und mindestens fünf Vergleichsobjekte beizubringen, die ähnliche Merkmale gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG wie die gemietete Sache aufweisen würden (BGE 139 III 13 E. 3.3).

9
3.2.3 Die dargelegte Rechtsprechung wurde zuletzt im Urteil 4A_191/2018 vom 26. März 2019 E. 3.3.3 wiedergegeben, wobei ins-

2
3
1
2
3
besondere auch auf kritische Stimmen in der Lehre verwiesen wurde. Auch im Urteil 4A_400/2017 E. 2.2.2.2, nicht publ. in: BGE 144 III 514 und im Urteil 4A_295/2016 vom 29. November 2016 E. 5.3.1 wurde die dargelegte Rechtsprechung erläutert. Eine Anwendung der Rechtsprechung musste allerdings in allen drei Urteilen nicht erfolgen. Im Urteil 4A_191/2018 kam das Bundesgericht zum Schluss, die Vorinstanz habe zu Recht das Kriterium des übermässigen Nettoertrags angewandt (zit. Urteil 4A_191/2018 E. 4.1), in BGE 144 III 514 war nur zu beurteilen, ob eine Altbaute vorlag, und im Urteil 4A_295/2016 entsprach die vom neuen Mieter zu bezahlende Miete derjenigen, die der Vormieter bezahlt hatte (zit. Urteil 4A_295/2016 E. 5.3.1). Eine Anwendung der Rechtsprechung erfolgte aber im [am selben Tag wie BGE 139 III 13 ergangenen] Urteil 4A_475/2012 vom 6. Dezember 2012).

3.3 Die Tragweite von BGE 139 III 13 ist in der Lehre umstritten.

3.3.1 So führt KOLLER aus, die beweisrechtlichen Erwägungen des Bundesgerichts seien unklar: Zum einen spreche es von einer Pflicht der Vermieterin zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung, zum andern führe es aus, der Vermieterin obliege der Gegenbeweis. Das stelle mehr dar, als eine blosser Mitwirkung bei der Beweiserhebung (vgl. THOMAS KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, ZBJV 139/2014 S. 917 ff., 943). BOHNET/JEANNIN erwägen, ihnen scheine, dass das Bundesgericht eine Vermutung eingeführt habe, wonach gewisse Anfangsmietzinse missbräuchlich seien, und das Urteil somit auf die Frage nach der Mitwirkungspflicht des Vermieters keine Antwort enthalte (BOHNET/JEANNIN, Beweislast und Mitwirkungspflicht im Verfahren um Anfechtung des Anfangsmietzinses, in: Festschrift für Thomas Koller, 2018, S. 59 ff., 69). Auch KOLLER führt aus, die Erwägungen des Bundesgerichts, wonach die Mietzinserhöhung mit Sicherheit ("très certainement") missbräuchlich sei, weshalb die Vermieterin an der Beweiserhebung mitzuwirken habe, könnten so interpretiert werden, dass die klar missbräuchliche Mietzinserhöhung – ermittelt nach der relativen Methode – eine Vermutung dafür bilde, dass der neue Mietzins – ermittelt nach der absoluten Methode – missbräuchlich sei (KOLLER, 2013, a.a.O., S. 945). Im Gegensatz dazu geht WEBER von einer blossen Mitwirkungsobliegenheit aus (ROGER WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Aufl. 2019, N. 13a und N 13c zu Art. 270 OR).

Im zitierten Urteil 4A_400/2017 E. 2.2.2.2, nicht publ. in: BGE 144

III 514, nahm das Bundesgericht seine Überlegungen in BGE 139 III 13 auf und hielt fest, werde der vereinbarte Anfangsmietzins erheblich erhöht, sei zu vermuten, dass der vereinbarte Mietzins als missbräuchlich anzusehen sei ("est présumé abusif"), sodass es der Vermieterin obliege, sich auf Vergleichselemente stützende Gegenbeweise zu erbringen ("incombe au bailleur d'apporter des contre-preuves fondées sur des éléments comparatifs"). Aus dieser Formulierung (vgl. auch bereits zit. Urteil 4A_295/2016 E. 5.3.1) ergibt sich, wie auch die Vorinstanz zu Recht annimmt, dass das Bundesgericht von einer eigentlichen Vermutung und nicht bloss von einer verstärkten Mitwirkungsobliegenheit ausgeht (vgl. THOMAS KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, ZBJV 144/2019 S. 529 ff., 533 f.; XAVIER RUBLI, Jurisprudence choisie en droit du bail, Plädoyer 2019 5 S. 28 ff., 29; vgl. PHILIPPE CONOD, Contestation du loyer initial; calcul de rendement net; âge d'un immeuble ancien, Newsletter bail.ch November 2018, S. 3). Nicht zutreffend ist der Hinweis von WEBER, wonach das Bundesgericht im Urteil 4A_461/2015 vom 15. Februar 2016 E. 3.3.1 klargestellt habe, dass es bloss um eine verstärkte Mitwirkungsobliegenheit gehe (WEBER, a.a.O., N. 13c zu Art. 270 OR). Das Urteil betrifft – anders als vorliegend – den Fall, in dem die dem Richter zur Verfügung stehenden Dokumente eine Bestimmung der Nettorendite nicht ermöglichten (zit. Urteil 4A_461/2015 E. 3.3). Diesbezüglich erwähnt das Bundesgericht die Konstellation, in der die Vermieterin sich weigere oder es ohne jegliche Rechtfertigung versäume, die in ihrem Besitz befindlichen Buchhaltungsunterlagen vorzulegen, womit sie ihre Mitwirkungspflicht verletze (zit. Urteil 4A_461/2015 E. 3.3.1).

