

Quelques loyers variables et variations de loyer

par

Jean-Marc Siegrist

Avocat, Genève

I. Introduction.....	79
II. Le loyer proportionnel au chiffre d'affaires (ou au bénéfice) du locataire.....	82
A. Le cadre juridique	82
1. La situation sur le plan légal	82
2. Le cadre jurisprudentiel	83
3. La doctrine	88
B. En pratique	90
1. Les normes contractuelles.....	90
2. Les pourcentages applicables.....	96
C. Les perspectives	97
III. Le loyer proportionnel au revenu du locataire	98
A. Le cadre juridique	98
1. La situation sur le plan légal	98
2. Le cadre jurisprudentiel	98
a. Locaux commerciaux.....	98
b. Locaux d'habitation.....	100
3. La doctrine	103
B. La pratique	104
C. Les perspectives	108
IV. Le rabais provisoire de loyer.....	109
A. Lors de la conclusion du bail	109
B. En cours de bail.....	110

V. La fixation du nouveau loyer applicable à l'échéance d'un bail de longue durée.....	112
A. Le cadre général.....	112
B. En particulier.....	113
VI. Le bail comportant un échelonnement et une indexation du loyer ou vice-versa.....	114
A. Le cadre général.....	114
B. Le cadre jurisprudentiel.....	114
VII. Conclusion.....	118
Bibliographie.....	119

I. Introduction

1. Le titre du présent exposé nécessite indubitablement quelques explications.
En effet, les contrats de bail à loyer portant sur des biens immobiliers lient généralement leurs parties pour de nombreuses années, soit parce qu'ils sont conclus pour de longues durées, soit parce que leurs parties les ont renouvelés à répétées reprises.
Dans ce contexte général, le montant du loyer est appelé à être modifié, à la hausse ou à la baisse, au cours du temps, pour tenir compte de l'évolution de la conjoncture.
Ainsi et hormis dans quelques cas particuliers (bail de très longue durée prévoyant un loyer fixe, par exemple), les loyers des baux immobiliers sont, par essence, variables.
Les art. 269 et ss CO, certaines dispositions de l'OBLF et les différentes normes de droit cantonal applicables aux loyers contrôlés ont précisément été mis en place pour régler les modalités dans lesquelles les changements de montant du loyer peuvent intervenir.
Ce ne sont évidemment pas de ces réglementations dont il sera question ci-après.
2. L'expression de « loyers variables » figure comme titre de l'un des sous-chapitres de l'ouvrage « Les contrats spéciaux »¹.
Selon les auteurs de cet ouvrage, répondent à la définition de « loyers variables » ceux qui sont susceptibles d'être modifiés en cours de bail, pour une autre date que le prochain terme de résiliation.
Ces auteurs citent trois types de contrats qui permettent une variation du loyer en cours de bail, soit le bail comportant une clause d'indexation, le bail contenant une clause d'échelonnement et le bail partiaire.
3. Les loyers indexés et les loyers échelonnés ont d'ores et déjà donné lieu à de très nombreuses contributions ou exposés.

¹ TERCIER/FAVRE/BUGNON (in Tercier/Favre), p. 385.

L'utilisation de l'indexation ou d'un échelonnement ne s'avère, en général, pas problématique.

Les seules questions que ces deux genres de fixation du loyer ont posées portaient sur la fixation du loyer à l'échéance de la durée contractuelle prévue ; elles ont été résolues par le Tribunal fédéral dans des arrêts anciens². La solution adoptée par le Tribunal fédéral a consisté à admettre qu'à l'échéance d'un bail indexé ou échelonné, chacune des parties peut demander la révision du loyer en se fondant, à son choix, sur la méthode absolue ou sur la méthode relative³.

Cette solution n'est pas remise en cause, aujourd'hui, pour ce qui concerne le bail échelonné.

En revanche, cette solution fait parfois l'objet de critiques, voire de contestations, pour le bail indexé, en particulier lorsqu'en raison de longues périodes de renouvellement convenues, la clause d'indexation du loyer reste applicable pendant toute la durée effective de la relation contractuelle des parties.

Certains auteurs estiment que la solution retenue par le Tribunal fédéral dans son arrêt de principe⁴ était justifiée parce que, dans le cas jugé, le contrat, d'une durée initiale de 10 ans, se prolongeait ensuite d'année en année. La clause d'indexation du loyer prévue lors de la conclusion du bail n'était donc plus applicable dans le rapport contractuel des parties dès la fin de sa durée initiale. Le Tribunal fédéral devait donc statuer sur la méthode de calcul applicable pour juger de l'admissibilité d'une modification du loyer requise pour la date d'échéance de la clause d'indexation.

Ces auteurs soutiennent que, dans la mesure où la clause d'indexation demeure applicable (parce que le contrat le prévoit et que sa durée de tacite reconduction le permet), il n'y a alors pas lieu de permettre l'adaptation du loyer selon la méthode relative ou absolue à chaque échéance⁵.

² Pour un bail prévoyant un loyer indexé : ATF 123 III 76, cons. 2c ; pour un bail comportant un loyer échelonné : ATF 121 III 397, cons. b/bb.

³ LACHAT (Bail à loyer), p. 513 N 2.2.12 et p. 519 N 3.2.6.

⁴ ATF 123 III 76.

⁵ Co-SVIT, art. 269b CO, N 32 ; ZK-HIGI, art. 269b CO, N 115 qui énonce que « si le

Il convient toutefois de relever que jusqu'à ce jour, le Tribunal fédéral a maintenu sa jurisprudence sans faire de nuance selon que la clause d'indexation reste ou non applicable après le renouvellement du contrat.

Par souci de concision, l'auteur du présent exposé ne s'attardera donc pas plus, ici, sur les contrats de bail prévoyant des loyers indexés ou échelonnés.

4. En revanche, il a semblé important, dans la présente contribution, de traiter du thème du loyer partiaire – plus précisément du loyer proportionnel au chiffre d'affaires du locataire – qui n'a plus été abordé, pour lui-même, dans le présent séminaire depuis plus de 20 ans⁶ et qui n'est que rarement évoqué par la doctrine.

En effet, ce mode de fixation de loyer a connu un développement certain au cours de ces dernières années, car il est fréquemment utilisé non seulement dans les baux portant sur les établissements publics (cafés, restaurants, hôtels, dancings, etc.), mais également pour les boutiques en tout genre établies dans les aéroports internationaux, dans certaines gares et dans la plupart des grands centres commerciaux suisses, qui ont eux-mêmes connu un essor considérable durant la même période.

C'est le lieu de relever que, parfois – mais beaucoup plus rarement – les loyers peuvent également être fixés en fonction du bénéfice net réalisé par le locataire de locaux commerciaux⁷. Ceci étant et sous réserve de l'adaptation des normes contractuelles, les solutions adoptées ne devraient pas différer sensiblement que le loyer soit fixé en fonction du chiffre d'affaires ou selon le bénéfice réalisé par le locataire, de sorte que ce dernier mode de détermination du loyer ne fera pas l'objet d'une analyse spécifique ci-après.

5. Le loyer fixé en fonction du revenu obtenu par le locataire est une autre forme connue de loyer variable.

bail continue à être indexé, les bases de loyer demeurent les mêmes » ; BSK-WEBER, art. 269b CO, N 7.

⁶ RAYMOND JEANPRÊTRE, « Le loyer proportionnel au chiffre d'affaires du locataire (le bail partiaire) », 3^e séminaire sur le bail à loyer – Neuchâtel – 20 octobre 1984.

⁷ RICHARD BARBEY, L'arrêt fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, Payot, Lausanne 1984, p. 111 N 1.

Cette méthode est rarement employée pour la location de locaux commerciaux.

Pour ce qui concerne les baux d'habitations, ce mode de fixation du loyer est parfois appliqué par des collectivités publiques poursuivant un objectif de politique sociale du logement⁸.

D'emblée, il faut relever que ce mode de fixation du loyer n'a pas donné lieu à de nombreux cas de jurisprudence ni à de nombreux avis de doctrine.

Son examen n'est toutefois pas sans intérêt.

6. S'agissant de la question des variations de loyer, il est a priori intéressant de se pencher sur les situations suivantes :
 - Le rabais provisoire de loyer.
 - La fixation du nouveau loyer applicable à l'échéance du bail de longue durée.
 - Le bail comportant un échelonnement et une indexation du loyer ou vice-versa.

II. Le loyer proportionnel au chiffre d'affaires (ou au bénéfice) du locataire

A. Le cadre juridique

1. La situation sur le plan légal

7. Aucune disposition du droit suisse ne règle le sort du loyer fixé en fonction du chiffre d'affaires ou du bénéfice net réalisé par le locataire.
8. Toutefois, dans le dernier projet de révision du Code des obligations établi par le Conseil fédéral dans la perspective de modifier les dispositions du Code des obligations se rapportant à la protection contre les loyers abusifs⁹, il avait été décidé de prendre en compte l'existence des contrats de bail à loyer partiaires.

Plusieurs dispositions légales avaient donc été prévues à cet effet.

⁸ LACHAT (Bail à loyer), p. 501 N 10.2.

⁹ FF 2009 311 ss.

Ainsi, l'art. 269c lit. c du projet prévoyait-il que :

« Une augmentation du loyer en cours de bail n'est pas abusive si :

a. ...

c. Elle est fondée, dans le cas d'un bail commercial, sur une convention prévoyant que le loyer est fixé entièrement ou partiellement en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise ».

Quant à l'article 269h du projet, il retenait

- En son 2^e alinéa que :

« ² La modification (du loyer – c'est l'auteur des présentes qui ajoute cette précision) prend effet, sous réserve de l'art. 269d al. 5 :

a. ...

d. Dans le cas d'un loyer échelonné ou fixé en fonction du chiffre d'affaires : au terme convenu. ».

- Et en son alinéa 5 que :

« ⁵ Lorsque le loyer est augmenté selon un échelonnement convenu ou en fonction d'un chiffre d'affaires, une communication écrite suffit. ».

En bref, ces normes devaient codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral (examinée ci-après, ad B.).

