

## ARTICLE

## BAIL À LOYER INDEXÉ: LE POINT DE LA SITUATION. MIETZINSINDEXIERUNG: EINE ZWISCHENBILANZ.

par Nicolas Saviaux, docteur en droit, avocat au barreau, Lausanne

### 1. INTRODUCTION

Réglementé par les art. 269b CO, ainsi que 17 et 18 OBLF, le contrat de bail à loyer indexé permet aux parties d'adopter un mode exclusif de fixation du loyer net, en stipulant qu'il sera adapté aux variations d'un indice officiel. L'indexation a pour but principal d'assurer au bailleur le maintien de la valeur de la chose louée, en permettant l'adaptation partielle ou totale du loyer à l'évolution du coût de la vie. En contrepartie, elle offre au locataire la garantie d'une durée du bail de cinq ans au moins. La validité d'une clause d'indexation est subordonnée à deux conditions cumulatives, la première étant que le bail doit lier le bailleur pour une période minimale de cinq ans, la seconde que référence soit faite à l'indice suisse des prix à la consommation, à l'exclusion de tout autre indice, tel le taux d'intérêt hypothécaire ou une combinaison de ce taux avec l'IPC<sup>1</sup>. La durée minimale de cinq ans prévue à l'art. 269b CO n'est en réalité impérativement contraignante qu'à l'égard du bailleur, le contrat pouvant prévoir un droit de résiliation par le locataire durant la période quinquennale<sup>2</sup>.

Dans la pratique, on rencontre fréquemment, surtout en matière de bail d'habitation, des clauses autorisant le locataire à résilier le bail durant la période minimale de cinq ans.

### 2. EN CAS DE BAIL À LOYER INDEXÉ, QUELLES SONT LES POSSIBILITÉS D'ADAPTATION DU LOYER À L'ÉCHÉANCE, QUE CE SOIT À LA REQUÊTE DU BAILLEUR OU DU LOCATAIRE?

1 Lachat I, p. 507-508; Lachat II, p. 1415-1416; Dietschy, p. 889 ss; SVIT Kommentar, p. 599 ss; Weber, p. 1516 ss; Higi, p. 348 ss; Zihlmann, p. 177 ss; Wettstein, p. 49 ss.

2 L'art. 17 al. 4 OBLF stipule qu'« un bail est conclu pour cinq ans au sens de l'art. 269b du Code des obligations si le bailleur ne peut donner le congé pour une durée minimale de cinq ans ». A contrario, la clause d'indexation est valable lorsque le bail de cinq ans peut être résilié avant terme par le seul locataire. Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, l'art. 17 al. 4 OBLF a concrétisé la jurisprudence et la doctrine antérieures, qui, de manière unanime, approuvaient la possibilité réservée unilatéralement au locataire de résilier pendant la période initiale de cinq ans, car ce qui compte c'est que le bailleur, lui, ne puisse pas résilier durant cette période minimale de cinq ans.

a) Un arrêt du 11 février 1986 du Tribunal fédéral (ATF 112 II 69 = JdT 1986 I 592) approuve les clauses d'un bail indexé conclu pour cinq ans au moins, mais prévoyant que le locataire pouvait donner congé une fois par an.

b) Sous l'empire du nouveau droit (en vigueur dès le 1<sup>er</sup> juillet 1990 après la révision complète du droit du bail à loyer et du bail à ferme et l'introduction de l'OBLF), on peut citer notamment un arrêt du Tribunal fédéral du 4 février 1997 (ATF 123 III 76, cons. 4 a p. 77 = MP 2/97/94). On peut également se référer à un arrêt du 23 août 1999 du Tribunal fédéral (ATF 126 III 358 = JdT 2000 I 204 cons. 1 b/bb p. 207).

c) Quant à la doctrine, elle admet de façon unanime que seul le bailleur est lié par la durée impérative de cinq ans minimum en cas de bail indexé (Lachat I, ch. 2.2.1 p. 506; Lachat II, n° 3 ad art. 269b CO p. 1415; Fetter, ch. 42 p. 19-20 et les références en note de bas de page 76; Barbey, p. 106; SVIT Kommentar, n° 3 ad art. 269b CO p. 600; Weber, n° 1 ad art. 269b CO p. 1516; Zihlmann, p. 178; Higi, n° 70 ad art. 269b CO p. 370; Dietschy, n° 6 ad art. 269b CO p. 891; Wettstein, p. 51).

Durant la période minimale de cinq ans, à une exception près concernant les prestations supplémentaires du bailleur, l'indexation constitue un mode exclusif de fixation du loyer<sup>3</sup>.

Au moment de l'échéance de la période quinquennale, le sort de la clause d'indexation dépend de la reconduction du bail: intervient-elle pour une durée indéterminée, par exemple en tant que bail congéable d'année en année ou pour une durée inférieure à cinq ans, ou alors y a-t-il reconduction du bail pour une durée égale ou supérieure à cinq ans?

#### **A. Période de reconduction d'une durée égale ou supérieure à 5 ans**

Si la période de reconduction est d'une durée égale ou supérieure à cinq ans, la clause d'indexation demeure applicable. Il en va de même lorsque le contrat se renouvelle pour cinq ans minimum en vertu d'un droit d'option<sup>4</sup>.

#### **B. Reconduction (tacite ou expresse) du bail pour une durée indéterminée, par exemple en tant que bail congéable d'année en année, ou pour une durée inférieure à 5 ans**

Si le bail est reconduit, tacitement ou de manière expresse, pour une durée indéterminée, par exemple en tant que bail congéable d'année en année, ou inférieure à cinq ans, les parties ne peuvent plus se prévaloir de la clause d'indexation. Cette clause tombe.

#### **C. Possibilités d'adapter le loyer à l'échéance**

Dans les deux cas de figure ci-dessus, l'une ou l'autre des parties peut demander l'adaptation du loyer pour l'échéance des cinq ans (que le bail se poursuive comme bail indexé pour une nouvelle période minimale de cinq ans ou qu'il devienne un bail congéable), cela en se fondant sur la méthode absolue ou sur la méthode relative.

