

## **BGE 116 II 587**

Bundesgericht (BGE), 1990-11-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_116 II 587](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_116_II_587)

FR: ATF 116 II 587

IT: DTF 116 II 587

### **Regeste**

Regeste Umsatzabhängige Mietzinsklausel. 1. Streitwertberechnung (Art. 47 Abs. 1 OG; E. 1). 2. Die Verbindung eines festen Mietzinses mit einem umsatzabhängigen ist weder nach Obligationenrecht noch nach BMM untersagt; sie fällt insbesondere nicht unter Art. 267e Abs. 2 OR und Art. 11 BMM (E. 2). 3. Obwohl der umsatzabhängige Mietzins dem BMM unterstellt ist, fällt er weder unter den gestaffelten (Art. 10 BMM) noch unter den indexgebundenen Mietzins (Art. 9 BMM); er kann deshalb während der Dauer der Miete nicht angefochten werden (E. 3). 4. Die Anfechtung der Berechnungsart des umsatzabhängigen Mietzinses fällt nicht unter den BMM (E. 5). 5. Rechtsmissbräuchliche Anfechtung einer zulässigen Vertragsklausel (E. 6).

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Pour le calcul de la valeur litigieuse, les divers chefs de conclusions formés dans une contestation pécuniaire par le demandeur ou par des consorts sont additionnés, même lorsqu'ils portent sur des objets distincts, pourvu qu'ils ne s'excluent pas ( art. 47 al. 1 OJ ). Selon la jurisprudence rendue en application de cette règle, sont additionnés les divers chefs de conclusions qui ont effectivement été réunis en instance cantonale et qui ont fait l'objet d'une décision unique dans le cadre d'une même procédure; les actions ne doivent pas nécessairement avoir été exercées d'emblée simultanément; la jonction par l'autorité cantonale de plusieurs procès introduits séparément suffit, l'état de la cause en dernière instance cantonale étant, à cet égard, déterminant ( ATF 103 II 45 /46; cf. WURZBURGER, Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral, thèse Lausanne 1964, p. 152). BGE 116 II 587 S. 590 Certes, la jurisprudence a réservé le cas où la jonction aurait été opérée à la seule fin d'éluder les règles sur la compétence ( ATF 103 II 46 ). Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce; la jonction des deux causes, portant sur les loyers de deux années successives et calculés sur les mêmes bases, apparaît conforme à la logique. La valeur litigieuse équivaut à la somme des deux parts de loyer contestées, soit à un total de 8'137 fr. 05 (3'691 fr. 25 + 4'445 fr. 80). Ainsi, contrairement à ce que l'intimée soutient, le recours en réforme est recevable sous l'angle de l' art. 46 OJ .

#### **E. 2**

La recourante conteste la validité de l'art. 3 du contrat de bail, le caractère impératif de l'AMSL l'emportant sur le principe de la liberté contractuelle; elle se demande également si cette clause n'est pas contraire à l' art. 267e al. 2 CO . a) Loin d'être rare dans la pratique, la combinaison d'un loyer fixe et d'un loyer proportionnel au chiffre d'affaires est même particulièrement répandue dans certains secteurs, notamment celui des établissements publics (cf. STRAUB, Der gastgewerbliche Mietvertrag, thèse Zurich 1981, No 351 ss p. 160). Compatible avec n'importe quel bail commercial, un tel loyer n'est prohibé ni par le

code des obligations, ni par l'AMSL. Sa validité découle du principe de la liberté des conventions ( art. 19 CO ). Il caractérise un bail "à la limite du bail à ferme" et n'apparaît, sur le plan de l'application systématique ou technique, guère différent du métayage prévu à l' art. 275 al. 2 CO (JEANPRÊTRE, Le loyer proportionnel au chiffre d'affaires du locataire, in Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 19/20 octobre 1984, p. 2). La licéité du loyer proportionnel n'est, par ailleurs, pas contestée en doctrine (voir notamment, outre JEANPRÊTRE déjà cité, BARBEY, L'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, Lausanne 1984, p. 111 et, du même auteur, Vom Umsatz oder Einkommen des Mieters abhängige Mietzinser, in Mietrechtspraxis 1989, p. 91 ss; LACHAT/MICHELI, Le nouveau droit du bail, p. 239, et auteurs cités ad note 100; ZIHLMANN, Das neue Mietrecht, p. 49 et 180). 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 BGE 116 II 587 S. 591 cocontractants (cf. ATF 109 II 58 consid. 2b, JEANPRÊTRE, 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. La modification du loyer résultant de l'application de cette clause n'est donc ni inconditionnelle, ni unilatérale (voir SCHMID, n. 5 ad art. 267e CO ).

### **E. 3**

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. 1er AMSL ) et les baux relatifs à l'usage de logements et de locaux commerciaux ( art. 1er 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. La cour cantonale ne saurait, dès lors, être suivie, dans son argumentation, apparemment principale, de ne soumettre de tels baux qu'au droit commun. Il reste cependant à examiner si le loyer fixé en application d'un pour-cent du chiffres d'affaires peut être contesté en cours de bail. a) Selon le principe découlant de l' art. 18 al. 1 AMSL , le bailleur qui entend majorer le loyer doit respecter le délai fixé pour la modification du bail. Appliquant ce principe au locataire qui conteste le montant du loyer sur la base de l' art. 19 AMSL , la jurisprudence en a déduit que le loyer librement fixé par les parties reste inchangé jusqu'à l'échéance contractuelle, sauf accord sur une modification avant terme ( ATF 107 II 263 , consid. 3b). Ce principe souffre une exception lorsque les parties conviennent d'une clause d'indexation qui, en cours de bail, ouvre des possibilités de modifier le loyer. A chaque terme de modification conventionnel, le locataire peut réclamer une baisse de loyer fondée sur l' art. 19 AMSL ( ATF 108 II 323 ). Il en va de même pour les loyers échelonnés, lors de chaque majoration fondée sur le contrat ( ATF 113 II 302 consid. 2c). Dans ces deux cas (loyer indexé et loyer échelonné), chaque majoration doit faire l'objet d'un avis officiel de hausse, en application de l' art. 13 al. 2 OSL . b) Le loyer proportionnel au chiffre d'affaires n'est pas un loyer échelonné, car il n'évolue pas sur la base de majorations périodiques d'un montant déterminé, selon la définition de l' art. 10 AMSL . BGE 116 II 587 S. 592 Un tel loyer ne peut pas davantage être assimilé à un loyer