9. Les Chambres fédérales ont accueilli le projet de révision du Code des obligations précité très fraîchement (pour d'autres motifs que l'introduction, dans le Code des obligations, des normes précitées). A deux reprises, le Conseil national a refusé d'entrer en matière sur ce projet de modification du CO qui, du coup, a été abandonné¹⁰.

2. Le cadre jurisprudentiel

10. Le Tribunal fédéral ne s'est prononcé qu'à une seule reprise, en 1990, à propos d'un contrat prévoyant la combinaison d'un loyer minimal fixe (en

¹⁰ HELEN ROHRBACH, L'évolution du droit du bail en Suisse de 1911 à nos jours, Office fédéral du logement OFL – Mai 2014, p. 17 N 7.5.

réalité, indexé à l'indice suisse des prix à la consommation ISPC) et d'un loyer proportionnel au chiffre d'affaires¹¹.

11. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a pris en considération les dispositions de l'AMSL et non celles du droit en vigueur aujourd'hui.

Ceci étant et dans la mesure où ni les dispositions de l'AMSL, ni celles du droit en vigueur aujourd'hui ne régissent le cas du loyer fixé proportionnellement au chiffre d'affaires du locataire, les solutions retenues par le Tribunal fédéral demeurent parfaitement pertinentes et valables aujourd'hui.

12. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt en cause, la locataire prétendait que la disposition prévoyant la fixation de son loyer en fonction du chiffre d'affaires qu'elle avait réalisé durant l'année écoulée s'avérait contraire aux dispositions impératives de l'AMSL protégeant les locataires contre les loyers abusifs.

A cet égard, le Tribunal fédéral a retenu que :

« b) Contrairement à ce que soutient la recourante, la clause de loyer proportionnel au chiffre d'affaires ne tombe pas sous le coup des art. 267e al. 2 CO et 11 AMSL. En effet, si ces dispositions prohibent les modifications de loyer par déclarations unilatérales du bailleur, elles ne visent, en revanche, pas les clauses prévoyant ou des modifications du contrat ou la façon dont doit être calculée ou exécutée une prestation à des conditions arrêtées par les cocontractants (cf. ATF 109 II 58 cons. 2b, JEANPRÉTRE, op.cit., p. 2-3, 5 ; BARBEY, L, arrêté fédéral...p. 112 et Vom Umsatz...p. 94).

Or, en l'espèce, la clause litigieuse ne confère pas à la bailleuse le droit d'augmenter le loyer en cours de bail selon son bon plaisir ; elle se réfère, au contraire, à une donnée objective – celle du chiffre d'affaires – qui doit nécessairement être respectée et prise en considération. »¹².

¹¹ ATF 116 II 587=SJ 1991 129 = (rés.) JdT 1991 I 191.

¹² ATF 116 II 587, 590, cons. 2b).

En adoptant ce principe, le Tribunal fédéral a expressément reconnu la faculté aux parties d'un contrat de bail commercial de prévoir l'adaptation du loyer en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire.

13. Un tel loyer n'échappe cependant pas totalement à la protection découlant des art. 269 et ss CO et 1 et ss OBLF.

Dans l'arrêt déféré au Tribunal fédéral, qui a donné lieu à la jurisprudence susvisée, la Cour cantonale avait retenu la solution selon laquelle les loyers fixés d'après le chiffre d'affaires échappaient totalement aux protections instaurées, à l'époque, par les art. 267^e CO et les normes de l'AMSL protégeant les locataires contre les loyers abusifs :

« Le principe de la soumission à l'AMSL du loyer proportionnel au chiffre d'affaires ne saurait être nié. Sont en effet soumis à cet arrêté d'une manière toute générale les loyers abusifs (art. 1^{er} AMSL) et les baux relatifs à l'usage de logements et de locaux commerciaux (art. 1^{er} al. 1 OSL). Aucune disposition légale n'aménage une exception pour les baux, commerciaux ou non, qui prévoient un loyer proportionnel au chiffre d'affaires. »¹³

14. Ceci étant, le Tribunal fédéral s'est ensuite penché sur la question de savoir si le loyer fixé en application d'un pour cent du chiffre d'affaires peut être contesté en cours de bail ou non.

Examinant la doctrine de l'époque, le Tribunal fédéral avait constaté que certains auteurs soutenaient que le locataire disposait du droit de s'opposer aux majorations d'un loyer fixé en fonction de son chiffre d'affaires et, le cas échéant, faire examiner si le pourcentage convenu entre ce chiffre d'affaires et le loyer est ou non abusif¹⁴.

Le Tribunal fédéral a écarté une telle solution assez sèchement :

« On ne voit pas sur quelle disposition légale, ni sur quel principe juridictionnel, les auteurs cités et la Cour cantonale genevoise peuvent se fonder pour admettre la contestation en cours de bail d'un loyer qui n'est ni indexé, ni échelonné. Dès lors qu'elle résulte expressément

¹³ ATF 116 II 587, 591, cons. 3.

¹⁴ RICHARD BARBEY, op.cit. p. 113 et 114 ; plus hésitant DAVID LACHAT/JACQUES MICHELLI, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 240.

d'une clause contractuelle, la méthode de fixation du loyer proportionnelle au chiffre d'affaires est une expression de la volonté commune des parties. En principe valable pour toute la durée du contrat, elle permet de fixer, en vertu d'un calcul fixe et précis, le loyer de l'année écoulée sur la base du résultat comptable de l'activité économique exercée par le locataire pendant ce laps de temps. Ainsi, contrairement à la clause d'indexation, le loyer proportionnel au chiffre d'affaires s'applique sans référence aucune à un loyer antérieur et reste même sans effet sur l'avenir du loyer. »¹⁵

Admettant qu'un tel loyer puisse, en quelque sorte, être assimilé à un loyer fixe, arrêté d'un commun accord par les parties lors de la conclusion du bail, le Tribunal fédéral en est arrivé à la conclusion, dans le même considérant de son arrêt, que :

« Par conséquent, le loyer proportionnel au chiffre d'affaires, et notamment le pourcentage convenu, ne peut pas être contrôlé, ni attaqué en cours de contrat. Tel ne pourra être le cas que dans les 30 jours dès la signature du contrat ou lors d'une éventuelle reconduction du bail, en application de l'art. 19 AMSL ou en vertu de l'art. 18 AMSL si la clause de loyer est modifiée à la hausse. »

Et le Tribunal fédéral de rajouter que :

« Dans cette dernière hypothèse seulement, le bailleur devra faire usage de la formule officielle. » (ibid).

15. Finalement, toujours dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a admis que la seule contestation ouverte au locataire dont le loyer est fixé en fonction du chiffre d'affaires est celle qui porte sur la manière dont le loyer a été calculé. A cet égard, le Tribunal fédéral a toutefois précisé :

« Une telle contestation est cependant étrangère à l'application de l'AMSL. Il s'agit d'un pur litige contractuel fondé sur l'exécution ou l'interprétation du contrat. »¹⁶

¹⁵ ATF 116 II 587, 592-593, cons. 3 b).

¹⁶ ATF 116 II 587, 593, cons. 5.

16. Les principes qui peuvent être déduits de cet arrêt sont les suivants :

- Les parties à un contrat de bail à loyer commercial peuvent valablement convenir que le loyer dû sera fixé en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire ou au moyen d'une combinaison prévoyant, en outre, un loyer minimal, lui-même indexé.
- En cours de bail, la détermination du loyer dû ne peut pas être remise en cause, sauf si elle résulte d'une erreur dans l'application de la formule mathématique choisie par les parties.
- La fixation du loyer déterminée en fonction de la règle adoptée par les parties ne suppose pas l'emploi d'une formule officielle.
- Dans le respect des conditions posées par l'art. 270 al. 1 CO, le locataire peut, dans les 30 jours qui suivent la réception de la chose louée, contester le loyer proportionnel au chiffre d'affaires, notamment le pourcentage convenu. Il peut en faire de même à l'occasion des échéances contractuelles, aux conditions de l'art. 270a CO. De son côté, le bailleur peut lui aussi solliciter une modification du pourcentage convenu, aux conditions posées par l'art. 269d CO, soit notamment en utilisant une formule officielle.

17. Dans un arrêt qu'il a rendu le 25 juin 1992¹⁷ dans une cause se rapportant à un contrat de bail commercial qui ne prévoyait pas la fixation du loyer en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire, le Tribunal fédéral a encore émis le principe suivant :

« Le preneur a l'obligation d'entretenir la chose et de la préserver contre les détériorations, mais, en général, pas celle d'en faire usage (SCHMID, Commentaire zurichois, 1997, no 9 ad art. 261a CO). Toutefois, une obligation d'usage peut être expressément prévue dans le contrat, ou résulter tacitement de celui-ci (par exemple d'une clause fixant le loyer d'après le chiffre d'affaires) ou encore s'avérer être une obligation contractuelle accessoire en vertu du principe de la confiance. C'est dans cette direction que la doctrine et la jurisprudence ont développé des règles particulières pour les baux commerciaux. Partant de l'idée qu'une activité commerciale apporte une clientèle et donc une valeur d'exploitation, le TF a reconnu au bailleur un intérêt propre, digne de protection, à ce que soit évitée toute diminution de

¹⁷ CdB 1/93, p. 21-23.

clientèle par suite d'une mauvaise exploitation de l'entreprise ou de la cessation de son activité ; corollairement, il a affirmé une obligation contractuelle du locataire d'exploiter l'entreprise (ATF 103 II 254, 68 II 239 cons. 2). La doctrine dominante partage cette opinion. ».

Le locataire de locaux commerciaux qui accepte que son loyer soit fixé en fonction de son chiffre d'affaires assume donc une obligation d'usage de ses locaux, qui le contraint à exercer régulièrement ses activités, plus spécialement à maintenir son commerce ouvert durant les horaires usuellement applicables à la branche commerciale à laquelle il appartient.

18. Bien qu'établis depuis plus de 25 ans, ces différents principes n'ont jamais été ni revus ni remis en cause.

3. La doctrine

19. La faculté pour les parties à un contrat de bail commercial de prévoir que le loyer sera établi en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire n'est pas critiquée par la doctrine.
20. En se fondant sur l'indication figurant dans l'arrêt précité du Tribunal fédéral, selon laquelle la fixation du loyer en fonction du chiffre d'affaires n'équivaut pas à une indexation, certains auteurs ont postulé que la clause d'indexation n'impose pas aux parties de conclure un bail d'une durée minimale de 5 ans¹⁸.