Es ist somit präzisierend festzuhalten, dass bei einer erheblichen Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem Vormietverhältnis – über eine (verstärkte) Mitwirkungsobliegenheit hinaus – von einer tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit auszugehen ist.

3.3.2 Umstritten ist weiter, was im Hinblick auf die in BGE 139 III 13 begründete Vermutung der Missbräuchlichkeit als erhebliche Erhöhung des Anfangsmietzinses gilt. In BGE 139 III 13 ging es um eine massive Erhöhung von 43.61 % (BGE 139 III 13 E. 3.1.1). Im Urteil 4A_475/2012 ging es um eine Erhöhung von 28.97 % für die Wohnung, wobei zudem die Miete für den – mit separatem Vertrag gemieteten – Parkplatz um 75 % erhöht wurde (zit. Urteil 4A_475/2012 E. 2.1.1). BGE 139 III 13 erwähnt allerdings bereits eine Schwelle von 10 % ("[...] trouve tout son sens dans l'hypothèse où ce dernier, comme en l'espèce, a augmenté le nouveau loyer de plus de 10 % par rapport à l'ancien

loyer."; BGE 139 III 13 E. 3.2). Auch im Urteil 4A_400/2017 wird mit Verweis auf BGE 136 III 82 E. 3.4 eine Erhöhung von mehr als 10 % erwähnt (zit. Urteil 4A_400/2017 E. 2.2.2.2, nicht publ. in: BGE 144 III 514; vgl. auch bereits zit. Urteil 4A_295/2016 E. 5.3.1).

Ein Teil der Lehre schliesst daraus, die Vermutung der Missbräuchlichkeit gemäss BGE 139 III 13 greife bereits bei einer Mietzinserhöhung, welche 10 % überschreite (PETER ZAHRADNIK, Fragen im Zusammenhang mit der Anfechtung der Anfangsmiete und der Formularpflicht, mp 2014 S. 267 ff., 285 f.; RUBLI, a.a.O., S. 29 f.; BOHNET/JEANNIN, a.a.O., S. 69; CONOD, calcul de rendement net, a.a.O., S. 3; KOLLER, 2018, a.a.O., S. 533 f.). Auch WEBER führt aus, die Rechtsprechung des Bundesgerichts scheine sich in die Richtung zu entwickeln, dass dieses die Erheblichkeit im Zusammenhang mit der Missbrauchsüberprüfung gleichsetze mit der formalen Anfechtungsvoraussetzung nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR (WEBER, a.a.O., N. 13a zu Art. 270 OR).

In den nach BGE 139 III 13 ergangenen Urteilen (zit. Urteile 4A_400/2017 E. 2.2.2.2, nicht publ. in: BGE 144 III 514 und 4A_295/2016 E. 5.3.1) werden die 10 % zwar erneut erwähnt, aus dem Verweis auf BGE 136 III 82 E. 3.4 geht indes hervor, dass das Bundesgericht die 10 % in Bezug auf die formelle Voraussetzung für die Anfechtbarkeit des Anfangsmietzinses nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR heranzieht. Daraus kann nun aber nicht abgeleitet werden, dass eine Erhöhung von mehr als 10 % bereits als erhebliche Erhöhung gilt, welche die Vermutung der Missbräuchlichkeit gemäss BGE 139 III 13 greifen lässt. So werden im Übrigen im Urteil 4A_191/2018 die 10 % nicht mehr erwähnt (zit. Urteil 4A_191/2018 E. 3.3.3).