En effet, la présomption, selon laquelle le dernier loyer fixé est censé procurer au bailleur un rendement suffisant, ne peut pas être rapportée au bail à loyer indexé, dès lors que les parties savent, en prévoyant une telle clause d'indexation, que le bailleur ne pourra pas répercuter les autres facteurs de hausse, en particulier la hausse du taux hypothécaire. A l'inverse, le locataire n'aura pas bénéficié d'une baisse du taux hypothécaire si celle-ci s'est produite. Le Tribunal fédéral a reconnu au bail à loyer indexé

<sup>3</sup> Dietschy, n° 28 ad art. 269b CO p. 898; Lachat I, ch. 2.1.2 p. 507; Lachat II, p. 1415; Fetter, ch. 44 p. 21; SVIT Kommentar, n° 25 ad art. 269b CO p. 610; Weber, n° 11 ad art. 269b CO p. 1520; arrêt du 6 janvier 2011 du Tribunal fédéral, réf. 4A\_489/2010, 4A\_531/2010 cons. 4.2 = MP 2/11/129; arrêt du 17 novembre 1997 du TF = ATF 124 III 57 = JdT 1999 I 19 cons. 3a p. 20-21; arrêt du 4 février 1997 du TF = ATF 123 III 76 cons. 4c p. 82 = CdB 2/97/37 = SJ 1997 p. 465 = DB 1997 n° 17 p. 22 = MP 2/97/94; arrêt du 5 mars 1997 du TF = DB 1998 n° 15 p. 19 = MP 2/97/102; jugement du 3 avril 2007 du Tribunal des baux du canton de Vaud = CdB 1/08/28; arrêt du 28 mars 1994 de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de la République et canton de Genève = CdB 4/95/113; arrêt du 22 septembre 1992 de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois = RSJ 1993 p. 306 n° 5 = DB 1994 n° 19 p. 22.

<sup>4</sup> Selon le Tribunal fédéral (arrêt du 17 novembre 1997 = ATF 124 III 57 = JdT 1999 I 19 cons. 3b p. 22 en haut = SJ 1998 p. 276 = DB 1998 n° 18 p. 23), « si un contrat conclu pour une durée déterminée de cinq ans est reconduit tacitement ou expressément pour une durée indéterminée, la clause d'indexation tombe, à moins que le locataire ne se soit également engagé pour une durée supplémentaire de cinq ans »; voir également jugement du 3 avril 2007 du Tribunal des baux du canton de Vaud = CdB 1/08/28; arrêt du 8 décembre 2003 de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de la République et canton de Genève fiche n° 16396; jugement du 7 octobre 1999 du Tribunal des baux de Zurich = DB 2001 n° 18, p. 28 = MP 2000 p. 26 n° 8 = MRA 2000 p. 347, confirmé par arrêt du 12 janvier 2000 du Tribunal cantonal zurichois = MP 4/00/189; Dietschy, n° 33 ad art. 269b CO p. 900; SVIT Kommentar, n° 6 ad art. 269b CO p. 601; Knoepfler/Ruedin, p. 20; Lachat II, n° 3 ad art. 269b CO p. 1415.

un caractère aléatoire justifiant le choix entre les méthodes absolue et relative pour adapter le loyer à l'échéance de la clause d'indexation, voire pour une date postérieure après la reconduction tacite du bail<sup>5</sup>.

#### D. Comment s'applique la méthode relative en pareille hypothèse ?

Les questions suivantes se posent, entre autres : quelles sont les bases de calcul d'application de la méthode relative, c'est-à-dire notamment la date de référence des facteurs à prendre en considération ? Une fois le pourcentage de variation déterminé suite à l'application de la méthode relative, à quel loyer applique-t-on ce pourcentage de variation ? En cas de recours à la méthode relative, prend-on en considération tous les facteurs relatifs ?

a) En cas d'application de la méthode relative, la date de référence pour le calcul du nouveau loyer n'est pas celle de la dernière indexation, mais celle de la conclusion du contrat de bail, ou alors celle de la conclusion de la clause d'indexation, lorsque celle-ci est conclue ultérieurement, notamment suite à une transaction judiciaire, ou encore celle de la dernière reconduction en cas de reconduction tacite du bail<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> « Le bailleur pourra solliciter une majoration du dernier loyer indexé pour le terme de résiliation, sur la base de l'art. 269 d CO, et le locataire invoquer l'art. 270 a CO à l'appui d'une demande de diminution de son loyer. Dans ce cadre-là, le nouveau loyer admissible devra être déterminé, en fonction des facteurs mentionnés dans l'avis de majoration, soit au moyen de la méthode absolue, soit à l'aide de la méthode relative, la première date de référence étant celle de la conclusion du bail dans cette dernière hypothèse. Il va de soi que le locataire pourra se prévaloir, de son côté, de la première méthode pour s'opposer à une majoration justifiée au regard de la seconde, mais qu'il estimerait abusive (...). Si, à l'expiration de la durée déterminée du bail « congéable », le bail est reconduit tacitement sans modification du loyer, de même que dans l'hypothèse d'une reconduction tacite d'un bail de durée déterminée proprement dit (...), on pourra inférer de l'inaction du bailleur qu'il estimait suffisant le loyer en vigueur au moment où il aurait pu soit résilier le bail ou majorer le loyer (i.e. à l'échéance du bail « congéable »), soit, s'agissant d'un bail de durée déterminée stricto sensu, exiger le départ du locataire. Il en ira de même dans le cas d'une demande de baisse de loyer fondée sur la méthode relative, après reconduction tacite du bail à loyer indexé. Toutefois, si, dans ces deux variantes de reconduction tacite d'un tel bail, le bailleur ou le locataire réclamait l'application de la méthode absolue, il y aurait lieu de donner suite à sa demande (...). En effet, le mode de fixation du loyer indexé, étant donné son caractère aléatoire, rend admissible le recours à la méthode absolue – par exception à la règle jurisprudentielle imposant de relativiser les motifs de hausse absolus (ATF 121 III 163 cons. 2c) – même si les circonstances ne se sont pas modifiées depuis la date de l'expiration de la durée initiale pour laquelle le bail à loyer indexé a été conclu. En bref, quel que soit le cas de figure, chacune des parties pourra toujours exiger du juge qu'il vérifie au moyen de la méthode absolue si le nouveau loyer devant entrer en vigueur postérieurement à l'expiration de la durée minimale du bail à loyer indexé est abusif ou non » (arrêt du 4 février 1997 du TF = ATF 123 III 76, cons. 4c p. 81 = SJ 1997 p. 465 = CdB 2/97/37 = MP 2/97/94 = DB 1997 n° 17 p. 22; arrêt du 6 janvier 2011 du Tribunal fédéral, réf. 4A\_489/2010, 4A\_531/2010 cons. 4.2 = MP 2/11/129; voir également ATF 124 III 57 = JdT 1999 I 19 = MRA 2/98/53; arrêt du 6 août 2004 du TF = CdB 1/05/29; arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2001 du Tribunal fédéral, réf. 4C.157/2001 cons. 1; arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de la République et canton de Genève du 10 décembre 2001 fiche 15678; Futterlieb I, p. 259 ss; Futterlieb II, p. 61 ss; Rohrer, p. 148; Giavarini, p. 189; Wettstein, p. 52; Conod/Broquet, p. 242-243; Jacquemoud/Rossari, p. 18; Hediger, p. 73; Gut, p. 23 à 25; Heusi, p. 163 à 165).