D'autres auteurs soutiennent qu'à défaut d'être contestée, la clause prévoyant la fixation du loyer en fonction du chiffre d'affaires subsiste en demeurant valable pendant la période de tacite reconduction du bail, quelle que soit la durée de cette période¹⁹.

21. S'agissant de la contestation du loyer pour l'échéance initiale du contrat ou l'une de ses échéances de renouvellement, DAVID LACHAT préconise la solution permettant aux parties de se prévaloir, à leur choix, de la méthode absolue ou de la méthode relative de fixation des loyers. Il propose ainsi

¹⁸ PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Die Miete, art. 269-270e OR, 2^e éd., Zurich 1995, art. 269 CO N 320 ; ROBERT SIEGRIST, Der missbräuchliche Mietzins, Regel und Ausnahmen, 1997, p. 76-77.

¹⁹ Co-SVIT, art. 269a CO, N 35.

une application par analogie des principes applicables, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, à la fixation des loyers au terme d'une période d'échelonnement ou d'indexation²⁰.

Cette solution correspond probablement à celle qui serait adoptée si le cas venait à se produire.

A titre personnel, l'auteur du présent exposé ne partage pas l'opinion émise par DAVID LACHAT rappelée ci-dessus.

En effet, lorsque les parties à un contrat de bail s'accordent à fixer le loyer en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire, elles adoptent délibérément un mode de règlement « participatif » de la créance du bailleur. Ce faisant, elles se prononcent sur un élément essentiel du contrat – certes, sans tenir spécifiquement compte des dispositions légales régissant la matière – en se fondant sur des critères objectifs et licites. Dans ce contexte général, permettre à l'une ou à l'autre des parties de remettre en cause le principe même de la rémunération convenue paraît exorbitant.

Par ailleurs, si les autorités judiciaires devaient être habilitées à revoir la clause fixant le loyer en fonction du chiffre d'affaires, notamment le pourcentage retenu par les parties, encore faudrait-il que des critères précis leur soient donnés pour se déterminer.

Au vu de ces complications, il semble préférable, en l'état, de laisser aux parties le soin de négocier sur ces questions.

Le très faible contentieux existant en cette matière laisse présumer que les solutions mises en pratique, en règle générale, ne posent pas particulièrement de problème.

22. A juste titre, a priori, DAVID LACHAT recommande aux parties à un contrat dans lequel le loyer est fixé en fonction du chiffre d'affaires, de préciser clairement en quoi consiste cette dernière notion, ceci dans la perspective d'éviter les conflits²¹.

Un cas illustrant cette problématique s'est récemment produit dans un des grands centres commerciaux de Suisse romande, qui pratique des loyers fixés en fonction du chiffre d'affaires. Le commerçant concerné, vendeur

²⁰ LACHAT (Bail à loyer), p. 561 N 10.1.8.

²¹ LACHAT (Bail à loyer), p. 501 N 10.1.9.

d'appareils de téléphonie mobile et d'autres objets analogues a, après quelques exercices très fructueux, soudainement fait état d'un chiffre d'affaires calamiteux, ramenant son dû au montant du loyer minimal indexé convenu. L'examen des documents produits par ce commerçant montra qu'il avait pris le parti de considérer que les abonnements des opérateurs de téléphonie mobile qu'il vendait dans ses locaux ne faisaient pas (en réalité plus) partie de son chiffre d'affaires. Au fond, ce commerçant prétendait être subitement devenu un distributeur de téléphones gratuits. Cependant, la clause qui définissait le chiffre d'affaires permettant de fixer le loyer dû mentionnait clairement que celui-ci comportait notamment *« les recettes provenant de commandes passées dans les locaux loués pour des prestations qui sont livrées et/ou facturées ailleurs par le locataire ou par l'intermédiaire d'une filiale ou, encore, par des partenaires de ce dernier. »*.

Ainsi, ce locataire a-t-il été amené à reconsidérer sa position et à en revenir à l'élaboration de son chiffre d'affaires telle qu'il l'avait effectuée jusqu'à ce dernier exercice.

23. Enfin, il faut relever que certains auteurs soutiennent le principe retenu par le Tribunal fédéral selon lequel en adoptant ce mode de fixation du loyer, le locataire se voit imposer implicitement l'obligation d'exploiter ses locaux (aux heures d'ouverture habituelles)²².

Il est vrai qu'à la limite, si les locaux n'étaient jamais exploités par le locataire, ce dernier ne réaliserait aucun chiffre d'affaires et son loyer serait donc réduit à zéro, si le bail ne prévoit aucun « loyer plancher » ou au loyer minimum de base, ce qui, a priori, ne correspond pas à la logique même du contrat prévu par les parties.

B. En pratique

1. Les normes contractuelles

24. Il a paru intéressant à l'auteur du présent exposé de présenter quelques-unes des clauses principales figurant dans les contrats prévoyant la

²² Co-SVIT, art. 257fCO, N 14.

combinaison entre un loyer minimal et un loyer proportionnel au chiffre d'affaires.

25. La première de ces dispositions est la suivante :

« **Principes**

Le loyer dû par le locataire est le loyer de base annuel, déterminé ci-dessous sous lettre A ou le loyer en pourcentage tel que défini ci-dessous sous lettre B au cas où ce dernier est plus élevé que le loyer annuel de base. »

Le loyer annuel de base correspond à un montant fixe, en général, indexé à l'évolution de l'indice officiel suisse des prix à la consommation, conformément à l'art. 269b CO. Pour que l'indexation du loyer soit possible, il faut évidemment que le bail des parties soit conclu pour une durée minimale de 5 ans. Si les parties veulent que ce loyer de base reste indexé au renouvellement du contrat, celui-ci doit également être prévu pour une durée minimale de 5 ans.

Quant au loyer calculé en fonction du chiffre d'affaires, il fait l'objet de la disposition suivante :

« **B. Loyer calculé en fonction du chiffre d'affaires**

Le loyer dû par le locataire correspond à ... % (pourcents) de son chiffre d'affaires annuel, tel que défini ci-après, réalisé entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre ».

26. Comme déjà précisé, la définition du chiffre d'affaires est évidemment extrêmement importante. De nombreuses versions de normes différentes existent, parmi lesquelles figurent les suivantes :

- Pour la plus simple :

« Est considéré comme chiffre d'affaires l'ensemble des recettes réalisées sur toutes les ventes effectuées dans les locaux loués (y compris les ventes par correspondance, les ventes à crédit et à tempérament ; pour ces dernières, le montant intégral est pris en compte), hors TVA, déduction faite des rabais éventuels accordés et des marchandises en retour. »

- Pour l'une des plus complexes :

« Il est précisé que le terme « chiffre d'affaires » utilisé dans le présent contrat correspond au prix de vente total, hors TVA, de tous biens, objets ou marchandises vendus ainsi que tous services fournis dans les locaux loués par le locataire ou par ses partenaires. Les ventes effectuées et les services fournis à crédit ou en compte sont notamment inclus dans le chiffre d'affaires sans égard à leur encaissement. En revanche, les ventes annulées ou les marchandises rendues sont déduites du chiffre d'affaires. Cependant, sont également considérées comme faisant partie du chiffre d'affaires les recettes provenant de commandes passées dans les locaux loués pour des prestations qui sont livrées et/ou facturées ailleurs, par le locataire, par l'intermédiaire d'une de ses filiales ou par ses partenaires. Dans l'hypothèse où le bailleur met une surface annexe à disposition du locataire (par exemple, pour des soldes d'hiver ou d'été), les recettes réalisées dans cette surface annexe font également partie du chiffre d'affaires au sens du présent contrat. Font encore partie du chiffre d'affaires les frais d'assurances payés par l'acheteur ou exigés de lui ainsi que les taxes de vente. »

27. Naturellement, le chiffre d'affaires obtenu par le locataire doit être communiqué au bailleur :

« Pour établir le loyer dû en fonction du chiffre d'affaires, le locataire fournit, au plus tard le 1^{er} février de chaque année, un relevé exact du chiffre d'affaires qu'il a réalisé du 1^{er} janvier au 31 décembre de l'année écoulée. »

Dans certains cas, le bailleur exige que ce chiffre d'affaires soit certifié par l'organe de révision du locataire.

28. Naturellement, le bailleur peut vouloir contrôler les indications communiquées par le locataire pour s'assurer de leur exactitude.

En général, la procédure se passe en deux temps. D'abord, le bailleur peut exiger des pièces et des renseignements complémentaires du locataire :

« Si le bailleur n'est pas satisfait du relevé annuel fourni, il doit en informer le locataire par écrit dans un délai de 30 jours dès sa remise, en invitant ce dernier à fournir toutes explications ou pièces estimées nécessaires par le bailleur. »

29. Puis, si le locataire ne fait pas suite aux demandes du bailleur ou si les explications qu'il donne ne sont pas convaincantes, un expert peut être nommé. Dans la plupart des clauses contractuelles, il est prévu que cet expert est désigné par le bailleur :

« Le bailleur pourra exiger qu'une enquête et un rapport soient confiés à un expert (société fiduciaire ou expert-comptable) de son choix. Le locataire devra fournir à l'expert tous les renseignements désirés et lui donner libre accès à sa comptabilité dans toute la mesure nécessaire à l'exécution de son mandat. »

Ceci étant, il pourrait être judicieux de prévoir que l'expert soit nommé d'entente entre les parties ou, à défaut, qu'il soit désigné par une autorité judiciaire.

En effet, dans les contrats usuellement rencontrés, figure le principe selon lequel :

« Le chiffre d'affaires ainsi établi par l'expert ne pourra être contesté ni par le locataire, ni par le bailleur. »

A priori, cette solution est compatible avec le droit suisse. En effet, d'une part, les litiges se rapportant à des baux commerciaux peuvent être soumis à un arbitrage conforme aux art. 357 et ss CPC²³. D'autre part, l'art. 189 CPC institue également la faculté, pour les parties à une procédure, de recourir à l'expertise-arbitrage²⁴. Les parties confient alors à un tiers-expert la mission de procéder à la constatation des faits, de manière obligatoire et contraignante pour elle²⁵.