ROHRER, der die in BGE 139 III 13 begründete Vermutung per se ablehnt, und darin eine eigentliche Beweislastumkehr erblickt, argumentiert, soweit man aus BGE 139 III 13 ableiten möchte, die Vermutung greife schon dann, wenn der Mietzins gegenüber dem früher massgebenden Mietzins um mehr als 10 % angehoben werde, ergäbe sich die stossende Situation, dass die Vermieterin immer – und nicht nur im Ausnahmefall – den Beweis für die Zulässigkeit des Anfangsmietzinses zu erbringen hätte. Abgesehen von Ausnahmefällen fehle es ja bei einer Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem vom Vermieter bezahlten Mietzins um weniger als 10 % an der Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Anfechtungsrechts (BEAT ROHRER, Das schweizerische Mietrecht, 4. Auflage 2018, N. 54 zu Art. 270 OR). Diese Argumentation überzeugt, selbst wenn nicht von einer (eigentli-

chen) Beweislastumkehr ausgegangen werden kann (vgl. E. 4.1 hier- nach). Die in BGE 139 III 13 statuierte Vermutung der Missbräuchlich- keit bei einer massiven Mietzinserhöhung mildert die konkrete Beweis- führungslast des für die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses beweisbelasteten Mieters. Sie ist daher mit einer gewissen Zurückhal- tung anzunehmen und kann jedenfalls nicht mit den formellen Voraus- setzungen der Mietzinsanfechtung gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. b OR gleichgesetzt werden. Die Vermutung greift daher nicht bereits dann, wenn der Mietzins um 10 % erhöht wird. Vorausgesetzt ist vielmehr eine massive Erhöhung des Mietzinses von deutlich über 10 %, wel- che nicht durch die Entwicklung des Referenzzinssatzes bzw. der Schweizerischen Konsumentenpreise (vgl. BGE 139 III 13 E. 3.1.4) erklärt werden kann. Bei der vorliegend unbestrittenen Erhöhung um 44 % ist dies der Fall und es greift die Vermutung der Missbräuchlich- keit.

3.4 Die Vorinstanz erwog, gemäss dem Formular vom 30. März 2017, mit dem die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin beim Ab- schluss des Mietvertrages den Vormietzins sowie den neuen Mietzins mitgeteilt habe, sei der Nettomietzins gegenüber dem von der Vor- mieterin zuletzt (ab Mai 2011) bezahlten Mietzins von Fr. 738.-- auf Fr. 1060.-- (also um knapp 44 %) erhöht worden. Diese massive Erhö- hung lasse sich weder durch Entwicklungen des Referenzzinssatzes bzw. der Schweizerischen Konsumentenpreise noch durch die lange Dauer des Vormietverhältnisses erklären. Es gelinge der beweisbe- lasteten Beschwerdegegnerin damit der Nachweis des Anscheins der Missbräuchlichkeit (Vermutungsbasis), der im Ergebnis zu einer Um- kehr der Beweislast führe (Vermutung der Missbräuchlichkeit des Mietzinses als Vermutungsfolge). Es obliege demnach – so die Vorin- stanz – der Beschwerdeführerin, zu beweisen, dass der vereinbarte Anfangsmietzins den orts- und quartierüblichen Mietzinsen entspre- che. Zu diesem Zweck habe sie fünf mit der strittigen Wohnung ver- gleichbare Wohnungen darzulegen. Es sei an der Beschwerdeführerin, die hierfür notwendigen Eigenschaften der jeweiligen Vergleichsobjek- te substantiiert zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. Wei- che eine bestimmte Vergleichswohnung mit Bezug auf eines oder mehrere der relevanten Vergleichsmerkmale – über die jeweilige Tole- ranzgrenze hinaus – ab oder bestünden mit Bezug auf die Vergleich- barkeit bestimmter Wohnungen Unklarheiten, sei es aufgrund man- gelnder Substanziierung oder wegen Beweislosigkeit, so falle das jeweilige Vergleichsobjekt ausser Betracht. Lügen keine oder weniger als fünf vergleichbare Wohnungen vor, so habe der von der Beschwer- deführerin zu erbringende (Gegen-)Beweis der fehlenden Missbräuch-

Barben

lichkeit als gescheitert zu gelten und es sei von der Missbräuchlichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses auszugehen.