<sup>6</sup> Arrêt du 6 janvier 2011 du Tribunal fédéral, réf. 4A\_489/2010, 4A\_531/2010 cons. 4.2 = MP 2/11/129; arrêt du 4 février 1997 du TF = ATF 123 III 76, cons. 4c p. 81 = SJ 1997 p. 465 = CdB 2/97/37 = MP 2/97/94 = DB 1997 n° 17 p. 22; voir également ATF 124 III 57 = JdT 1999 I 19 = MRA 2/98/53; arrêt du 6 août 2004 du TF = CdB 1/05/29; arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2001 du Tribunal fédéral, réf. 4C.157/2001 cons. 1; arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de la République et canton de Genève du 10 décembre 2001 fiche 15678; Futterlieb I, p. 259 ss; Futterlieb II, p. 61 ss; Rohrer, p. 148; Giavarini, p. 189; Wettstein, p. 52; Conod/Broquet, p. 242-243; Jacquemoud/Rossari, p. 18; Hediger, p. 73; Gut, p. 23 à 25; Heusi, p. 163 à 165. Si, à l'expiration de la durée du bail indexé et en cas de reconduction tacite, une partie ne sollicite pas l'adaptation du loyer, elle est déchuée de la possibilité d'invoquer par la suite une modification fondée sur des critères relatifs avec comme point de comparaison la situation qui prévalait lors de la conclusion du contrat. Son inaction peut en effet être interprétée comme la reconnaissance que

Il est important de rappeler qu'une partie peut toujours réclamer l'application de la méthode absolue, peu importe que la majoration ou la diminution de loyer soit invoquée pour l'échéance de la clause ou ultérieurement, pour une prochaine échéance utile, respectivement pour le dernier terme pour lequel une demande d'adaptation aurait pu être formulée<sup>7</sup>.

b) Une fois déterminé le pourcentage d'évolution du loyer (à la hausse ou à la baisse) en application de la méthode relative, la variation en question sera appliquée au loyer en vigueur à l'échéance. En effet, si la clause d'indexation est valable, l'adaptation correspondante du loyer ne peut pas être remise en cause. A défaut, cela reviendrait à nier la validité de la clause d'indexation et, partant, l'art. 269 b CO. En d'autres termes, on appliquera la variation du loyer (à la hausse ou à la baisse), déterminée par application de la méthode relative ou par l'application de la méthode absolue, au dernier loyer en vigueur au terme de l'échéance de la clause d'indexation<sup>8</sup>.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 6 janvier 2011 (voir note 6) permet d'illustrer la problématique par un exemple concret: un bail portant sur des locaux commerciaux avait été conclu pour une durée initiale de cinq ans, jusqu'au 31 décembre 1997, et devait se reconduire de cinq ans en cinq ans à défaut de résiliation par l'une ou l'autre des parties six mois avant l'échéance. Il s'agissait d'un bail indexé à l'indice officiel suisse des prix à la consommation. Le loyer net initial avait été fixé à Fr. 16'500.- par mois. Par la suite, il avait été modifié en raison de l'évolution de l'IPC, la dernière fois le 19 octobre 2006, pour atteindre le montant de Fr. 17'709.- avec effet dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007. Le 21 mars 2007, la partie locataire a demandé une diminution du loyer de Fr. 5'059.- par mois dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Elle a invoqué une baisse du taux hypothécaire qui avait passé, depuis la conclusion du contrat de bail en 1992, de 6,75 % à 3%. La Haute Cour a rappelé que le point litigieux était la date de la dernière fixation du loyer à prendre en considération dans le cadre de la méthode relative. Elle a indiqué que la date du 19 octobre 2006 n'entraîne pas en considération, au motif que l'adaptation

le loyer fixé est considéré comme convenable ou suffisant. En pareilles circonstances, la date de référence pour l'application de la méthode relative sera celle du terme de l'indexation.

7 Voir notamment jugement du 12 août 2009 du Tribunal des baux du canton de Vaud réf. XA09.10953; Conod/Broquet, p. 242-243; Dietschy, p. 900-901 et les références; Weber, n° 7 ad art. 269 b CO p. 1518; SVIT Kommentar, n° 32 ad art 269 b CO p. 613-614.