La détermination du chiffre d'affaires réalisé par le locataire constitue l'une des missions qui peuvent être confiées à un expert-arbitre.

Encore faut-il, à mon avis, que cet expert-arbitre ait été librement choisi par les deux parties (et non nommé par le bailleur exclusivement).

²³ DAVID LACHAT, La procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011, p. 78 ss N 11.6-11.9.

²⁴ 21 ATF 141 III 201=JdT 2015 II 369. Cet arrêt rappelle les principes applicables en ce qui concerne l'arbitrabilité des litiges relatifs aux baux à loyers ou à ferme d'habitation.

²⁵ DAVID LACHAT, La procédure civile en matière de baux et loyers, op.cit. N 11.10.

30. Reste encore à savoir laquelle des parties devra assumer les frais et honoraires de l'expert. A cet égard, les dispositions couramment employées prévoient que :

« Les frais de cette expertise seront à la charge du locataire si le chiffre d'affaires déterminé par l'expert est différent de ... (1 à 3)% à celui annoncé par le locataire. Dans le cas contraire, ils seront à la charge du bailleur. »

31. Le chiffre d'affaires du locataire étant désormais connu, son loyer au pourcentage peut alors être établi aisément.

Durant l'exercice considéré, le locataire aura, en général, payé des acomptes mensuels ou trimestriels de loyer, représentant le 12^e ou, respectivement, le quart du loyer dû pour l'exercice précédent.

Plusieurs situations peuvent alors se produire :

- Le chiffre d'affaires réalisé par le locataire au cours des derniers exercices est insuffisant pour que son loyer au pourcentage soit dû. Dans ce cas de figure, le locataire règle le loyer minimal convenu et aucun solde n'est dû par l'une des parties à l'autre.
- Au cours des derniers exercices, le loyer dû par le locataire était fixé en fonction de son chiffre d'affaires, car il s'avérait supérieur au loyer minimal.
 - Le chiffre d'affaires obtenu par le locataire au cours du dernier exercice s'est avéré supérieur à celui qu'il avait fait au cours du précédent exercice. Le loyer dû est ainsi plus élevé que la totalité des acomptes payés et le locataire doit alors payer la différence au bailleur.
 - Le chiffre d'affaires du locataire au cours du dernier exercice est inférieur à celui de l'exercice précédent. Dans ce cas, c'est le bailleur qui doit rembourser au locataire le trop-perçu.

Ces principes sont résumés par les dispositions suivantes :

« Les acomptes (mensuels ou trimestriels) de loyer dus sont calculés pour chaque année sur la base du loyer effectivement dû pour l'année précédente. »

Si le loyer en pourcentage reste inférieur ou égal au loyer de base, le locataire est réputé s'être définitivement acquitté de son loyer pour la période envisagée par le versement des acomptes.

Tout solde de loyer en faveur du bailleur ou du locataire doit être réglé dans les 30 jours suivant la communication du bailleur au locataire du loyer effectivement dû ».

Dans la pratique, certains contrats prévoient aussi que le locataire est tenu, durant l'exercice en cours, de verser le loyer minimal prévu. Le supplément dû, le cas échéant, en fonction de son chiffre d'affaires lui est alors facturé par le bailleur et il est payable dans les 30 jours :

« Si le loyer calculé au taux du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice écoulé dépasse le loyer annuel de base (adapté le cas échéant en fonction de l'évolution de l'indice officiel suisse des prix à la consommation), la différence doit être payée par le locataire dans les 30 jours suivant la facture émise par le bailleur. »

32. Evidemment, dans ce système, le bailleur connaît la marche des affaires de son locataire.

Dans la mesure où, de son côté, le locataire n'a certainement pas intérêt à ce que le bon ou le mauvais fonctionnement de son entreprise soit divulgué à des tiers, les contrats comportent généralement des clauses de confidentialité, à charge du bailleur :

« Le bailleur s'engage à respecter une absolue confidentialité sur les éléments d'information communiqués par le locataire et à les conserver de manière à ce qu'aucune personne non autorisée n'y ait accès. »

Il faut cependant préciser que, dans la plupart des centres commerciaux, les bailleurs sont soucieux de connaître régulièrement l'évolution globale des affaires de leurs locataires. Pour ce motif, ils exigent de leurs locataires qu'ils leur communiquent leurs chiffres d'affaires mensuels (non certifiés) dans la perspective d'en tirer des données statistiques. Les contrats de bail à loyer de tels centres commerciaux comportent souvent des normes du genre des suivantes :

« Le bailleur se réserve le droit d'exiger du locataire qu'il lui communique son chiffre d'affaires mensuel au 4 du mois suivant, ceci pour lui permettre de suivre la marche des affaires du centre.

Le bailleur se réserve également la faculté de communiquer au locataire des informations relatives à la marche générale des affaires dans le centre (taux de progression, notamment) établies sur la base des renseignements obtenus de l'ensemble des locataires du centre, sans toutefois dévoiler les chiffres d'affaires annoncés en vertu de la présente disposition. »

2. Les pourcentages applicables

33. Les taux applicables à la fixation du loyer en fonction du chiffre d'affaires sont extrêmement variables, non seulement suivant les branches d'activités considérées, mais également en fonction du lieu et de la dimension du commerce.

34. En ce qui concerne le taux applicable en fonction de l'activité déployée par le locataire, il existe quelques références dans les ouvrages de doctrine²⁶.

Selon les enseignements que j'ai pu tirer de mon expérience, ces taux s'échelonnent entre 2 et 12, voire 15%.

Pour les commerces d'habits (confections, chaussures, etc.), ces taux s'établissent, en général, entre 5 et 8%.

En ce qui concerne les commerces qui vendent des denrées alimentaires, les écarts sont plus importants : les taux peuvent en effet varier entre 3 et 9%.

Quant aux surfaces de restauration installées dans les centres commerciaux, leurs exploitants peuvent assumer des taux variant entre 3 et 10%, voire 15%²⁷.

35. En ce qui concerne l'incidence du lieu sur les pourcentages applicables, il n'existe pas de règle précise.

Toutefois, l'expérience montre que les proportions sont, de manière générale, plus élevées dans les gares et les aéroports que dans les « centres commerciaux privés ». Cette différence s'explique peut-être en partie par le

²⁶ GRATZ ELMAR, Mietzinsgestaltung, 1995, p. 125 ; LACHAT (Bail à loyer) p. 499 N 10.1, note no 277.

²⁷ DAVID LACHAT, « Le bail des cafés et des restaurants », 18^e séminaire sur le bail à loyer – Neuchâtel – 2014, p. 248, N. 58.

fait que les horaires d'ouverture des commerces sont plus étendus dans les deux premiers cas que dans le dernier.

36. La grandeur des locaux loués exerce, elle aussi, une influence sur le pourcentage applicable. Dans les centres commerciaux qui accueillent plusieurs tea-rooms, ceux dont les surfaces sont petites se voient, en général, appliquer des pourcentages de leur chiffre d'affaires plus élevés que ceux qui occupent de grandes surfaces.
37. Parfois, les parties retiennent que le taux applicable évolue lui-même en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire. Dans ce cas, elles adoptent des normes dans leur contrat, du genre de la suivante :

« Le loyer en pourcentage est fixé en fonction du chiffre d'affaires (hors TVA) réalisé par le locataire, multiplié par le taux de

- 6% lorsque le chiffre d'affaires est inférieur ou égal à CHF 600'000.-,
- 5.5% pour la tranche du chiffre d'affaires de CHF 601'000.- à CHF 700'000.-,
- 5% pour la tranche du chiffre d'affaires de CHF 701'000.- à CHF 800'000.- et
- 4,5% pour le chiffre d'affaires excédant CHF 801'000.-. »

Dans l'exemple figurant ci-dessus, le taux diminue en fonction de l'augmentation du chiffre d'affaires réalisé par le locataire. Il serait toutefois possible d'imaginer une solution inverse, par exemple pour tenir compte des frais d'investissement et de lancement que le locataire doit assumer durant les premiers exercices de ses activités.

C. Les perspectives

38. Il n'est pas certain que la prise en compte de l'évolution du chiffre d'affaires réalisé par le locataire connaisse, à l'avenir, le même essor que celui qu'il a eu au cours de ces 20 dernières années.

En effet, les pratiques commerciales évoluent considérablement et de plus en plus rapidement.

Le « e-commerce » connaît notamment un développement considérable. Or, par ce moyen, notamment, un commerçant peut présenter sa

marchandise à ses clients dans l'un des locaux loués, puis la lui vendre – le cas échéant, avec un léger rabais – et la lui livrer par des « canaux » tellement variés que son bailleur ne parviendra jamais à démontrer la réalisation d'un quelconque chiffre d'affaires sur place.

Au demeurant, dans ce contexte, ce n'est pas seulement le commerçant qui cherche à réduire son loyer, mais également la clientèle qui, pour des raisons variées, préfère se faire livrer ses achats que les emporter avec elle.

39. A priori, cette méthode de fixation de loyer restera probablement utile pour les lieux dans lesquels les gens se rendent pour consommer (tels que les établissements publics, les boulangeries-pâtisseries (et encore), les cinémas, etc.) ou pour recevoir des services précis (cordonnerie, ongles, etc.).

III. Le loyer proportionnel au revenu du locataire

A. Le cadre juridique

1. La situation sur le plan légal

40. Aucune disposition du droit suisse ne règle le sort des loyers fixés en fonction du revenu du locataire.
41. Ce mode de fixation du loyer n'avait pas été appréhendé par le Conseil fédéral dans le dernier projet de révision du Code des obligations qu'il a établi dans la perspective de modifier la protection des locataires contre les loyers abusifs.

2. Le cadre jurisprudentiel

a. Locaux commerciaux

42. Les exemples sont peu fréquents.

On peut toutefois retenir l'arrêt rendu le 18 juin 2007 par le Tribunal fédéral dans un cas où le contrat de bail des parties portait sur l'exploitation d'une école hôtelière et dans lequel le loyer convenu avait

été fixé à CHF 20.- par élève et par jour (plus précisément : par élève et par nuitée)²⁸.