3.5 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vermutung der Missbräuchlichkeit greife nicht, wenn das Vormietverhältnis lange gedauert habe. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts seien Mietzinsanpassungen unter Berufung auf veränderte orts- oder quartierübliche Verhältnisse in einem sogenannt "laufenden" Mietverhältnis nur zulässig, wenn seit der letzten Mietzinsfestsetzung ein statistisch relevanter Zeitraum verstrichen sei. Eine knapp 20-jährige Vertragsdauer sei als lange Vertragsdauer zu qualifizieren. Wenn es während der Vertragsdauer des Vormietverhältnisses möglich gewesen wäre, den Mietzins angesichts einer ausreichenden statistisch relevanten Zeitspanne an veränderte orts- oder quartierübliche Verhältnisse anzupassen, so müsse dies erst recht bei der Neufestlegung des Anfangsmietzinses gelten. Dabei könne es nicht darauf ankommen, ob und in welchem Ausmass sich Kostenveränderungen ergeben haben könnten. In diesem Kontext sei schliesslich von Bedeutung, dass die Vormieterin der Beschwerdegegnerin am Ende der rund 20-jährigen Mietdauer gegenüber dem Mietzins zu Beginn (Fr. 862.-- netto pro Monat) gar noch rund Fr. 145.-- netto pro Monat weniger zu bezahlen gehabt habe. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, allein die in Prozenten ausgedrückte Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem von der Vormieterin bezahlten Mietzins schaffe eine Vermutung für dessen Missbräuchlichkeit. Ein Anschein der Missbräuchlichkeit könne trotz "erheblicher" Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem Vormietverhältnis und trotz rückläufigen relativen Kostenfaktoren (Referenzzinssatz und Teuerung) nicht aufrechterhalten werden, wenn das Vormietverhältnis während einer langen Dauer bestanden habe.

3.5.1 Die Vorinstanz hat die lange Dauer des Vormietverhältnisses erwähnt und kam zum Schluss, die massive Erhöhung lasse sich dadurch nicht erklären. Sie gibt in E. 3.5 denn auch die erstinstanzlichen Feststellungen wieder, wonach das Vormietverhältnis rund 20 Jahre gedauert habe und eine Mietzinsanpassung nach absoluter Methode nie erfolgt sei. *Nei* Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe übersehen dass das Mietverhältnis zwischen ihr und der Vormieterin sehr lange gedauert habe, ist ihre Rüge somit unbegründet.

3.5.2 Eine andere Frage ist, ob die Vorinstanz die lange Dauer des Vormietverhältnisses ihrer Bedeutung entsprechend gewürdigt hat.

Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, dass sich aus dem Sachverhalt, der BGE 139 III 13 zugrunde lag, nicht erkennen lässt, dass das Vormietverhältnis ebenfalls eine derart lange Dauer aufgewiesen und die Vermieterin den Mietzins während dieser langen Dauer nie nach absoluter Methode angepasst hat. Auch im Sachverhalt, der dem Urteil 4A_475/2012 zugrunde liegt, finden sich keine Hinweise auf ein lange dauerndes Vormietverhältnis. Schliesslich wird auch in den Urteilen 4A_191/2018, 4A_400/2017 (teilweise publ. in: BGE 144 III 514) sowie 4A_295/2016 die Bedeutung eines lange dauernden Vormietverhältnisses nicht thematisiert. Das Bundesgericht befindet vorliegend somit erstmals über die Bedeutung eines langen Vormietverhältnisses.

3.5.3 Es stellt sich vorab die Frage, bei welcher Zeitspanne überhaupt von einem langen Vormietverhältnis ausgegangen werden kann. Einen Anhaltspunkt dafür gibt die Rechtsprechung zur Mietzinsanpassung auf veränderte orts- oder quartierübliche Verhältnisse in einem sogenannten "laufenden" Mietverhältnis. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Vermieterin die Anpassung an die orts- oder quartierüblichen Mietzinse nur dann verlangen, wenn sich die Vergleichsmieten seit der letzten Mietzinsfestsetzung während eines statistisch erheblichen Zeitraumes verändert haben (BGE 118 II 130 E. 3b; Urteil 4A_669/2010 vom 28. April 2011 E. 5.1). In BGE 118 II 130 E. 3b wird dabei der Zeitraum von 5-7 Jahren erwähnt. Im Urteil 4A_669/2010 wurde ein Zeitraum von 7 Jahren als ein statistisch relevanter Zeitraum betrachtet, wobei festgehalten wurde, in der Lehre werde von einem Zeitraum von 3-7 Jahren seit der letzten Mietzinsfestsetzung als statistisch relevanter Zeitraum ausgegangen (zit. Urteil 4A_669/2010 E. 5.1 mit umfassenden Literaturhinweisen; vgl. auch Urteile 4C.40/2001 vom 15. Juni 2001 E. 4b und 4C.41/1997 vom 29. August 1997 E. 2b [Zeitraum von fünf Jahren]).