8 Arrêt du 6 janvier 2011 du Tribunal fédéral, réf. 4A\_489/2010, 4A\_531/2010 cons. 4.4 = MP 2/11/129: «La diminution se rapporte au loyer dû à l'échéance contractuelle, à savoir à fin 2007, et non pas au loyer précédent, comme l'a retenu à tort la Cour de cassation civile. Car la clause d'indexation était valable et l'adaptation correspondante du loyer ne peut pas être remise en cause dans le cadre d'une requête fondée sur la méthode relative.» Cet arrêt a le mérite de clarifier un arrêt précédent où la formulation était moins claire. Dans son arrêt du 6 août 2004 (réf. 4C.171/2004 cons. 4.2. = CdB 1/05/29), le Tribunal fédéral s'était en effet exprimé de la manière suivante: «En réalité, c'est le loyer initial, ou tel qu'il était au moment de la conclusion de la clause d'indexation, qui doit servir de base pour l'établissement du nouveau loyer à l'échéance de la clause d'indexation.» On aurait pu comprendre que, à l'échéance de la clause d'indexation et quel que soit le montant du loyer à ce moment-là, on pourrait déterminer le loyer par application de la méthode relative en partant du loyer initial, ou tel qu'il était au moment de la conclusion de la clause d'indexation, sans tenir compte du loyer atteint par le biais de la clause d'indexation pendant la durée minimale de cinq ans. L'arrêt du 4 février 1997 du Tribunal fédéral (ATF 123 III 76 = SJ 1997 p. 465 = CdB 2/97/47 = MP 2/97/94 = DB 1997 n° 17 p. 22) était quant à lui plus clair: «Les différents cas de figure envisageables peuvent, dès lors, être résumés comme il suit: le bailleur pourra solliciter une majoration du dernier loyer indexé pour le terme de résiliation, sur la base de l'art. 269 d CO, et le locataire invoquer l'art. 270 a CO à l'appui d'une demande de diminution de son loyer.» C'est bien le **dernier loyer indexé, en vigueur à l'échéance** pour laquelle l'une ou l'autre des parties réclame l'adaptation de loyer, qui sera modifié à la hausse ou à la baisse, en fonction de la variation déterminée par application de la méthode relative, comme déjà décrit. Bien entendu, la méthode absolue peut aussi être invoquée par l'une ou l'autre des parties à ce moment-là.

de loyer intervenue à ce moment-là était uniquement fondée sur l'évolution de l'IPC et n'avait aucun lien avec le taux hypothécaire de référence, qui ne pouvait de toute façon être invoqué que pour l'échéance contractuelle (puisqu'il s'agissait d'un bail indexé). Le Tribunal fédéral a ajouté qu'au moment où la locataire aurait pu, en respectant le préavis de six mois, demander une diminution du loyer pour cause de baisse du taux hypothécaire (c'est-à-dire pour la première échéance du 31 décembre 2002), elle ne l'avait pas fait, si bien que le bail avait été reconduit tacitement pour cinq ans dès le 1<sup>er</sup> janvier 2003 avec le même loyer. Il n'y avait donc pas eu de modification consensuelle du loyer, ni de transaction prenant en compte le taux hypothécaire, ni une augmentation du loyer fondée sur le taux hypothécaire qui n'aurait pas été contestée. Le loyer n'avait pas non plus été fixé selon la méthode absolue.

Il en découlait que le loyer initial fixé en 1992 n'avait jamais été adapté à l'évolution du taux hypothécaire. Il s'ensuivait que la dernière fixation de loyer déterminante en l'espèce pour le calcul de la diminution du loyer au 1<sup>er</sup> janvier 2008 était la fixation du loyer initial en octobre 1992. La Haute Cour a encore précisé que la diminution de loyer découlant de la baisse du taux hypothécaire se rapporterait au loyer dû à l'échéance contractuelle à savoir à fin 2007, dès lors que la clause d'indexation était valable et que l'adaptation correspondante de loyer ne pouvait pas être remise en cause.

Elle a également précisé que le bailleur pouvait opposer à la demande de baisse de loyer du locataire pour l'échéance des facteurs relatifs, comme la hausse d'autres frais, ou des facteurs absolus, comme le rendement non abusif de la chose louée. Dans le cas en question, la partie bailleuse avait invoqué une hausse des frais d'entretien, que l'autorité de première instance n'avait pas prise en considération. La cause lui a dès lors été renvoyée par le Tribunal fédéral.

c) En cas de calcul selon la méthode relative, il convient de se demander s'il y a lieu d'appliquer tous les critères relatifs, tels que la variation du taux hypothécaire, la variation de l'IPC (mais répercuté seulement à hauteur de 40%, en vertu de l'art. 16 OBLF), l'évolution des charges.

L'arrêt du 6 janvier 2011 du Tribunal fédéral permet de répondre par l'affirmative s'agissant de la variation du taux hypothécaire et de l'évolution des charges, critères qu'il aborde de manière expresse dans sa décision. En va-t-il de même de l'évolution de l'IPC? Bien qu'il s'agisse incontestablement d'un critère relatif, qui devrait par conséquent faire partie d'un calcul fondé sur la méthode relative, on peut en douter. En effet, si, en cas d'application de la méthode relative, on intégrait dans le calcul l'évolution de l'IPC (même répercuté seulement à hauteur de 40%, en vertu de l'art. 16 OBLF), cela reviendrait à appliquer deux fois l'IPC. Ainsi, le loyer aurait été adapté à l'entier de l'évolution de l'IPC durant la phase où le bail était indexé. Ensuite, que ce soit sur requête du bailleur ou du locataire demandant l'application de la méthode relative à l'échéance du bail indexé, l'évolution de l'IPC serait appliquée une deuxième fois, même si ce n'est qu'à concurrence de 40%.

Pareille double prise en compte de l'évolution de l'IPC ne semble pas défendable. Tout d'abord, la méthode relative implique d'examiner l'évolution des critères depuis la dernière fixation du loyer. Or, au moment de l'application de la méthode relative à la fin d'un bail indexé, l'IPC aura déjà évolué et influé sur le loyer, précisément vu qu'il s'agissait d'un bail indexé. Il y aura déjà eu « *évolution* » du critère IPC, si bien qu'il ne se justifie pas de l'appliquer une seconde fois. On peut également déduire par analogie de l'interdiction du cumul d'une clause d'indexation avec une clause d'échelonnement<sup>9</sup> un argument contre la possibilité de cumuler l'indexation

<sup>9</sup> Lachat I, p. 510; Dietschy, p. 897; Jacquemoud-Rossari, p. 18.

à l'IPC tout au long de la durée d'un bail indexé avec la prise en compte de l'IPC (même à 40% seulement) de nouveau à l'occasion de l'application de la méthode relative à l'échéance du bail indexé<sup>10</sup>.

Il apparaît ainsi que sont à prendre en considération, dans le calcul selon la méthode relative à l'échéance du bail indexé, les critères relatifs de fixation du loyer dont il n'a pas déjà été tenu compte.