Dans cette affaire, le locataire avait résilié son bail par anticipation. Il avait alors pris la décision de recentrer ses activités dans un autre lieu et il s'était abstenu, bien avant la fin du bail, de loger les étudiants de son école dans les locaux loués. Le bailleur s'en était plaint et avait requis le paiement du loyer estimé pour la période pendant laquelle les locaux étaient demeurés vides.

Le Tribunal fédéral a donné raison au bailleur.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé le principe jurisprudentiel qu'il avait émis le 25 juin 1992²⁹ selon lequel, lorsque les parties à un bail prévoient que le loyer est fixé d'après le chiffre d'affaires réalisé par le locataire, ce dernier assume une obligation d'usage des locaux qui le contraint à les exploiter régulièrement.

43. L'état de fait ayant donné lieu à l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 18 mars 2002³⁰ portait aussi sur un cas dans lequel le loyer était fixé en fonction des revenus du « locataire-commerçant ».

Dans cette affaire, le locataire était un professeur de tennis qui, pour bénéficier des infrastructures de son bailleur (une association exploitant un centre sportif) devait lui ristourner le montant de CHF 20.- pour chaque heure d'utilisation d'un court, durant les « heures de pointe » (soit entre midi et 14 heures), ramené à CHF 15.- pendant les « périodes creuses »(soit toutes les autres heures).

44. Ce genre de fixation de loyer s'apparente à celui déterminé en fonction du chiffre d'affaires du locataire.

Cependant, il s'en distingue par le fait que c'est un (ou plusieurs) élément spécifique des revenus bruts du locataire qui est (ou sont) pris en considération à l'exclusion de tous autres, pour établir le loyer dû. Ainsi, dans les exemples qui précèdent, le fait que l'établissement scolaire vende des livres de cours ou offre des repas contre rémunérations à ses élèves est

²⁸ DB N 20/2008, N 3, pp. 15-17.

²⁹ CdB 1/93, p. 21 et s.

³⁰ 4P.328/2001, rés. in DB N 15/2003 N 1, p. 5.

sans incidence sur le montant du loyer, même s'il s'agit là des éléments qui contribuent le plus à la réalisation de son bénéficiaire. De même, dans le second exemple, si le professeur de tennis fournit des raquettes et des balles contre paiement à ses élèves, ces ventes n'ont pas la moindre incidence sur le loyer dû.

b. Locaux d'habitation

45. Comme déjà précisé, ce mode de fixation du loyer est rarement employé. Quand il l'est, c'est par des collectivités publiques ou semi-publiques qui poursuivent un objectif de politique sociale du logement.
46. Cette méthode de détermination du loyer n'a donné lieu qu'à un seul arrêt du Tribunal fédéral³¹.

Les faits pertinents de ce cas peuvent être résumés comme suit :

- La Fondation (communale) A avait remis à bail aux époux C un logement de 3 pièces moyennant un loyer annuel de CHF 6'600.-.
- Le 17 mars 1987, la Fondation A a notifié aux époux C un avis officiel de majoration destiné à porter leur loyer à CHF 8'400.- par an dès le 1^{er} juillet 1987.

A l'appui de cette prétention, la Fondation A a invoqué l' « adaptation à la valeur objective des locaux, selon l'art. 15a AMSL (application du règlement de la Fondation HLM de la Ville de Genève) ». La Fondation a, par ailleurs, expliqué qu'elle s'était dotée d'un nouveau règlement comportant notamment les clauses suivantes :

« 1. Le loyer sera fixé en tenant compte du salaire du locataire, auquel sera ajouté le salaire des personnes cohabitant avec lui. Il ne devra pas dépasser dans la règle 15% du revenu ci-dessus défini.

2. L'évolution dudit revenu sera prise en considération, à concurrence de 15%.

3. Pour ce faire, chaque année, 4 mois avant l'échéance du bail, la situation financière du locataire sera revue par le bailleur, aux fins de réadapter les conditions du bail à son échéance.

³¹ ATF 116 II 184.

4. *Le comité de la Fondation se réserve le droit de déroger aux règles susmentionnées après examen de cas particuliers où l'application desdites règles serait problématique. »*

- Les époux C ont contesté cette majoration.
- Les autorités judiciaires cantonales compétentes ont débouté les époux C de toutes leurs prétentions.
- En particulier, la Cour cantonale a, tout en admettant que les dispositions légales protégeant les locataires contre des loyers abusifs restaient applicables, retenu une tout autre solution :

« Mais, “dans le cas des immeubles sociaux où les loyers sont fixés en fonction d'un pourcentage des revenus des locataires”, elle a adopté une jurisprudence propre tout à fait différente, voire contraire. Dans ces cas, elle se réfère au rendement de l'immeuble entier “afin de corriger et de compenser les éventuelles pertes de rendement résultant de l'application des mêmes critères de fixation des loyers à d'autres locataires disposant de revenus plus modestes”. Et elle justifie sa solution par un souci de solidarité entre divers preneurs, les uns devant s'acquitter d'un loyer dépassant le montant nécessaire à renter équitablement le montant des fonds propres, afin que les autres, compte tenu de leurs faibles moyens, puissent bénéficier de logements à des prix particulièrement bas (elle se réfère à cet égard à un de ses arrêts publiés in MP-Mietrechtspraxis-, 1988, p. 149 ss., et à BARBEY, Vom Umsatz oder Einkommen des Mieters abhängige Mietzinse, in MP 1989, p. 93). Toutefois, elle limite l'application de sa solution au cas où le pourcentage du revenu consacré au loyer reste dans les proportions usuelles (comme dans le cas de la Fondation qui applique généralement la règle du 15%); les “dérapages” seraient ainsi évités. »³²

47. Le Tribunal fédéral a assez sèchement infirmé l'arrêt de l'Instance supérieure cantonale.

Il l'a d'abord déclaré contraire à l'art. 14 al. 1 AMSL (qui correspond à l'actuel art. 269 CO) en rappelant que cette norme prévoit un examen du bénéfice net que le bailleur tire du loyer au regard non pas de l'entier de

³² ATF 116 II 184, 187, cons. 3 aa).

son investissement, mais de la part de celui-ci dans les locaux qui font l'objet du contrat :

« Selon le texte même de l'art. 14 al. 1 AMSL, le caractère admissible ou excessif d'un loyer ne s'apprécie qu'au regard du local pris à bail par le preneur partie à la procédure ; le fait que le rendement du reste de l'immeuble soit insuffisant ou abusif n'a aucune incidence sur l'issue du litige. »³³

48. Le Tribunal fédéral a même indiqué que la solution retenue par l'autorité judiciaire cantonale supérieure était non seulement infondée « de lege lata », mais qu'elle était, en outre, « difficilement concevable de lege ferenda ». En effet, selon le Tribunal fédéral, cette méthode permettrait de fixer, en fonction des revenus du locataire, des loyers identiques pour des locaux loués aussi différents qu'un studio ou un logement de 5 pièces³⁴.
49. Finalement, le Tribunal fédéral a conclu que :

« Cette différence de traitement ne saurait être justifiée par le fait que, dans le même immeuble social, d'autres locataires bénéficient de meilleures conditions. La notion de solidarité entre locataires, sur laquelle se fonde la jurisprudence cantonale, est totalement étrangère à l'AMSL. Aussi, la perte que peut subir le bailleur qui accepte, pour des motifs sociaux, de fournir à bas prix des locaux aux personnes à bas revenus, doit-elle être couverte par des ressources ad hoc, émanant d'offices, de personnes ou d'autorités agissant précisément dans le but social ainsi recherché ; elle ne peut l'être par le biais de l'augmentation, à la charge de locataires plus favorisés quant aux revenus, de loyers allant au-delà d'un rendement convenable du local loué. »³⁵

³³ ATF 116 II 184, 186, cons. 3 a).

³⁴ ATF 116 II 184, 187-188, cons. 3 bb).

³⁵ ATF 116 II 184, 188, cons. 3bb).

3. La doctrine

50. Les avis ne sont pas très nombreux.

Deux auteurs ont toutefois assez vigoureusement critiqué l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné.

JAKOB TRÜMPY³⁶ a qualifié le raisonnement tenu par le Tribunal fédéral de « juridiquement peu convaincant ». En substance, il a relevé que les statuts ou règlements régissant les entités qui souhaitent pratiquer ce mode de fixation du loyer garantissent déjà qu'aucun montant excessif ne sera tiré de leurs biens immobiliers. En effet, ces entités ne poursuivent pas de but lucratif. Dès lors, elles devraient pouvoir percevoir des ressources déterminées en fonction de l'entier de leur parc immobilier. Une telle possibilité devrait, en outre, être conforme à l'art. 269a CO, puisque les diverses hypothèses retenues par cette disposition ne constituent pas un catalogue exhaustif. A cet égard, il a soutenu que la prise en compte des organisations qui renoncent à rechercher un profit a certainement été oubliée par le législateur ; or, elle aurait vraisemblablement été favorable au locataire.

Fritz Nigg³⁷ a partagé les points de vue de Jakob Trümpy en précisant que les principes émis par le Tribunal fédéral constituent une « occasion manquée pour la solidarité ». Il a, en outre, critiqué l'avis du Tribunal fédéral selon lequel, en cas d'insuffisance de revenus, l'entité qui pratique la fixation des loyers selon les revenus de ses locataires doit se procurer d'autres ressources ad hoc, en soulignant que, dans les faits, ces ressources manquent bien souvent. Ainsi, pour cet auteur, un engagement social privé devrait pouvoir être institué, à côté de celui des collectivités publiques. Il admet toutefois qu'une fixation de loyer qui se fonderait exclusivement sur le revenu des locataires s'avèrerait certainement contraire à d'autres préoccupations sociales. Le but visé par l'entité pratiquant un tel mode de fixation de loyer devrait surtout consister à permettre l'abaissement des charges des personnes nécessiteuses au moyen d'un supplément obtenu de celles disposant de revenus plus importants.

³⁶ MP 1990, p. 143.

³⁷ MP 1990, p. 143-145.