Damit ist für die Annahme eines langjährigen Vormietverhältnisses nicht von einer Zeitspanne unter 5-7 Jahren auszugehen. Allerdings erscheint es im vorliegenden Kontext aber auch deutlich zu kurz, bloss 5-7 Jahre genügen zu lassen für die Annahme eines langen Vormietverhältnisses. Vorliegend betrug das Vormietverhältnis gemäss vorinstanzlichen Feststellungen knapp 20 Jahre, womit jedenfalls von einem langjährigen Vormietverhältnis auszugehen ist. Dass die letzte Mietzinsfestsetzung im Vormietverhältnis vor weniger als 6 Jahren erfolgte – wie die Beschwerdegegnerin geltend macht – ändert daran nichts, zumal jedenfalls keine Anpassung nach absoluter Methode erfolgte. Allgemein scheint eine Dauer von 15-20 Jahren für die Annah-

me eines langjährigen Vormietverhältnisses angezeigt.

3.5.4 Die Beschwerdeführerin plädiert dafür, dass die Vermutung der Missbräuchlichkeit im Falle eines langjährigen Vormietverhältnisses nicht gelten soll. Dies hätte zur Folge, dass der Mieter die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses nachweisen müsste (vgl. hiervor E. 3.2.1), ohne dass er sich auf die Vermutung abstützen könnte.

In der Lehre wird BGE 139 III 13 dahingehend kritisiert, dass eine Vermieterin bei einer Neuvermietung nach einem langjährigen Vormietverhältnis – aufgrund der Schwierigkeit des Nachweises der 5 Vergleichsobjekte – den bisher sehr niedrigen Mietzins nicht deutlich und berechtigterweise erhöhen könne, wenn der Vormieter aufgrund der langen Dauer des Mietverhältnisses von einer Prämie ("prime pour bail de longue durée") profitiert habe (PHILIPPE CONOD, Contestation du loyer initial: fardeau de la preuve lorsque le bailleur s'est prévalu des loyers usuels du quartier [...], Newsletter bail.ch Februar 2013, S. 4; vgl. auch LAURENT BIERI, Le fardeau de la preuve des loyers usuels de la localité ou du quartier lors de la contestation du loyer initial, AJP 2014 S. 1399 ff., 1401 f.). Auch die Beschwerdeführerin macht geltend, wenn es während der Vertragsdauer des Vormietverhältnisses möglich gewesen wäre, den Mietzins angesichts einer ausreichenden statistisch relevanten Zeitspanne an veränderte orts- oder quartierübliche Verhältnisse anzupassen, so müsse dies erst recht bei der Neufestlegung des Anfangsmietzinses gelten.

Eine solche Anpassung setzt aber voraus, dass die Vermieterin den Mietzins nach Ablauf eines statistisch relevanten Zeitraums (vgl. hiervor E. 3.5.3) überhaupt hätte anpassen können, was eine Veränderung der Vergleichsmieten (Erhöhung des orts- oder quartierüblichen Mietzinsniveaus) seit der letzten Mietzinsfestsetzung bedingt (BGE 118 II 130 E. 3b). Auch wenn ein langes Vormietverhältnis vorliegt, ist somit nicht ohne Weiteres gesagt, dass die Vermieterin während dessen Dauer (mehrmals) eine Anpassung der Mietzinse an das orts- oder quartierübliche Mietzinsniveau hätte vornehmen können, wenn sie dies gewollt hätte. Damit kann aber auch im Falle eines langen Vormietverhältnisses nicht in jedem Fall gesagt werden, der Vormieter habe aufgrund der langen Dauer des Vormietverhältnisses von einer Prämie ("prime pour bail de longue durée") profitiert. Dennoch ist jedenfalls im Falle eines (stark) steigenden Mietzinsniveaus im Quartier bzw. Ort während der Dauer des Vormietverhältnisses wahrscheinlich,

dass der Vormietzins den aktuellen quartier- und ortsüblichen Mietzinsen nicht mehr entspricht.

Auch im Fall eines lange dauernden Vormietverhältnisses ist daher eine Lösung zu suchen, die den Interessen von Mieter und Vermieterin angemessen Rechnung trägt. Aus diesem Grund kann die Vermutung der Missbräuchlichkeit bei massiven Mietzinserhöhungen nicht allein deshalb keine Anwendung finden, weil ein langjähriges Vormietverhältnis (vgl. hiervor E. 3.5.3) vorliegt. Denn aufgrund der von der Vorinstanz zu Recht festgehaltenen notorischen Schwierigkeit, den Beweis der orts- und quartierüblichen Mietzinse zu erbringen, würde dies im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass dem Mieter bei langjährigem Vormietverhältnis die Anfechtung des Anfangsmietzinses faktisch verwehrt bliebe. Eine solche Lösung trägt dem Gedanken des Sozialschutzes im Mietrecht und dem Umstand, dass der Mietzins während des Vormietverhältnisses nicht in jedem Fall hätte angepasst werden können, nicht angemessen Rechnung. Dem Umstand eines langen Vormietverhältnisses ist vielmehr erst bei der Beurteilung, ob die Vermieterin begründete Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit geweckt hat, Rechnung zu tragen (vgl. hiernach E. 4.3.2).