indexé au sens de l' art. 9 AMSL (voir LACHAT/MICHELI, op.cit., p. 240; ZIHLMANN, op.cit., p. 182). En effet, il ne se trouve pas rattaché à un facteur de variation étranger au bail, tel que l'indice des prix à la consommation ou le taux hypothécaire, mais à un élément inhérent à l'usage de l'objet loué ou au revenu et aux affaires du locataire (cf. BARBEY, L'arrêté fédéral..., p. 112, et Vom Umsatz..., p. 94). Si la doctrine dominante admet que la fixation du loyer en fonction du chiffre d'affaires n'équivaut pas à une clause d'indexation, certains auteurs paraissent cependant reconnaître le droit pour le locataire de s'opposer aux majorations de tels loyers ou de solliciter une réduction de loyer sur la base de l' art. 19 AMSL ; le locataire pourrait ainsi, notamment, faire examiner si le pourcentage convenu entre le chiffre d'affaires et le loyer est ou non abusif (BARBEY, L'arrêté fédéral..., p. 113/114; plus hésitants LACHAT/MICHELI, op.cit., p. 240; JEANPRÊTRE, op.cit., p. 8, n'admet que l'application de l' art. 19 AMSL ). Et ce droit est reconnu au locataire en cours de bail, lors de chaque fixation du loyer. La jurisprudence genevoise a retenu cette solution, dans l'arrêt rendu entre les mêmes parties le 31 octobre 1984, mais a exigé la notification sur la formule officielle si la fixation du loyer en fonction du chiffre d'affaires aboutit à une hausse. 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 d'une clause contractuelle, la méthode de fixation du loyer proportionnel au chiffre d'affaires est l'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. Dans ces conditions, même s'il peut varier tant vers le haut que vers le bas au gré de l'évolution des affaires menées par le locataire, un loyer déterminable sur la base d'un calcul aussi simple ne peut qu'être assimilé à un loyer fixe, arrêté d'un commun accord par les parties lors de la conclusion du bail. Par conséquent, BGE 116 II 587 S. 593 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. Dans cette dernière hypothèse seulement, le bailleur devra faire usage de la formule officielle. Aussi est-ce à tort que, en l'espèce, la locataire a contesté la fixation du loyer en cours de bail en se fondant sur l'AMSL. Son action en contestation de "hausse" ou en réduction du loyer a donc été rejetée à bon droit, même si la cour cantonale s'est fondée sur une motivation différente.

#### **E. 4**

Il n'y a pas lieu d'examiner les effets éventuels de l'existence de la clause d'indexation de l'art. 3a du contrat. D'une part, ni cette clause, ni le chiffre minimal de loyer qu'elle détermine ne sont attaqués; d'autre part, le loyer fondé sur cette clause ne pourrait faire l'objet d'une contestation que dans l'hypothèse - non réalisée en l'espèce - où le loyer proportionnel au chiffre d'affaires, calculé sur la base de l'art. 3b du contrat, ne dépasserait pas le loyer minimal indexé.

#### **E. 5**

En revanche, la recourante pouvait contester la façon dont le loyer proportionnel au chiffre d'affaires a été calculé. 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. A cet égard, la recourante soutient que le chiffre d'affaires servant de base à la fixation du loyer devrait être porté en déduction du loyer. Ce point de vue ne résiste pas à l'examen. En effet, l'interprétation du contrat à la lumière du principe de la confiance ( art. 18 CO ) ne laisse planer aucun doute. La notion de chiffre d'affaires comprend l'ensemble du produit brut des ventes de la recourante. Il n'y a pas à rechercher tout ou partie du produit net non plus qu'à déduire l'un ou l'autre poste des charges d'exploitation. Si les parties avaient voulu donner un autre sens aux mots "chiffre d'affaires" et, notamment, en déduire le loyer, elles auraient dû le dire clairement. Or tel n'a pas été le cas. La position de la recourante est d'autant plus insoutenable que l'art. 3 du contrat de bail définit le terme de "chiffre d'affaires" avec une précision telle qu'elle exclut toute possibilité de déduire le loyer.

#### **E. 6**

Enfin, l'attitude de la recourante apparaît contraire aux règles de la bonne foi. Contester la licéité de l'art. 3 du contrat, BGE 116 II 587 S. 594 alors qu'elle a expressément été reconnue dans l'accord passé entre les parties le 15 juillet 1985 devant le Tribunal des baux et loyers, constitue un abus de droit. Seul le locataire usant de ses droits conformément à la loi, et à l' art. 2 al. 2 CC en particulier, peut bénéficier de la protection contre les loyers abusifs accordée par l'AMSL. Dans le cas contraire, cette protection doit lui être refusée ( ATF 114 II 81 ). Or, dans le cas particulier, la recourante n'a pas émis la moindre réserve quant à la façon dont a été calculé le chiffre d'affaires au cours des années antérieures.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.