51. DAVID LACHAT ne critique pas le système. Il le résume comme suit :

« ... Le loyer lié au revenu du locataire est doublement plafonné. D'une part, il ne peut être supérieur au montant découlant de la clause contractuelle (x % du revenu déterminant). D'autre part, si ce revenu est élevé, le loyer ne peut excéder – en cas de contestation – le montant nécessaire à couvrir les charges et à renter équitablement les fonds propres investis dans l'appartement. »³⁸

52. En se fondant sur l'arrêt précité du Tribunal fédéral, DAVID LACHAT retient que les adaptations du loyer doivent être notifiées au locataire sur formule officielle, de sorte que ce dernier puisse les contester.

Il affirme que :

« Les clauses liant le loyer au revenu ne permettent en règle générale pas une majoration du loyer en cours de bail, compte tenu du caractère impératif de l'art. 269d al. 1 CO. »³⁹

L'auteur de la présente contribution ne partage pas ce point de vue. En effet, à moins que l'on cherche à mieux défendre le locataire de locaux d'habitation que le locataire-commerçant, rien n'explique pourquoi le loyer de ce dernier pourrait être adapté n'importe quand – soit en dehors de toute échéance contractuelle – en fonction de son chiffre d'affaires, malgré le caractère impératif de l'art. 269d al. 1 CO, alors qu'il ne serait pas possible d'en faire de même à l'égard du locataire d'un logement dont le revenu servirait de base à la détermination du loyer dû. Au demeurant, ce que le Tribunal fédéral a voulu, dans son arrêt susvisé, c'est éviter que le loyer perçu par le bailleur, fixé selon le revenu de son locataire, soit abusif ; il devrait donc être suffisant, pour les parties, de prévoir que le loyer effectivement dû ne dépassera en aucun cas le loyer maximum licite en regard des art. 269 et ss CO.

B. La pratique

53. Nonobstant la jurisprudence relativement sévère du Tribunal fédéral sus-rappelée, certaines collectivités publiques (en particulier genevoises) ont

³⁸ LACHAT (Bail à loyer), p. 501 N 10.2.3.

³⁹ LACHAT op.cit., p. 502 N 10.2.2 et note 290.

persisté dans le système de la fixation des loyers de leurs locataires en fonction des revenus réalisés par ceux-ci.

Evidemment, elles ont adapté les règlements qu'elles avaient mis en place, pour que ceux-ci soient conformes à l'état du droit.

Les principales normes de leurs règlements et contrats sont du genre des suivantes :

54. Tout d'abord et pour ce qui relève des principes :

« **Principes**

Le loyer (...) ne peut en règle générale pas excéder le pourcentage du revenu familial (taux d'effort) fixé ci-après par l'article ...

Par loyer au sens de la présente norme et des art. ... ci-après, on entend le loyer net, frais accessoires (notamment chauffage, eau chaude) exclus.

Le loyer minimum des logements (...) ne peut être inférieur à CHF 300.- par mois.

Le loyer résultant du revenu déterminant (art. ...) multiplié par le taux d'effort (art. ...) ne peut pas dépasser le loyer admissible au sens du Code des obligations. »

La dernière des règles susmentionnées correspond précisément aux exigences que le Tribunal fédéral a émises dans sa jurisprudence précitée. En aucun cas, la collectivité publique ne doit obtenir un loyer lui procurant un rendement excessif en regard de l'objet spécifique loué. En règle générale, le loyer maximum dû pour le logement considéré est précisé dans le contrat de bail, ce qui permet au locataire de savoir à quelle charge maximale il s'expose, le cas échéant.

55. Les taux d'effort pris en considération pour fixer le loyer varie en fonction du revenu réalisé. Plus le revenu est élevé, plus le taux augmente. Ces principes sont exprimés de la manière suivante :

« Sous réserve du loyer minimum prévu par l'art. ..., le loyer net (...) n'excédera pas :

- *12% du revenu familial annuel s'il est égal ou inférieur à CHF 20'999.-,*
- *12,1% du revenu familial annuel s'il est égal ou inférieur à CHF 21'999.-,*

Au-delà de CHF 21'999.-, le taux d'effort de 12,1% précité est majoré de 0,1% par tranche de revenu familial annuel de CHF 1'000.-, et ce jusqu'à un revenu familial annuel de CHF 119'999.-.

A partir d'un revenu familial de CHF 120'000.-, le loyer net des logements à caractère social n'excédera pas 22% de ce revenu. »

56. Pour être complet, il faut encore relever que, dans les cas examinés par l'auteur du présent exposé, les taux applicables peuvent être augmentés lorsque le locataire se trouve en sous-occupation, soit

« Si le nombre de pièces excède :

- *une pièce de plus que le nombre d'occupants lorsque l'appartement est occupé par un couple ;*
- *deux pièces de plus que le nombre d'occupants lorsque l'appartement est occupé par une famille. »*

57. Evidemment, la notion de « revenu familial » fait l'objet de plusieurs dispositions qui la précisent :

« Revenu familial

Le revenu familial déterminant pour la fixation du loyer (...) est :

a) Le revenu annuel brut de l'ensemble des personnes habitant dans le logement. Sont notamment considérés comme des éléments du revenu brut, le salaire, le revenu d'une activité indépendante, les pensions reçues, les revenus locatifs, les indemnités de chômage et de pertes de gains, les rentes des assurances sociales fédérales et cantonales et les allocations familiales, ainsi que les prestations sociales.

b) Au revenu annuel brut, selon la lit. a ci-dessus, il est ajouté 1/15^e de la fortune imposable de l'ensemble des personnes habitant dans le logement.

c) Sont déduits du revenu familial déterminant :

- *les 8% du revenu liés au salaire, aux revenus de l'activité indépendante, aux indemnités de chômage et de perte de gains ;*
- *une déduction correspondant au montant des allocations familiales, par an et par charge de famille.*

Par charge de famille, on entend les enfants mineurs ou majeurs qui font ménage commun avec le locataire ou pour lesquels celui-ci s'acquitte effectivement d'une pension alimentaire.

Constitue également une charge de famille l'obligation légale du locataire, effectivement assumée, de venir en aide à des ascendants en ligne directe, qu'il s'agisse de personnes occupant le logement avec lui, ou non.

d) Lorsque le locataire accueille de manière durable un rentier, ne sont pas retenues dans le revenu familial les rentes SPC, AVS et AI de ce dernier.

e) Pour les personnes ayant une activité indépendante, le revenu de la personne concernée déterminant est au moins équivalent au montant de la rente AVS individuelle maximale. Les cas de rigueur demeurent réservés. »

Renseignements pris auprès des personnes en charge de l'application de ces dispositions, il semble qu'elles ne donnent que très rarement lieu à des problèmes ou des contestations.

58. Pour pouvoir mettre en œuvre ce système, la collectivité bailleuse doit naturellement être dûment informée des ressources et de la situation patrimoniale de son locataire et de celles des autres occupants du logement loué.

Ainsi, les règles suivantes sont intégrées au rapport contractuel :

« Le revenu familial tel que défini ci-dessus (...) est déterminé à la conclusion du bail et une fois l'an sur la base de la taxation ICC du dernier exercice, de la dernière déclaration fiscale ou de tout autre document probant.

Le locataire a l'obligation de fournir, sur simple demande de la Fondation, tous les renseignements probants permettant de déterminer

le revenu et la fortune du ménage et le nombre de personnes faisant ménage commun avec lui. Toute modification du revenu familial ou du nombre d'occupants du logement doit être immédiatement annoncée (...) et documentée. »

C. Les perspectives

59. Un assouplissement de la jurisprudence du Tribunal fédéral serait certainement bienvenu.

En effet, il n'est pas exclu d'imaginer, par exemple, que des sociétés coopératives d'habitation entendent adopter des statuts qui prévoient que tout ou partie des loyers dus par leurs membres soit fixé en fonction des revenus respectifs de ceux-ci. Le cas échéant, un loyer maximum pourrait être également prévu, mais qui ne correspondrait pas nécessairement à celui résultant de l'application des art. 269 et ss CO, et pourrait même dépasser le plafond résultant de l'application de ces dispositions. Une telle idée n'est pas nécessairement saugrenue. Elle vise à mettre en œuvre une solidarité qui tienne compte des revenus, à l'instar de ce qui se pratique dans bien d'autres domaines de la vie courante (imposition/frais de garderie d'enfants/etc.).

60. En l'état du droit, une telle fixation devrait être admise, mais à concurrence du montant correspondant au loyer admissible pour chaque objet (habitation) considéré, en regard des art. 269 et ss CO. Or, la société coopérative qui voudrait pratiquer ce mode de fixation des loyers serait exposée à d'intenses difficultés, puisqu'elle ne pourrait, au mieux, que parvenir à couvrir ses charges (en particulier dans l'hypothèse – fréquemment rencontrée – où elle n'a pratiquement pas investi de fonds propres lors de l'acquisition ou de la construction de ses bâtiments). Au pire, elle ne pourrait, à terme, que s'endetter et s'exposer, dès lors, à un risque d'insolvabilité.

Une telle solution n'est évidemment pas satisfaisante.

61. Les sociétés coopératives d'habitation pourraient également songer à facturer, à côté des loyers dus par leurs membres, une cotisation fixée en fonction de leurs revenus respectifs. Cependant, en cas de litige, une telle solution serait probablement qualifiée de transaction couplée au sens des art. 254 CO et 3 OBLF, le paiement de la cotisation étant une condition de

la qualité de membre, et cette dernière, elle-même, la condition nécessaire pour l'obtention et le maintien d'un contrat de bail. Le système pourrait donc être attaqué devant les autorités judiciaires compétentes en matière de baux et loyers par n'importe quel coopérateur, avec cette conséquence que la cotisation pourrait être qualifiée de transaction couplée et taxée de nullité.

Il n'existe donc pas, en l'état, de possibilité permettant de mettre valablement en place un système de solidarité entre locataires, même consentants.

IV. Le rabais provisoire de loyer

A. Lors de la conclusion du bail

62. Cette situation ne présente pas de complexité particulière, pour autant que les parties soient d'accord de conclure un bail d'une durée minimale de 3 ans⁴⁰. En effet, dans ce cas, elles peuvent prévoir toutes solutions conformes à l'art. 269c CO qui traite des loyers échelonnés.