Nous ne manquons pas de rappeler aux bailleurs que si à l'expiration de la durée du bail indexé et en cas de reconduction tacite, ils ne sollicitent pas l'adaptation du loyer, ils seront déchus de la possibilité d'invoquer par la suite une modification fondée sur des critères relatifs avec comme point de comparaison la situation qui prévalait lors de la conclusion du contrat. Leur inaction sera interprétée comme la reconnaissance que le loyer fixé est considéré comme convenable ou suffisant. Les bailleurs ou leurs représentants veilleront donc à se poser la question, en présence de baux indexés, cela suffisamment à l'avance, afin de pouvoir le cas échéant demander l'adaptation du loyer à l'échéance, soit en application de la méthode absolue soit de la méthode relative<sup>11</sup>.

### 3. LE LIEN AVEC LE TAUX HYPOTHÉCAIRE DISPARAÎT-IL ?

Il découle de ce qui précède que l'une ou l'autre des parties peut invoquer le taux hypothécaire et demander l'adaptation du loyer en fonction de son évolution, même en cas de bail indexé, mais seulement pour l'échéance de la période minimale de cinq ans, voire pour l'échéance suivante, que ce soit cinq ans plus tard en cas de reconduction du bail indexé ou pour la prochaine échéance annuelle en cas de non-reconduction du bail indexé et poursuite de ce dernier en bail congéable de durée indéterminée.

Il apparaît ainsi qu'un contrat de bail indexé conclu pour une première période de cinq ans, puis se renouvelant de cinq ans en cinq ans (sauf avis de résiliation donné au moins une année à l'avance, voire même avec un droit unilatéral de résiliation pour une échéance annuelle en faveur du locataire exclusivement) permet de faire perdurer la clause d'indexation dans le temps et d'exclure d'autres facteurs de fixation du loyer que l'IPC, ce dernier étant exclusif. En revanche, même dans cette hypothèse, l'une ou l'autre des parties peut demander le réexamen du loyer (en vertu de la méthode relative ou de la méthode absolue) pour la première échéance des cinq ans, voire pour la suivante, et ainsi de suite.

L'arrêt du 6 janvier 2011 du Tribunal fédéral évoqué plus haut clarifie une question laissée ouverte par un jugement du 12 août 2009 du Tribunal des baux du canton de Vaud abordant la question de savoir si l'art. 270a CO est applicable au moment de la reconduction pour une nouvelle période de cinq ans d'un bail indexé congéable. Il

10 L'arrêt du 6 janvier 2011 du TF évoque du reste les critères relatifs que sont le taux hypothécaire et la hausse des frais, mais ne parle pas de l'IPC dans l'application de la méthode relative à l'échéance du bail indexé. Si, dans le cas tranché, la Haute Cour a dit que la dernière fixation du loyer déterminante correspondait à la fixation du loyer initial, c'était précisément parce que ce loyer n'avait jamais été adapté à l'évolution du taux hypothécaire. On peut en déduire que l'argument important est l'absence de prise en considération d'un critère de fixation du loyer, en l'occurrence le taux hypothécaire (ou les charges puisqu'elles ne pouvaient pas non plus avoir été prises en considération, par définition puisque le bail était indexé et donc exclusif d'autres critères). A contrario, si un critère a déjà été pris en compte, il ne se justifie pas de l'appliquer une deuxième fois au moment du calcul en méthode relative à l'échéance du bail indexé.

11 Le bailleur peut aussi envisager de n'appliquer que partiellement les critères à disposition s'il envisage une hausse de loyer pour l'échéance d'un bail indexé et émettre une réserve. Dans ce cas, il veillera à indiquer, en francs ou en pour-cent du loyer, le montant de la majoration auquel il renonce (art. 18 OBLF). Il motivera clairement la réserve, particulièrement les critères de fixation du loyer qui la fondent (Jacquemoud-Rossari, p. 20).

s'agissait d'un bail à loyer pour locaux commerciaux conclu pour une période initiale de cinq ans et un mois, arrivé à échéance le 30 septembre 2004, le contrat se renouvelant depuis lors de cinq ans en cinq ans, sauf avis de résiliation donné au moins une année à l'avance. Invoquant l'évolution du taux d'intérêt hypothécaire, la locataire a réclamé une baisse de loyer dès le 1<sup>er</sup> octobre 2009. Les bailleurs ont opposé à la baisse requise un jugement du Tribunal des baux du 3 avril 2007 selon lequel le régime des loyers indexés de l'art. 269 b CO excluait l'adaptation du loyer en fonction de la variation du taux hypothécaire pour le terme de résiliation convenu dans le cas d'un bail congéable reconduit pour une nouvelle période de cinq ans<sup>12</sup>. Le Tribunal des baux a notamment relevé ce qui suit:

- «Le Tribunal fédéral n'a cependant jamais tranché la question de savoir si l'art. 270 a CO est applicable au moment de la reconduction pour une nouvelle période de cinq ans d'un bail indexé congéable.»
- «Une jurisprudence genevoise a en revanche répondu par l'affirmative à cette question.»
- «Le Tribunal cantonal vaudois avait auparavant jugé que, tant que la clause d'indexation reste valable, parce que le bail se renouvelle selon une périodicité de cinq ans au minimum, le bailleur ne peut pas augmenter le loyer pour le terme de résiliation sur la base de facteurs non prévus par le contrat.»
- «Aucune opinion doctrinale connue du tribunal de céans ne tranche par ailleurs la question qui doit précisément être résolue ici.»
- «Au vu de cette situation contrastée et en particulier de l'absence de jurisprudence fédérale topique, la question pourrait certes être reprise théoriquement à zéro.»

Le Tribunal des baux vaudois n'a finalement pas procédé au réexamen de la question, car, même en calculant une adaptation de loyer dans l'hypothèse où le rapport de bail sortait du régime d'indexation, la requête de baisse de loyer litigieuse devait de toute façon être rejetée, indépendamment du réexamen de la jurisprudence du Tribunal des baux et de celle du Tribunal cantonal vaudois.

La jurisprudence fédérale attendue sur cette question est arrivée: le bailleur et le locataire d'un bail indexé qui se reconduit pour au moins cinq ans peuvent solliciter une majoration respectivement une diminution du dernier loyer indexé pour le prochain terme de résiliation, à savoir pour l'échéance du bail, original ou reconduit. Cette majoration ou diminution peut être déterminée soit à l'aide de la méthode relative, soit au moyen de la méthode absolue, selon le choix de la partie requérante.

