

LE LOYER PROPORTIONNEL AU CHIFFRE D'AFFAIRES DU LOCATAIRE
(LE BAIL PARTIAIRE)

par

Raymond JEANPRETRE,
professeur honoraire à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

INTRODUCTION

On rencontre dans la pratique des baux où le loyer est proportionnel au chiffre d'affaires réalisé par le locataire dans les lieux loués (ci-après : "le loyer proportionnel"). Dans un arrêt lucernois, par exemple, il est question du loyer d'un hôtel à 10% du chiffre d'affaires (Max. XI No 704). Parfois, le loyer proportionnel est combiné avec un loyer fixe. Celui-là est dû dans la mesure seulement où il dépasse celui-ci. On rencontre en jurisprudence le loyer d'un café à 8¹/₂% du chiffre d'affaires mais Fr. 11'000.-- au moins (RO 93 II 454), le loyer d'un hôtel à 10% du chiffre d'affaires mais Fr. 24'000.-- au moins (RJN 1980-81 p. 101). Le loyer proportionnel semble particulièrement répandu dans le secteur des établissements publics (hôtels, restaurants, cafés). Il est compatible, toutefois, avec n'importe quel bail commercial. Nous avons eu récemment sous les yeux le bail d'un magasin de confection : le loyer était de 6¹/₂% du chiffre d'affaires mais Fr. 44'000.-- au moins.

Nous étudierons le loyer proportionnel en droit commun (CO) d'abord, en droit exceptionnel (AMSL) ensuite.

1. La validité de la clause de loyer proportionnel (CO)

La validité de la clause de loyer proportionnel découle du principe de la liberté des conventions (art. 19 CO). Elle est admise en doctrine sous le nom de bail partiaire (partiarische Miete) ou de location d'après le chiffre d'affaires (Umsatzmiete) (Schmid, n. 6 ad art. 262 CO; Bucher, Skriptum zum Obligationenrecht, 2ème éd., § 7.I.3.b, p. 93). Elle est aussi admise en jurisprudence (cf. les arrêts cités dans l'introduction, supra).

Le bail avec clause de loyer proportionnel est nécessairement un bail commercial. Ce bail, dit le Tribunal fédéral, est "à la limite du bail à ferme" (RO 28 II 239, 243 - JT 1903, 258, 261; RO 33 II 603; RO 68 II 237 - JT 1943, 9; RO 93 II 453, 460; sur la distinction entre les deux baux : RO 103 II 247, 252 c. 2 - JT 1978, 504). Or le droit du bail à ferme prévoit expressément (art. 275 al. 2 CO) le métayage, où la prestation due au bailleur consiste dans une quote-part des produits. C'est une raison supplémentaire d'admettre la validité du loyer proportionnel.

Depuis 1970, le droit commun du bail à loyer comporte la disposition ci-après (art. 267e al. 2 CO; LF du 24.6.1970, ROLF 1970, 1272) :

"Sont... nulles les clauses contractuelles en vertu desquelles le preneur s'engage à accepter inconditionnellement, à la demande unilatérale du bailleur, de nouvelles charges résultant de modifications du contrat."

Cette règle n'affecte pas la validité de la clause de loyer proportionnel. Elle frappe la disposition par laquelle le bailleur se réserverait le droit d'augmenter le loyer en cours de bail, selon son bon plaisir (cf. l'exemple donné par le Conseil fédéral, FF 1968 II 882). Elle ne vise pas les clauses qui prévoient, aux conditions arrêtées par les contractants, la modification du contrat (Aenderungsklauseln) : clause d'échelle mobile, clause de valeur, etc. La modification résultant de ces clauses n'est ni inconditionnelle ni unilatérale (Schmid, n. 5 ad art. 267e CO; Jeanprêtre, La prolongation des baux à loyer, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, vol. 30, p. 148).

En droit commun, la validité de la clause qui nous intéresse est incontestée et incontestable.