Les parties à un tel contrat doivent cependant être conscientes qu'elles s'exposent à ce que leur loyer soit revu fondamentalement à sa première échéance conventionnelle⁴¹.

63. Il arrive que des parties à un bail commercial ne souhaitent pas se lier pour une durée minimale de 3 ans. C'est le cas, par exemple, pour les stands d'exposition mis à disposition par des « grandes surfaces » pour des horlogers ou des vendeurs de parfums. Dans de tels cas, il faut recommander aux parties d'essayer de résoudre leur problématique sans passer par une solution qui puisse être qualifiée d'échelonnement du loyer. Les parties au contrat pourraient éventuellement songer à recourir à une sorte de « variante » du loyer fixé en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire. Elles pourraient convenir d'un loyer mensuel minimum dû tant et aussi longtemps que le chiffre d'affaires mensuel du locataire n'atteint pas un certain niveau. Puis, lorsque le chiffre d'affaires mensuel obtenu par le locataire atteint ou dépasse le seuil retenu, le loyer alors dû

⁴⁰ LACHAT (Bail à loyer), p. 517 N 3.2.3.

⁴¹ ATF 121 III 397.

s'établit à un montant supérieur, le cas échéant lui aussi défini ou bloqué à un montant maximum. Naturellement, pour éviter toute difficulté d'interprétation, les loyers arrêtés par les parties devraient correspondre à un pourcentage effectif du chiffre d'affaires.

Exemple :

- Le loyer mensuel minimal dû par le locataire, tant et aussi longtemps que ce dernier n'obtient pas un chiffre d'affaires mensuel de CHF 20'000.-, est de CHF 1'000.-.
- Le loyer mensuel variable dû par le locataire représente 5% de son chiffre d'affaires mensuel.
- Le loyer mensuel maximum dû par le locataire ne peut dépasser CHF 2'000.-.

B. En cours de bail

64. Dans un arrêt non publié rendu le 22 septembre 1992, dans une cause SI Rue X. contre G., le Tribunal fédéral a retenu que :

« Il n'est pas arbitraire d'assimiler aux baux échelonnés ceux prévoyant un rabais temporaire sur le loyer convenu, hormis les cas où la réduction de loyer est consentie temporairement en raison d'un usage amoindri de la chose louée. »

Pour respecter ce principe, la clause que des parties peuvent adopter en vue de concéder un rabais provisoire au locataire doit donc respecter les conditions de l'art. 269c CO.

L'accord des parties doit porter sur une durée de 3 ans, au minimum, le rabais consenti devant s'étaler au minimum sur une durée de 12 mois. La remise à niveau du loyer à son montant précédent implique la notification par le bailleur au locataire de l'avis officiel prévu par l'art. 19 al. 2 OBLF ou, pour les cantons qui l'ont décrété, l'envoi de la copie de la convention, au plus tôt 4 mois avant la date de la modification du loyer.

65. Lorsque la clause est nulle (par exemple lorsqu'elle prévoit plus d'une variation du loyer par année ou lorsque la diminution, respectivement l'augmentation est prévue sur une période plus courte qu'une année), le contrat des parties est frappé de nullité partielle, au sens de l'art. 20 al. 2 CO. Dans une telle hypothèse, la jurisprudence admet que le juge peut

cependant convertir la disposition nulle en une clause valable en se fondant sur la volonté hypothétique des parties⁴².

Cette dernière solution doit effectivement être saluée. S'en tenir à une nullité absolue pourrait avoir pour résultat absurde que le rabais consenti soit lui-même déclaré nul et que le locataire doive alors payer le loyer convenu, sans la réduction.

66. D'autres solutions sont-elles envisageables ?

On pourrait imaginer, par exemple, que, dans la perspective de tenir compte de la mauvaise conjoncture, un bailleur renonce à facturer à son locataire tout ou partie du loyer dû pour le dernier mois de l'année ou pour le dernier trimestre de l'année. Mais si les parties s'accordent sur un tel système, ne doit-on pas considérer qu'elles se retrouvent, en réalité, liées par un bail échelonné, avec toutes les restrictions qu'une telle solution implique (durée de 3 ans/validité de l'échelon admis eu égard à sa durée/nécessité de notifier l'échelon/etc.) ?

En irait-il de même si, au lieu de lui consentir un rabais de loyer, le bailleur faisait un don à son locataire (situation que l'on rencontre finalement assez fréquemment, lorsqu'à l'occasion du renouvellement d'un bail de longue durée, le locataire décide de réaliser des travaux dans ses locaux et reçoit une participation financière de son bailleur) ?

A ma connaissance, les cas de ce genre n'ont jamais été tranchés par les autorités judiciaires compétentes.

Suivant les solutions qui leur seraient, le cas échéant, données, l'on pourrait probablement soutenir qu'elles dépasseraient la saine protection des intérêts bien compris des locataires. En effet, si les bailleurs devaient se trouver confrontés à des difficultés, quelles qu'elles soient, après avoir essayé de mettre en place une solution provisoire favorable à leurs locataires, ils y renonceraient purement et simplement.

Finalement, il faut bien admettre que le système légal en place ne pousse pas les bailleurs à envisager des rabais provisoires de loyer, alors même

⁴² LACHAT (Bail à loyer), p. 517 N 3.2.2 ; CPra Bail-PATRICIA DIETSCHY, art. 269c CO N 15.

que les soubresauts conjoncturels de ces dernières années auraient pu en justifier et en favoriser l'emploi.

V. La fixation du nouveau loyer applicable à l'échéance d'un bail de longue durée

A. Le cadre général

67. En matière de location commerciale, il arrive assez fréquemment que des baux de longue durée – 20 ans ou plus – soient conclus, notamment pour tenir compte des investissements opérés initialement par le locataire.

Ce genre de situation se rencontre, en particulier, pour des bâtiments industriels et pour des établissements publics.

Dans certains cas, les parties à ces contrats souhaitent, lors de leur conclusion, d'ores et déjà anticiper le loyer qui pourra être appliqué dans la perspective où le contrat viendrait à se renouveler lors de sa lointaine échéance.

68. Ces cas s'apparentent aux situations dans lesquelles les parties se lient par un droit de superficie, un usufruit ou un droit d'habitation coûteux. Dans ces derniers cas, les parties cherchent, elles aussi, à prévoir le mode de fixation de la redevance due dans la perspective du renouvellement éventuel de leur convention.

Dans la mesure où, a priori, ces situations ne réalisent pas les conditions pour être qualifiées « d'autres contrats » selon l'art. 253*b* al. 1 CO, les parties à des droits de superficie, des usufruits et des droits d'habitation peuvent librement convenir des règles déterminant le montant de la redevance due en cas de renouvellement de la durée de leurs droits réels.

La pratique montre que de très nombreuses dispositions conventionnelles, du genre des suivantes, existent :

« A l'échéance du droit de superficie et – si ce dernier est prolongé – lors de chaque renouvellement ultérieur, le montant de la redevance sera adapté à la valeur moyenne des immeubles au moment de l'échéance ou du renouvellement. Cette valeur moyenne est établie par comparaison avec des immeubles dont la situation, l'équipement et l'affectation sont analogues.

Cette valeur est fixée d'accord entre les parties. A défaut d'un tel accord, elle est déterminée par le Tribunal arbitral prévu dans les dispositions figurant ci-dessous. »

Ou, également

« La rente de superficie est révisable fondamentalement tous les 25 ans selon les prix du marché et l'évolution des coûts de la construction, étant précisé que la modification de la rente ne peut pas dépasser 25% en plus ou en moins de la valeur qu'elle aura au jour où la révision fondamentale intervient. »

B. En particulier

69. De tels dispositifs devraient pouvoir être transposés dans un bail de longue durée, d'une part, parce qu'ils sont compatibles sinon avec la teneur précise, du moins avec l'esprit général des art. 269 et ss CO et, d'autre part, parce que dans la mesure où l'objet loué est commercial, l'arbitrage demeure possible (art. 361 al. 4 CPC a contrario).
70. Il est cependant douteux, en l'état de la jurisprudence, que les parties puissent s'entendre d'avance sur une hausse ou une réduction maximale du loyer, intervenant à l'occasion du renouvellement de leur contrat. Le Tribunal fédéral estime, en effet, que les parties ne peuvent pas convenir d'un loyer minimal qui empêcherait le locataire d'obtenir un loyer inférieur, en raison d'une diminution qui serait justifiée en regard des art. 269 et ss CO⁴³.

En outre, comme le rappelle FRANÇOIS BOHNET :

« Notre Haute Cour considère que des règles visant à protéger les locataires contre les loyers abusifs auxquelles les cocontractants pourraient déroger par un simple accord n'auraient que peu de sens. Pour le TF, il n'est pas possible d'abandonner aux parties au contrat le soin de décider à quelles conditions un loyer peut être considéré ou non comme abusif, sans égard aux présomptions établies par le législateur fédéral (ATF 133 III 61, c. 3.2.2.2, DB 2008 N 15).

⁴³ ATF 125 III 358, DB 2000 N 19.

Toujours selon le TF, la nécessité de protéger le locataire contre les loyers abusifs exclut que l'on tolère la création d'un droit conventionnel parallèle qui viendrait concurrencer la législation ad hoc, fruit d'un long processus d'élaboration ayant débouché sur un compromis entre les intérêts antagonistes des bailleurs et des locataires. »⁴⁴

Ainsi et quand bien même les solutions évoquées ci-dessus semblent éprouvées en ce qui concerne les situations dans lesquelles les parties se sont entendues sur un droit réel au terme duquel l'une d'entre elle a reçu l'usage d'un bien en échange d'une redevance, il faut probablement déconseiller leur utilisation lorsque les parties à une relation identique, sur le plan pratique, n'entendent être liées que par un rapport contractuel.

VI. Le bail comportant un échelonnement et une indexation du loyer ou vice-versa

A. Le cadre général

71. Les art. 269*b* et 270*c* CO régissent les loyers indexés.

Les loyers échelonnés sont soumis aux art. 269*c* et 270*d* CO.

La mise en œuvre de ces dispositions légales ne pose guère de problème particulier.

Lorsque les parties à un contrat de bail utilisent l'une ou l'autre de ces méthodes de fixation du loyer, leur marge de manœuvre pour contester l'application qui en résulte est extrêmement limitée.