#### **4. QU'ADVIENT-IL DE L'INDEXATION SI ELLE N'A PAS ÉTÉ APPLIQUÉE DURANT LA PÉRIODE INITIALE DE CINQ ANS ET QUE L'ON SE RETROUVE AU MOMENT DU RENOUVELLEMENT DU BAIL? L'INDEXATION PEUT-ELLE ÊTRE RÉPERCUTÉE À CE MOMENT-LÀ OU EST-ELLE DÉFINITIVEMENT PERDUE?**

Lorsque l'une ou l'autre des parties a omis de répercuter une variation de l'indice sur le montant du loyer ou lorsque les modalités formelles ou matérielles de la clause n'ont pas été respectées, une adaptation rétroactive est en principe exclue, même si

<sup>12</sup> CdB 1/08/28. Ce jugement du 3 avril 2007 du Tribunal des baux du canton de Vaud se fonde lui-même sur un arrêt du 22 septembre 1992 du Tribunal cantonal vaudois selon lequel, dans le cas d'un bail indexé conclu pour une durée initiale de dix ans et reconduit tacitement aux mêmes conditions pour une durée de cinq ans, le loyer ne saurait être augmenté à l'échéance de la durée initiale sur la base de facteurs non prévus par le contrat, le système de l'indexation au sens de l'art. 269 b CO étant une *lex specialis* par rapport au système général institué par l'art. 269 d CO, qui autorise le bailleur à majorer le loyer pour le prochain terme de résiliation (RSJ 1993 p. 306 n° 5 = DB 1994 n° 19 p. 22).

elle se réfère à une évolution antérieure de l'indice que les parties ont omis de répercuter. En revanche, rien n'interdit au bailleur, qui a oublié de notifier une hausse fondée sur l'indexation, de s'en prévaloir tardivement, pour l'avenir<sup>13</sup>.

Se fondant sur un arrêt ancien du Tribunal fédéral considérant que la majoration du loyer est un droit formateur qui n'a d'effet rétroactif que si la loi ou le contrat le prévoit, certains auteurs sont d'avis que les parties peuvent prévoir contractuellement que la majoration aura un effet rétroactif<sup>14</sup>.

Dans la mesure où l'art. 269b CO est de nature relativement impérative<sup>15</sup> et que les deux seuls minima exigés, auxquels il ne peut être dérogé, sont la durée minimale de cinq ans et le fait que l'indice de référence soit l'IPC, nous sommes d'avis que, pour le surplus, la liberté contractuelle prévaut et que, par conséquent, serait valable une clause contractuelle prévoyant un effet rétroactif, au cas où l'une ou l'autre des parties aurait omis de répercuter la variation de l'indice. Est cohérent le fait d'affirmer que cet effet rétroactif ne saurait valoir que dès la date de la publication officielle de l'indice.

En tout cas pendant la durée initiale du bail indexé, la partie au contrat qui a omis de répercuter une variation de l'indice sur le montant du loyer peut le faire pour le prochain terme utile<sup>16</sup>. En d'autres termes, l'omission de répercussion d'une variation de l'indice sur le montant du loyer n'entraîne pas la perte définitive de cette possibilité, dite variation pouvant en tout cas être répercutée pour le prochain terme utile. Contractuellement, les parties pourraient prévoir d'accorder un effet rétroactif à la répercussion de la variation de l'indice, dès la date de publication officielle de ce dernier.

#### 5. EST-IL POSSIBLE D'ADAPTER LE LOYER À LA HAUSSE À LA SUITE DE TRAVAUX CRÉANT DES PLUS-VALUES À LA CHOSE LOUÉE (PRESTATIONS SUPPLÉMENTAIRES DU BAILLEUR AU SENS DE L'ART. 269 A LITT. B CO)?

Bien que, en présence d'un bail indexé, l'indexation à l'IPC constitue le critère exclusif de fixation du loyer (voir d'ailleurs l'art. 270c CO), le contrat de bail peut expressément prévoir que le loyer sera majoré, en sus de l'indexation, en cas de prestations supplémentaires du bailleur au sens de l'art. 269a litt. b CO. La doctrine majo-

<sup>13</sup> Voir l'exemple donné par Lachat I en page 512: bail conclu en janvier 2006 permettant une indexation une fois par an, la première fois pour le 1<sup>er</sup> janvier 2007, l'indice de référence étant celui de décembre 2005. Le bailleur qui ne notifie pas en novembre 2006 une hausse pour le 1<sup>er</sup> janvier 2007 peut le faire par exemple en juin pour le 1<sup>er</sup> août 2007, en se référant à l'indice de décembre 2005. Il peut ensuite notifier une nouvelle hausse en novembre 2007 pour le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Le principe d'une seule hausse par année est sauvegardé.

<sup>14</sup> L'arrêt du Tribunal fédéral date du 30 novembre 1984 (ATF 110 II 494 = JdT 1985 I 365 cons. 2 b p. 367). Dietschy est favorable à la possibilité pour les parties de prévoir contractuellement que la majoration aura un effet rétroactif, en précisant que cet « effet rétroactif ne devrait cependant valoir que dès la date de publication officielle de l'indice (art. 19 al. 2, 2<sup>e</sup> phr., OBLF; question laissée ouverte par l'ATF 110 II 494, cons. 2 b, JdT 1985 I 365) » (voir Dietschy, n° 21 ad art. 269b CO p. 895). Le SVIT Kommentar admet, lui, la conclusion d'un effet rétroactif de manière plus large, même tacitement, par exemple lorsque les parties ont décidé d'un terme d'indexation au 1<sup>er</sup> janvier alors que l'évolution de l'indice n'est publiée officiellement qu'entre le 8 et le 10 janvier (SVIT Kommentar, n° 20 ad art. 269b CO p. 608).

<sup>15</sup> Roncoroni, p. 110.