3.5.5 Wie dargelegt (vgl. E. 3.3 hiervor), greift vorliegend die Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses, womit in einem nächsten Schritt zu prüfen ist, wie diese Vermutung erschüttert werden kann.

4.

4.1 Bei der Vermutung der Missbräuchlichkeit handelt es sich um eine tatsächliche Vermutung

Tatsächliche (oder natürliche) Vermutungen können sich in allen Bereichen der Rechtsanwendung ergeben. Es handelt sich dabei um Schlussfolgerungen, die aufgrund der Lebenserfahrung gezogen werden. Tatsächliche Vermutungen bewirken keine Umkehr der Beweislast zu Gunsten des Vermutungsträgers, sondern betreffen die Beweiswürdigung (BGE 130 II 482 E. 3.2 mit Hinweisen). Sie mildern die konkrete Beweisführungslast der beweisbelasteten Partei: Der Vermutungsträger kann den ihm obliegenden (Haupt-)Beweis unter Berufung auf die tatsächliche Vermutung erbringen (BGE 141 III 241 E. 3.2.2). Um die tatsächliche Vermutung zu entkräften, muss der Vermutungsgegner nicht den Beweis des Gegenteils antreten. Er kann sich mit

dem Nachweis von Zweifeln an der Richtigkeit der Indizien (Vermutungsbasis) oder der daraus gezogenen Schlussfolgerung (Vermutungsfolge) begnügen (vgl. BGE 141 III 241 E. 3.2.2; 135 II 161 E. 3 mit Hinweisen). Gelingt dies dem Vermutungsgegner, so greift die tatsächliche Vermutung nicht mehr und der Beweis ist gescheitert. Es stellt sich, sofern der Vermutungsgegner nicht weitergehend das Gegenteil beweist, die Beweislosigkeit ein, deren Folgen den beweisbelasteten Vermutungsträger treffen (BGE 141 III 241 E. 3.2.2 mit Hinweisen; Urteil 5A_182/2017 vom 2. Februar 2018 E. 3.2.2).

4.2 Entgegen der missverständlichen Formulierung in BGE 139 III 13 (E. 3.3 und E. 3.4) wonach es der Vermieterin nicht gelungen sei, zu beweisen, dass sich der angefochtene Mietzins in den Grenzen der orts- und quartierüblichen Mieten bewege, ist von der Vermieterin nicht der volle Beweis für die Nichtmissbräuchlichkeit des angefochtenen Mietzinses zu verlangen. Dies würde eine Umkehr der Beweislast oder eine rechtliche Vermutung voraussetzen (vgl. KOLLER, 2013; a.a.O., S. 943 und 945 f.; ebenso BEAT ROHRER, Anfechtung des Anfangsmietzinses, MietRecht Aktuell [MRA] 2013 S. 15 ff., 26; derselbe, a.a.O., N. 52 zu Art. 270 OR). Wie die Beschwerdeführerin aber zu Recht geltend macht, hält die Botschaft vom 27. März 1985 zur Revision des Miet- und Pachtrechts (BBI 1985 I 1389, 1491 Ziff. 526) ausdrücklich fest, dass der Mieter die Beweislast für die behauptete Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses trägt. Dafür, dass die Beweislast unter gewissen Umständen auf die Vermieterin überwältigt werden könne, enthält der Text der Botschaft keinen Anhaltspunkt. BGE 139 III 13 ist somit dahingehend zu präzisieren, dass es ausreicht, wenn die Vermieterin beim Gericht begründete Zweifel an der Richtigkeit der tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses weckt.

4.3

4.3.1 Um begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung zu wecken, ist beispielsweise denkbar, dass die Vermieterin Statistiken hinzuzieht, selbst wenn diese den Anforderungen gemäss Art. 11 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 VMWG (vgl. hiervor E. 3.1.2) nicht durchwegs genügen sollten bzw. es sich dabei nicht um amtliche Statistiken handelt. Nicht genügen kann jedenfalls, dass die Vermieterin bloss 1 oder 2 Vergleichsobjekte anführt (anderer Ansicht offenbar: BIERI, a.a.O., S. 1401 f.). Unter Umständen mag es ausreichen, dass die Vermieterin bloss 3 oder 4 Vergleichsobjekte aufführt, um begründete Zweifel an der Vermutung zu wecken, sofern beispielsweise zusätzlich eine Statistik, selbst wenn diese den Anforderungen gemäss VMWG nicht

durchwegs entspricht, oder andere Faktoren, die Orts- und Quartierüblichkeit indizieren. Auch ist an die Vergleichbarkeit der Objekte betreffend die relevanten Kriterien nicht der gleich strenge Massstab wie beim eigentlichen Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit anzulegen. Geht es doch in diesem Schritt nur darum, begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung der Missbräuchlichkeit zu wecken. Auch ein Privatgutachten kann dafür allenfalls geeignet sein.