La situation est donc claire.

B. Le cadre jurisprudentiel

72. En matière d'emploi simultané de l'indexation et de l'échelonnement du loyer, les cas litigieux ont été rares.

⁴⁴ CPra Bail-FRANÇOIS BOHNET, art. 269-270*e* CO N 8 et 9.

Le Tribunal fédéral a toutefois rendu un arrêt de principe à ce sujet, le 17 novembre 1997⁴⁵.

Les faits de ce cas peuvent être résumés comme suit :

- Les parties ont conclu un contrat pour une durée initiale courant du 16 février 1991 au 31 mars 1996. Ce contrat pouvait être résilié moyennant un délai de congé de 7 mois. Il était d'ores et déjà prévu que le locataire bénéficie d'une option de prolongation du bail d'une durée de 5 ans à l'échéance de la durée contractuelle ; le cas échéant, le locataire devait faire valoir son droit avant le 31 mars 1995.
- Alors que le loyer annuel permettant (prétendument) de couvrir les charges s'élevait lors de la conclusion du bail à CHF 589'740.-, les parties sont convenues que celui-ci serait réduit à CHF 383'220.- « par générosité exceptionnelle du bailleur envers le locataire ».
- Le loyer pouvait toutefois être adapté aux modifications de l'indice suisse des prix à la consommation.

Il a ainsi été modifié à diverses reprises ; la dernière fois, il a été porté à CHF 442'494.- avec effet au 1^{er} janvier 1995.

- Dans l'hypothèse où la locataire exercerait son droit d'obtenir une prolongation du contrat, le loyer alors dû serait celui permettant de couvrir les coûts, de CHF 589'740.-, « adapté aux modifications de l'indice des prix entrées en vigueur depuis le 30 juin 1990 ».
- Le locataire n'a pas fait usage de son droit d'obtenir une prolongation du bail. Toutefois, les parties se sont entendues sur une prolongation du contrat pour une durée indéterminée.
- Le bailleur a alors, par lettre et sur formule officielle, communiqué au locataire que le loyer annuel se monterait, dès le 1^{er} avril 1996, à CHF 693'152.-.
- Le locataire a contesté l'augmentation de son loyer auprès des autorités judiciaires compétentes.
- Après l'échec de la conciliation, le bailleur a saisi les autorités cantonales qui l'ont débouté, de même que le Tribunal fédéral.

⁴⁵ ATF 124 III 57=JdT 1999 I 19.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que lorsque les parties sont liées par un contrat prévoyant une indexation du loyer, le bailleur ne peut invoquer aucun autre motif de majoration :

« C'est pourquoi, dans un contrat avec loyer indexé, il est exclu de prévoir d'autres facteurs de majoration que la hausse de l'indice suisse des prix à la consommation, à moins que la majoration soit justifiée par des prestations supplémentaires correspondantes du bailleur et que le contrat de bail ait envisagé expressément cette possibilité (...) ».

Revenant au cas d'espèce, le Tribunal fédéral a relevé que c'était à juste titre, en l'occurrence, que les tribunaux cantonaux avaient qualifié le contrat des parties de « convention d'échelonnement » puisqu'il prévoyait un loyer annuel initial de CHF 383'220.- pendant 5 ans, indexable, puis de CHF 589'740.- dès la 6^e année.

Le Tribunal fédéral a déclaré à ce sujet qu'il était sans conséquence qu'une seule adaptation ait été prévue, ni que le loyer initial ait été qualifié de « réduction ».

Puis, rappelant sa considération citée ci-dessus, le Tribunal fédéral a retenu que :

« Si le contrat prévoit une clause d'indexation et que cette clause a fondé une adaptation du loyer, il ne reste en principe plus de place, comme on l'a vu (c. 3a ci-dessus), pour une clause d'échelonnement ni du reste pour d'autres facteurs de hausse. La juridiction cantonale n'a donc pas violé le droit fédéral en déclarant que, vu le cumul avec l'indexation, la majoration de loyer reposant sur la clause d'échelonnement n'était pas admissible. »

73. De cet arrêt, l'on a retenu le principe suivant :

« Le cumul d'une clause d'indexation et d'une clause d'échelonnement dans le même contrat de bail n'est pas possible. »⁴⁶

⁴⁶ *Ibidem* ; LACHAT (Bail à loyer), p. 510 N 2.2.7 ; CPra Bail–PATRICIA DIETSCHY, art. 269c CO N 33 ; LAURA JACQUEMOUD-ROSSARY, « L'évolution récente de la jurisprudence en matière de loyer », 11^e séminaire sur le bail à loyer – Neuchâtel – 2000, p. 18.

74. En revanche, il est couramment admis que le loyer puisse être successivement échelonné, puis indexé, ou l'inverse⁴⁷.

PATRICIA DIETSCHY ajoute à cet égard que :

*« En cas de clause d'indexation successive à un loyer échelonné, l'indice de base pour le calcul du nouveau loyer doit être, sauf exception (N 38), celui en vigueur à l'échéance de la clause d'échelonnement et non celui de la conclusion du bail (Ch. app. GE, CdB 1997 60 ; cf. N 38). Si le bail prévoit la date de la conclusion du contrat comme date déterminante pour la prise en compte de l'indice, il est partiellement nul et il doit être modifié en conséquence par le juge (art. 20 al. 2 CO ; Ch. app. GE, CdB 1997 60). »*⁴⁸

75. La pratique admet qu'une durée de 5 ans suffit pour prévoir un bail comportant un échelonnement et une indexation. L'exemple le plus couramment cité est donc celui d'un contrat qui comporte un loyer initial valable une année et deux échelons successifs eux-mêmes également valables une année chacun, puis une indexation du loyer prenant effet durant les deux dernières années restant à courir.

Ceci étant, dans une affaire que j'ai eu à traiter il y a quelques années, un de mes confrères, représentant les locataires, m'avait laissé entendre que ses clients envisageaient de plaider la nullité de la fixation de leur loyer en prétendant que, pour que les deux systèmes puissent être employés dans le même contrat, il convenait qu'après la période des échelonnements prévus, s'étalant sur une durée minimale de 3 ans, la période pendant laquelle le loyer pourrait être indexé s'étende, elle-même, sur une période minimale de 5 ans. Selon ce confrère, le système consistant à prévoir un contrat d'une durée maximale de 5 ans prévoyant à la fois un échelonnement (sur 3 ans) et une indexation (sur 2 ans seulement) contrevenait à l'art. 269b CO.

Le bailleur et le locataire de ce dossier étant parvenus à résoudre leur litige à l'amiable, cette question n'a jamais été tranchée.

⁴⁷ LACHAT, *Ibidem* ; PATRICIA DIETSCHY, *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

A ma connaissance, personne d'autre ne l'a non plus soumise à l'appréciation des autorités judiciaires compétentes.

Il m'apparaît toutefois que, l'interprétation littérale des dispositions légales concernées, les art. 269*b* et 269*c* CO, permet de confirmer que la pratique consistant à convenir d'un contrat d'une durée de 5 ans comportant un échelonnement du loyer durant les 3 premières années, puis une indexation du loyer durant les 2 dernières années suivantes (en réalité : restantes) est licite, chacune des durées minimales imposées par la loi étant respectée.

VII. Conclusion

76. Parvenu au terme de l'examen des différentes situations sus-évoquées, il apparaît qu'il reste encore un peu de place, dans le domaine de la fixation du loyer, pour l'originalité.

Dans certaines situations particulières, les normes applicables sont, à mon avis, trop contraignantes, ce qui dessert les intérêts de chacune des parties.

Peut-être faudrait-il profiter de la prochaine révision des règles légales applicables à la fixation des loyers pour revoir certains principes (autres que celui qui lie l'évolution du loyer à celle du taux applicable aux prêts – qui ne semble plus correspondre tout à fait aux réalités actuelles) de manière à permettre à des personnes majeures et vaccinées – en particulier les commerçants rompus aux « bonnes » affaires – de trouver ou d'imaginer des solutions adaptées à leurs situations et à leurs intérêts.

Bibliographie

BARBEY RICHARD, L'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, Payot, Lausanne 1984

BOHNET FRANCOIS/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (CPra Bail-AUTEUR)

Bohnet Francois/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, CPC Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (CPC-AUTEUR)

BURKHALTER PETER/MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, Commentaire SVIT du droit du bail à loyer, Lausanne 2011 (Co-SVIT)

ENGEL PIERRE, Contrat de droit suisse, Stämpfli éditions SA, Berne 2000

JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, Le transfert du bail commercial, 8^e séminaire, Neuchâtel 1994

JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, L'évolution récente de la jurisprudence en matière de loyer, 11^e séminaire, Neuchâtel 2000

JEANPRÊTRE RAYMOND, Le loyer proportionnel au chiffre d'affaires du locataire (le bail partiaire), 3^e séminaire, Neuchâtel 1984

KNOEPLER FRANCOIS/RUEDIN PIERRE-EMMANUEL, Regard circulaire sur le droit du bail Commercial, 13^e séminaire Neuchâtel 2004

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 2^e éd., Lausanne 2008

LACHAT DAVID/MICHELI JACQUES, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990

LACHAT DAVID, La procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011

LACHAT DAVID, Le bail des cafés et des restaurants, 18^e séminaire, Neuchâtel 2014

MARCHAND SYLVAIN/CHAPPUIS CHRISTINE/HIRSCH LAURENT (édit.), Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013

Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des locataires », la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme dans le

Code des obligations et la loi fédérale instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 27 mars 1985, Fondation Edmond J. Safra 1985 I 1369 ss (Message)

MICHELI JACQUES, Les transactions couplées avec le bail, 13^e séminaire, Neuchâtel 2004

SAVIAUX NICOLAS, Sous-location et usage de la chose : le point de la situation, CdB 2012, p. 45 ss (SAVIAUX, Sous-location)

TERRAPON PASCAL, Transfert du bail commercial et restitution anticipée de la chose louée, 17^e séminaire, Neuchâtel 2012, p. 151 ss

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009 (in : Tercier/Favre/Auteur)

TERCIER PIERRE/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5^e éd., Zurich 2012

THEVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012 (CR-AUTEUR)