<sup>16</sup> Lachat I, ch. 2.2.9, p. 512; Wettstein, p. 53; Dietschy, n° 21 ad art. 269b CO, p. 896. Voir également contre l'effet rétroactif Weber n° 5 ad art. 269b CO, p. 1517; Higi, n° 34 ad art. 269b CO, p. 358-359. Cette possibilité n'est pas garantie une fois la durée du bail indexé échue et en l'absence de reconduction expresse de la clause d'indexation. En effet, le bailleur risque de se voir opposer la jurisprudence selon laquelle si, à l'expiration de la durée du bail indexé et en cas de reconduction tacite, une partie ne sollicite pas l'adaptation du loyer, elle est déchue de la possibilité d'invoquer par la suite une modification fondée sur des critères relatifs avec comme point de comparaison la situation qui prévalait lors de la conclusion du contrat. Son inaction peut en effet être interprétée comme la reconnaissance que le loyer fixé est considéré comme convenable



ritaire et la jurisprudence (fédérale et cantonale) l'admettent, pour autant que le contrat de bail le prévoie de manière expresse<sup>17</sup>. On rencontre très fréquemment dans la pratique semblable clause contractuelle<sup>18</sup>. S'agissant du moment déterminant à partir duquel le bailleur est en droit de répercuter sur le loyer les prestations supplémentaires (par exemple des travaux à plus-value), la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois estime que, si une clause du contrat prévoit un délai pour notifier une adaptation de loyer à l'IPC, ce délai est également applicable pour la notification de l'adaptation de loyer suite à des travaux à plus-value, pour autant que le contrat ne prévoie pas de délai spécial pour la répercussion de ce genre de travaux<sup>19</sup>.

Est controversée la question de savoir si, en cas de bail indexé, le contrat peut prévoir que le loyer sera adapté en cas de nouvelles charges supportées par le bailleur au sens de l'art. 269a litt. b CO. Une partie de la doctrine considère que cela doit être possible, au motif qu'à l'instar des prestations supplémentaires, de nouvelles charges supportées par le bailleur constituent aussi des circonstances qui n'ont pas pu être prises en considération lors de la conclusion de la clause d'indexation<sup>20</sup>. Une autre partie de la doctrine y est opposée<sup>21</sup>. En l'absence de jurisprudence fédérale sur la question, la prudence est de rigueur.

## 6. QU'EN EST-IL DES POSSIBILITÉS DE NOTIFICATION DE NOUVELLES PRÉTENTIONS?

L'art. 269d CO s'applique à toute modification unilatérale du bail en faveur du bailleur, ce qui couvre tant l'hypothèse de l'augmentation du loyer que celle relative à d'autres modifications telles que le terme d'exigibilité du loyer, la nouvelle répartition des frais accessoires, la modification de la durée du bail, la modification de l'échéance ou du préavis de résiliation de bail, le retrait de l'autorisation de sous-louer. Partant, ces modifications unilatérales du contrat doivent respecter l'art. 269d al. 1 CO et ne peuvent intervenir que pour le prochain terme de résiliation, devant parvenir au locataire dix jours au moins avant le début du délai de résiliation.

ou suffisant (voir note 6 ci-dessus et les références). Si le bailleur n'a jamais indexé le loyer pendant toute la durée du bail (hypothèse peu vraisemblable car, si le bailleur a choisi ce type de contrat, il sera en principe attentif à indexer régulièrement le loyer), pas même pour son échéance, il pourrait être réputé satisfait du loyer fixé au début du bail et jamais indexé.

17 ATF 124 III 57 = JdT 1999 I 19 cons. 3a p. 21 = MRA 2/98/53 = DB 1998 n° 18 p. 23; arrêt du 21 janvier 2009 du TF réf. 4A\_479/2008 cons. 3.2 et 3.3.2; arrêt du 16 février 1994 du TF réf. 4C.332/1993 cons. 2d/bb = SJ 1994 p. 487; arrêt du 9 novembre 2006 de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois = CdB 3/08/94 cons. 5a p. 95; Wettstein, p. 51; Knoepfler/Ruedin, p. 20; Heusi, p. 162; Conod/Broquet, p. 243; Jacquemoud/Rossari, p. 18; Lachat I, ch. 2.2.6 p. 510; Lachat III, p. 163; Dietschy, n° 28 ad art. 269b CO p. 898; Fetter, p. 21; Weber, n° 13 ad art. 269b CO p. 1521; SVIT Kommentar, n° 25 ad art. 269b CO p. 610; Higi, n° 51 ad art. 269b CO p. 363-364.

18 Voir l'exemple du bail à loyer pour locaux commerciaux neuchâtelois cité par Knoepfler/Ruedin, p. 20, dont le ch. 4 litt. b stipule « Si le bailleur entreprend des travaux de rénovation ou de modification, s'il fournit des prestations supplémentaires, le loyer pourra être augmenté conformément à la loi, moyennant préavis d'un mois pour la fin d'un mois, par pli recommandé. »

19 Ainsi en a jugé la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois dans un arrêt du 9 novembre 2006 (CdB 3/08/94): « Le régime d'adaptation en cours de bail vaut non seulement pour une adaptation selon l'IPC mais également pour une adaptation fondée sur une prestation supplémentaire. Le bail indexé, qui implique en particulier une durée fixe minimale, forme un tout et ne saurait par conséquent être soumis à deux régimes différenciés suivant le facteur d'adaptation, IPC d'une part, prestations supplémentaires d'autre part. Dans cette dernière hypothèse, il faut toutefois admettre que le locataire doit pouvoir contester la hausse en-dehors des limites strictes de l'art. 270c CO (...). A défaut de clause expresse, il paraît toutefois plus adéquat de considérer qu'une telle adaptation doit intervenir dans un délai identique à celui prévu pour l'IPC. »

20 Dietschy, n° 29 ad art. 269b CO p. 899; SVIT Kommentar, n° 26 ad art. 269b CO p. 611.

21 Lachat I, p. 110 note de bas de page 23; Higi, n° 53 ad art. 269b CO p. 365.

Une modification unilatérale du bail pour une prochaine échéance n'est possible que si le bail est un contrat de durée indéterminée. En présence d'un bail de durée déterminée, la modification unilatérale du contrat n'est pas possible et l'art. 269 d CO n'est donc pas applicable<sup>22</sup>. Certes, un bail indexé n'est pas nécessairement un bail de durée déterminée. Les baux indexés sont au contraire souvent conclus pour une durée indéterminée, dès lors qu'ils sont renouvelables tacitement à l'échéance de la durée minimale de cinq ans<sup>23</sup>.