2. Les modalités du loyer proportionnel

Sur le loyer proportionnel, la loi est muette. Si les parties y recourent, il leur incombe d'en arrêter les modalités : elles conviendront non seulement du taux mais encore de la définition du chiffre d'affaires, de l'obligation incombant au preneur de déclarer le chiffre d'affaires réalisé à une date déterminée, du droit pour le bailleur de vérifier l'indication, etc.

Si les parties ont négligé d'établir une réglementation détaillée, le juge complétera le contrat. Il imposera aux parties des "devoirs accessoires" fondés sur les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC; Deschenaux, Le titre préliminaire du CC, § 18.IV, p. 165; Merz, n. 260 ss ad art. 2 CC). A titre d'exemple, nous mentionnerons l'un de ces devoirs. Le locataire a l'obligation de laisser le bailleur vérifier le montant du chiffre

d'affaires. Il doit donc lui ouvrir ses livres, à lui ou à un expert, désigné en commun ou par le juge (Max. XI No 704). On rencontre une règle analogue dans tous les contrats partiels. Ainsi dans le métayage (Oser et Schoenenberger, n. 7 in fine ad art. 275 CO), dans le prêt partiel (Christ, Schweizerisches Privatrecht VII/2, § 39 II d, p. 262), dans le contrat d'agence (art. 418k al. 2 CO), dans le cas de l'employé intéressé (art. 322a CO). De plus - mais seulement en cas de procès - le bailleur pourra se prévaloir de l'article 963 CO, si le preneur est astreint à l'inscription au registre du commerce (Käfer, n. 31 ad art. 963 CO).

3. Le loyer proportionnel est-il soumis à l'AMSL ?

L'AMSL est applicable aux baux, c'est-à-dire "*à tous les contrats relatifs à la cession, à titre onéreux, de l'usage de logements et de locaux commerciaux*" (art. 2 al. 1 AMSL, art. 1 al. 1 OMSL). Lors de l'entrée en vigueur de l'Arrêté, les hôtels et restaurants échappaient à son emprise; de même les locaux commerciaux de plus de 500 m² (OCF du 10.7.1972, art. 4 litt. e et f, ROLF 1972, 1591). Ces dérogations ont été supprimées en 1975 (OCF du 15.2.1975, ROLF 1975, 173).

A notre avis, aucun doute n'est permis; le contrat étudié ici est bien soumis à l'AMSL. La seule réserve concerne le lieu de la situation de l'immeuble. L'Arrêté ne s'applique que dans les communes désignées par le Conseil fédéral (art. 2 et 3 AMSL; art. 2 OMSL; OCF du 11.12.1978, mod., NRS 221.213.12).

4. Le loyer proportionnel est-il compatible avec l'AMSL ?

La question se pose à propos de l'article 11 AMSL :

"Les clauses permettant au bailleur de majorer le loyer par une déclaration unilatérale sont nulles."

Pour Gmür et Caviezel (Mietrecht-Mieterschutz, p. 95), toute clause prévoyant une augmentation de loyer en cours de bail est nulle (art. 11), sous réserve des articles 9 (loyers indexés) et 10 (loyers échelonnés). Le loyer proportionnel n'est ni un loyer indexé (sur ce point, cf. ch. 5 infra) ni un loyer échelonné. La clause y relative est donc nulle en vertu de l'article 11.

Cette thèse nous paraît erronée. Le Tribunal fédéral l'a condamnée dans un cas particulier (RO 108 II 470 - JT 1983, 209 c. 5). L'article 11 AMSL a grosso modo la même portée que l'article 267e CO (cf. ch. 1 supra) avec lequel il semble faire double emploi (cf. Gmür et Caviezel, op.cit., p. 96; Müller, Der BMM, thèse Zurich 1976, p. 111). Il frappe la clause qui confère au bailleur *"une sorte de pouvoir en blanc"* (RO 109 II 55 - JT 1984, 526 c. 2b). Il ne vise pas les *"Aenderungsklauseln"* (Schmid, n. 56 ad art. 262 CO).