4.3.2 Dabei ist auch dem Umstand eines lange dauernden Vormietverhältnisses von 15-20 Jahren (vgl. hiavor E. 3.5.3) angemessen Rechnung zu tragen. Die Vermutung der Missbräuchlichkeit soll jedenfalls nicht dazu führen, dass eine Vermieterin die Miete gegenüber der vom Vormieter bezahlten Miete nicht (entscheidend) erhöhen kann, obwohl eine solche Mietzinserhöhung aufgrund erheblich gestiegener Mieten im Quartier berechtigt wäre (vgl. BIERI, a.a.O., S. 1401; CONOD, fardeau de la preuve, a.a.O., S. 4.). Ein lange dauerndes Vormietverhältnis kann daher – für sich allein oder zusammen mit anderen Faktoren (vgl. hiavor E. 4.3.1) – ein gewichtiges Indiz sein, um begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung der Missbräuchlichkeit zu wecken.

4.3.3 Der kantonale Richter hat die von der Vermieterin dargelegten Indizien, einschliesslich der Vergleichsobjekte, unter Berücksichtigung seiner allgemeinen Lebenserfahrung und seiner Kenntnis des lokalen Marktes zu würdigen. Kommt er zum Schluss, die Vermieterin habe begründete Zweifel an der Vermutung geweckt, entfällt diese. In diesem Fall obliegt es dem Mieter, mithilfe von 5 Vergleichsobjekten bzw. einer amtlichen Statistik (vgl. hiavor E. 3.2.1 und E. 3.1.2) die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses nachzuweisen. Gelingt es der Vermieterin andererseits nicht, begründete Zweifel zu wecken, gilt zugunsten des Mieters die Vermutung der Missbräuchlichkeit. In diesem Fall steht der Vermieterin – im Sinne eines Beweises des Gegenteils – der Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit des Anfangsmietzinses offen. Die Anforderungen an die Vergleichsobjekte sind dabei die gleichen wie für den dem Mieter obliegenden Beweis der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses. Die Vermieterin hat fünf Vergleichsobjekte zu bringen, die mit dem Vergleichsobjekt betreffend die relevanten Aspekte vergleichbar sein müssen.

4.4 Soweit die Beschwerdeführerin über die obige Präzisierung hinaus, in Anlehnung an ROHRER (ROHRER, Anfechtung, a.a.O., S. 24 ff.; *derselbe*, a.a.O., N. 52 ff. zu Art. 270 OR), fundamentale Kritik an der mit BGE 139 III 13 begründeten tatsächlichen Vermutung äussert, sind

die Voraussetzungen einer Praxisänderung (vgl. BGE 135 III 66 E. 10; 132 III 770 E. 4; 127 II 289 E. 3a) nicht erfüllt.

Der Einwand, die Praxis führe zu einer unzulässigen Vermischung von absoluter und relativer Methode (so ROHRER, Anfechtung, a.a.O., S. 27 f.; *derselbe*, a.a.O., N. 53 zu Art. 270 OR), überzeugt nicht. WEBER führt zu Recht aus, dass das Bundesgericht auch Plausibilitätsüberlegungen angestellt und dabei auch auf den vom Vermieter zuletzt entrichteten Mietzins abgestellt habe, habe nichts mit der Anwendung der relativen Methode auf die Anfangsmietzinsanfechtung zu tun. Es gehe darum zu bestimmen, ob die Mietzinsfestsetzung bezogen auf eine mögliche Missbräuchlichkeit nach absoluten Kriterien verdächtig scheine oder nicht. Dabei gerate die Vermieterin nach der Wertung des Gesetzgebers ganz besonders bei einer erheblichen Erhöhung im Vergleich zum Vormietzins für die identische Gegenleistung in Erklärungsnot bezüglich der Gründe für eine Anpassung (WEBER, a.a.O., N. 13b zu Art. 270 OR; vgl. auch KOLLER, 2013, a.a.O., S. 945 f.). Auch der Hinweis, die Bezugnahme auf die relative Methode stehe im Widerspruch zum anerkannten Grundsatz, wonach die Überprüfung des Anfangsmietzinses nach absoluter Methode zu erfolgen habe, und bei Altbauten ausschliesslich auf die Orts- oder Quartierüblichkeit abzustellen sei, ist insoweit nicht einschlägig, als der orts- oder quartierübliche Mietzins auch gemäss BGE 139 III 13 nach absoluter Methode erfolgt. Es besteht nur – aber immerhin – eine tatsächliche Vermutung, dass bei einer massiven Erhöhung des Anfangsmietzinses von einer missbräuchlichen Mietzinserhöhung auszugehen ist. Die Bestimmung des orts- bzw. quartierüblichen Mietzinses erfolgt aber unbestrittenermassen nach absoluter Methode. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, dass eine tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit nicht mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar wäre. Die tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit bei einer massiven Erhöhung des Anfangsmietzinses trägt dem Sozialschutzgedanken des Mietrechts angemessen Rechnung.