L'article 11 AMSL a été inséré dans la loi par le Conseil national, sans débat, sur une proposition non motivée de sa commission (BO 1972 N 895). Le Conseil des Etats l'a adopté non sans hésitation, pour éviter sur ce point - semble-t-il - une divergence avec la chambre basse (BO 1972 E 466 ss). Rien ne permet de faire des articles 9 à 11 de l'Arrêté un tout organique réglant exhaustivement le sujet des clauses de valeur.

En résumé, la location en pour-cent du chiffre d'affaires est compatible avec l'AMSL. Elle n'en est pas moins soumise à

l'Arrêté (cf. ch. 3 supra). Le locataire est protégé contre un loyer abusif (art. 1). Il reste à étudier la mise en oeuvre de cette protection.

5. Le loyer proportionnel est-il un "loyer indexé" ?

L'article 9 AMSL dispose ce qui suit :

"Loyers indexés. Les conventions prévoyant que les loyers seront adaptés aux variations d'un indice ne valent que pour les baux conclus pour cinq ans au moins. La possibilité de contester cette adaptation en vertu du présent arrêté est réservée."

Pour Gmür et Caviezel (op.cit., p. 91), comme pour von Büren (SJZ 1982 p. 197), l'indice au sens de l'article 9 ne peut être qu'un indice statistique (indice des prix à la consommation, des prix de gros, du coût de la construction, etc.). D'autres auteurs proposent une notion plus large. L'un d'eux (Müller, op.cit., p. 121) range expressément le loyer proportionnel dans les loyers indexés.

Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral a considéré comme indexé au sens de l'article 9 AMSL le loyer variable en fonction du taux hypothécaire (RO 103 II 267 - JT 1978, 201; RO 108 II 466 - JT 1983, 215; RO 109 II 55 - JT 1983, 526). Or le taux hypothécaire n'est pas un indice statistique, d'autant moins que le taux de référence est parfois le taux d'une banque déterminée ou le taux applicable dans le cas particulier de l'immeuble en cause. Selon la formule dite "Basler Mietvertrag", les parties peuvent demander en cours de bail *"la modification du loyer dans le cadre des dispositions légales"*. Le Tribunal fédéral a vu dans cette disposition une clause d'indexation (RO 108 II 470 - JT 1983, 209 c. 6). Plus généralement, il considère comme

telle toute clause prévoyant la modification du loyer en fonction de certains coûts ou de certains prix (RO 108 II 466 - JT 1983, 215 c. 2b in fine).

En bref, la jurisprudence interprète largement la notion d'indexation. Sur cette lancée, on pourrait y faire entrer le loyer proportionnel. Pourtant nous hésitons. Entre la clause de valeur en général et celle qui nous intéresse, il y a de fortes différences.

La clause de valeur détermine pour l'avenir une modification du loyer initial. Chaque variation de la valeur de référence entraîne une hausse ou une baisse du loyer. Notre clause détermine le loyer dû pour une période déterminée du passé. Dans l'application, elle n'entraîne ni une augmentation ni une diminution; elle ne se greffe pas sur un loyer initial; elle détermine le seul loyer concevable (sous réserve du minimum convenu dans certains cas; cf. Introduction, supra). Nous allons retrouver cette question en parlant de la procédure de contestation.

6. La contestation du loyer proportionnel (procédure)

Soumis à l'AMSL, le loyer proportionnel ne doit pas être "abusif" (art. 1). Il est "contestable" en ce sens que le locataire peut l'attaquer en justice s'il procure au bailleur "*un rendement excessif*" (art. 14 al. 1).

Aux articles 17, 18 et 19, l'AMSL prévoit trois procédures de contestation. Celle de l'article 17 ne vise que le loyer initial des logements; elle ne nous intéresse pas. La procédure

de l'article 18 concerne la majoration de loyer; elle commence par l'avis de majoration donné par le bailleur sur la formule officielle. La procédure de l'article 19 tend à la réduction du loyer : le locataire saisit de son chef la commission de conciliation.