4.5 Vorliegend hielt die Vorinstanz fest, die massive Erhöhung von 44 % lasse sich weder durch Entwicklungen des Referenzzinssatzes bzw. der Konsumentenpreise noch durch die lange Dauer des Vormietverhältnisses erklären (vgl. hiervor E. 3.4). Damit hat sie aber nicht geprüft, ob die Beschwerdeführerin begründete Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit im Sinne von E. 4.3 geweckt hat. Die vorinstanzlichen Ausführungen erfolgten vielmehr nur, um die prinzipielle Anwendbarkeit der Vermutung der Missbräuchlichkeit zu begründen. Die Vorinstanz erwog denn auch, die Vermutungsfolge sei

die Missbräuchlichkeit des Mietzinses. Es liege demnach eine Rechtsvermutung vor, und zwar in dem Sinne, dass der Nachweis des Anscheins der Missbräuchlichkeit (Vermutungsbasis) auf die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses als solche schliessen lasse (Vermutungsfolge), sodass es der Beschwerdeführerin obliege, Tatsachen zu beweisen, welche dessen Missbräuchlichkeit widerlegen würden. Die Vorinstanz geht somit davon aus, dass der Nachweis der Vermutungsbasis (Anschein der Missbräuchlichkeit) durch den Mieter stets ohne Weiteres auf die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses schliessen lasse, sodass es dann der Vermieterin obliege, Tatsachen zu beweisen, die dies (im Sinne eines Beweises des Gegenteils) widerlegen würden.

Entgegen der Vorinstanz reicht es aber aus, dass die Beschwerdeführerin Indizien darlegt, welche beim Richter begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung wecken. Die Vorinstanz wird somit anhand ihrer Kenntnis des lokalen Marktes zu beurteilen haben, ob die Beschwerdeführerin in diesem Sinne hinreichende Indizien nachgewiesen hat, um die tatsächliche Vermutung zu erschüttern. Dabei wird insbesondere auch zu berücksichtigen sein, dass die Beschwerdeführerin in einem Privatgutachten 23 Vergleichsobjekte aufgeführt hat, auch wenn diese nicht betreffend allen Kriterien gemäss Art. 11 VMWG dem Vergleichsobjekt entsprechen mögen. Ebenso wird die Vorinstanz zu berücksichtigen haben, dass das Vormietverhältnis fast 20 Jahre dauerte.

Gelangt die Vorinstanz zum Ergebnis, die Beschwerdeführerin habe begründete Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses geweckt, so entfällt diese. Diesfalls obliegt es der Beschwerdegegnerin, die Missbräuchlichkeit des Mietzinses mithilfe von 5 Vergleichsobjekten nachzuweisen (vgl. hiavor E. 3.2.1 und E. 3.1.2). Misslingt dies, liegt Beweislosigkeit vor, deren Folgen die beweisbelastete Beschwerdegegnerin treffen. Sollten die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Elemente hingegen nicht genügen, um die Vermutung zu entkräften, bleibt es zugunsten der Beschwerdegegnerin bei der Vermutung eines missbräuchlichen Mietzinses. Erst in diesem Fall stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin den Beweis des Gegenteils erbracht hat, das heisst, ob sie mithilfe von 5 Vergleichsobjekten die Orts- und Quartierüblichkeit des Anfangsmietzinses nachgewiesen hat.

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Das

angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. März 2020 ist aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird im Sinne der Erwägungen zu entscheiden haben, ob die Beschwerdeführerin begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung der Missbräuchlichkeit geweckt hat. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 sowie Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. März 2020 wird aufgehoben und die Sache wird zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. Mai 2021

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Hohl

Gross