Le Tribunal fédéral a jugé qu'en cas de majoration du loyer par l'effet d'une clause d'indexation, la contestation relevait de l'article 19 (RO 109 II 55 - JT 1983, 526 c. 2b in fine). La solution nous paraît discutable. Nous aurions, quant à nous, renvoyé à l'article 18 (cf. notre note au JT 1983, 529). La même solution, en revanche, nous paraît acceptable dans le cas particulier du loyer proportionnel. En effet, dans notre affaire, on ne saurait appliquer l'article 18 : la fixation du loyer ne consacre pas une augmentation d'un loyer antérieur (cf. ch. 5 supra). Il ne reste donc que la procédure en réduction de l'article 19. La disposition n'est d'ailleurs applicable que par analogie : à la lettre, elle suppose *"une notable modification des bases de calcul"* dont il n'est nullement question ici.

7. La contestation du loyer proportionnel (fond)

Nous supposons résolues les questions de procédure. Nous supposons un juge chargé de statuer au fond, de dire si un loyer proportionnel est abusif au sens de l'article 14 al. 1 AMSL. Aux termes de cette disposition, est abusif le loyer qui procure au bailleur un rendement excessif du local commercial loué.

Comme on sait, dans l'AMSL, la notion de loyer abusif repose, alternativement, sur deux piliers différents. N'est pas abusif,

en règle générale, le loyer qui ne dépasse pas les loyers usuels dans la localité. C'est la Vergleichsmiete de l'article 15 al. 1 lettre a. N'est pas abusif non plus, toujours en règle générale, le loyer qui couvre simplement les frais. C'est la Kostenmiete de l'article 15 al. 1 lettre c.

Dans notre domaine, l'application des deux critères légaux paraît malaisée. Supposons un locataire dont les affaires prospèrent. Le loyer proportionnel pourra dépasser largement et le montant des loyers usuels et le montant nécessaire pour couvrir les frais. Sera-t-il abusif pour autant ? Nous en doutons. Selon son article premier, l'AMSL vise à protéger les locataires. Dans notre exemple, le locataire n'a guère besoin de protection.....

A la vérité, il nous paraît vain de creuser plus avant le problème de fond. Tout dépendra, finalement, des circonstances particulières de l'espèce qui pourraient être soumises au juge.

CONCLUSION

Le bail partiaire est licite en droit commun (ch. 1 et 2).
Soumis à l'AMSL, il est compatible avec cette loi (ch. 3 et 4).
S'il prévoit un loyer indexé - le point est discutable (ch. 5) - , sa durée sera de cinq ans au moins (art. 9 AMSL).

Le locataire a la faculté de contester comme abusif le loyer déterminé conformément à notre clause. A notre avis, la contestation relève de l'article 19 AMSL, appliqué par analogie

(ch. 6). Le locataire n'a pas droit à un avertissement du bailleur. Il saisira la commission de conciliation de son chef. Il n'est pas tenu à l'observation d'un délai. Il fera bien, toutefois, d'agir sans trop tarder. A ce défaut, il sera réputé avoir renoncé à se prévaloir de son droit (ATF du 15.11.1981, non publié au RO; ZR 1982 No 101 - JT 1983, 547, rés.).

Reste la question de fond (ch. 7). Dans quels cas le loyer proportionnel sera-t-il abusif ? Nous avons posé la question sans tenter de la résoudre. En dehors d'un cas concret, la discussion ne peut être que purement académique, au mauvais sens du terme.

Sur le loyer proportionnel dans le cadre de l'AMSL, il n'y a - à notre connaissance - ni jurisprudence ni doctrine (à part une brève mention dans une thèse de doctorat). L'institution du bail partiaire paraît bien vivante mais elle semble vivre en marge de la loi. Les intéressés ne s'en plaignent pas. Pourvu que ça dure... .