Même si un bail indexé doit impérativement être conclu pour une durée minimale de cinq ans, il n'en constitue pas moins dans la plupart des cas un bail de durée indéterminée, sauf si les parties l'ont conclu pour une durée fixe et ferme d'au moins cinq ans, en excluant une reconduction tacite.

Les modifications unilatérales du contrat par le bailleur au sens de l'art. 269 d al. 3 CO sont-elles pour autant possible en présence d'un bail indexé pendant la durée minimale de cinq ans? Tel n'est pas le cas. En effet, l'art. 269 d CO pose comme condition d'application l'existence d'un droit pour le bailleur de résilier le bail. Par « *le prochain terme de résiliation* », on entend dans ce cas-là exclusivement un terme pour lequel le bailleur (et pas seulement le locataire) est autorisé à résilier le contrat<sup>24</sup>. Dès lors que, dans un bail indexé, le bailleur est lié pour une durée minimale de cinq ans et ne peut pas résilier le bail auparavant (même si ce droit est parfois octroyé unilatéralement au locataire), il n'est pas possible de procéder à des modifications unilatérales du contrat au sens de l'art. 269 d al. 3 CO, les seules adaptations possibles du loyer durant la période minimale de cinq ans étant l'adaptation en fonction de la clause d'indexation voire, si le contrat l'a prévu, l'adaptation à raison de prestations supplémentaires du bailleur<sup>25</sup>.

Des modifications unilatérales du bail voulues par le bailleur au sens de l'art. 269 d al. 3 CO ne sont dès lors pas envisageables pendant la durée minimale de cinq ans, mais uniquement pour l'échéance de celle-ci. En particulier, le bailleur ne peut pas utiliser, pour ce faire, les échéances de résiliation du bail octroyées au seul locataire dans certains baux indexés. Admettre le contraire permettrait en effet au bailleur de tenter de s'affranchir de la durée minimale de cinq ans imposée par l'art. 269 b CO. Par le biais de la notification de nouvelles prétentions à ces échéances de résiliation aménagées exclusivement en faveur du locataire, le bailleur pourrait en quelque sorte reprendre le contrôle et l'initiative visant à se défaire du bail, même de manière indirecte: en tentant d'imposer une modification unilatérale du bail, le bailleur pourrait en effet amener le locataire à exercer son droit de résiliation.

Ce serait ainsi l'initiative du bailleur qui conduirait à la fin du bail avant la durée minimale de cinq ans, résultat non compatible avec la volonté du législateur de lier le bailleur pour au minimum cinq ans en cas de bail indexé.

22 Le Tribunal fédéral l'a rappelé en ces termes dans un arrêt du 19 août 2002 (ATF 128 III 419 = DB 2003 n° 22): « *Il est donc admis que l'art. 269 d CO n'est pas applicable dans le cas d'un contrat de bail de durée déterminée, parce que celui-ci, par définition, prend fin à l'échéance et qu'il n'est donc pas question d'une majoration de loyer dite unilatérale à partir du prochain terme de résiliation.* »

23 Il est rappelé qu'un bail de durée minimale, reconductible tacitement, n'est pas un contrat de durée déterminée, mais de durée indéterminée (Saviaux, p. 44 avec références en notes de bas de page 54 et 55).

24 Higi, n° 69 ss ad art. 269 d CO p. 425; ATF 112 II 69 = JdT 1986 I 592; Weber, n° 1 ad art. 269 d CO p. 1525, précisant que l'art. 269 d CO n'est applicable qu'aux baux de durée indéterminée ou aux baux de durée déterminée mais résiliables de manière anticipée.

25 SVIT Kommentar n° 8 ad art. 269 d CO p. 630-631; Lachat I, p. 510 note de bas de page 23; Weber, n° 11 ad art. 269 b CO p. 1520. D'ailleurs, Higi compare à juste titre le bail indexé à un bail de durée déterminée au moins du côté du bailleur, du fait que ce dernier est lié pour une durée minimale de cinq ans en tout cas (Higi, n° 69 ad art. 269 d CO p. 370).

## 7. QU'EN EST-IL DES POSSIBILITÉS DE RÉSILIATION EXTRAORDINAIRE DU BAIL INDEXÉ ?

Les possibilités de résiliation extraordinaire<sup>26</sup> existent en présence d'un bail indexé, tout comme elles existent pour n'importe quel autre type de bail, qu'il soit de durée déterminée ou indéterminée<sup>27</sup>.

## 8. EN CAS DE RÉSILIATION DU BAIL POUR DEMEURE DU LOCATAIRE AU SENS DE L'ART. 257 D CO, JUSQU'À QUAND LE LOCATAIRE SORTANT EST-IL TENU DE PAYER LE LOYER: JUSQU'À L'ÉCHÉANCE DE LA DURÉE MINIMALE DE CINQ ANS, EN L'ABSENCE DE RELOCATION AVANT DITE ÉCHÉANCE, OU JUSQU'À LA PROCHAINE ÉCHÉANCE ANNUELLE DÉCOULANT DU DROIT UNILATÉRAL DE RÉSILIATION DU LOCATAIRE ?

En cas de résiliation pour demeure du locataire, le bailleur a droit, après la libération des locaux, à des dommages et intérêts positifs, soit au paiement des loyers qu'il n'a pas été en mesure de percevoir du fait de la rupture anticipée du contrat. Cette compensation de l'intérêt à l'exécution du bail court au plus jusqu'à la plus prochaine échéance ordinaire. En d'autres termes, l'indemnité à laquelle a droit le bailleur équivaut au loyer fixé contractuellement qu'il n'a pas pu percevoir du fait de la rupture anticipée du bail, cela pendant la période courant depuis le départ du locataire et jusqu'à la relocation de l'appartement ou, si l'appartement n'est pas reloué, jusqu'à la première échéance contractuelle.

Le bailleur doit tout entreprendre pour diminuer son dommage et notamment chercher lui aussi un locataire de remplacement<sup>28</sup>. Par conséquent, si le bail indexé prévoit un droit de résiliation que seul peut exercer le locataire durant la période minimale de cinq ans, le locataire dont le bail indexé est résilié pour demeure au sens de l'art. 257 d CO ne sera tenu que jusqu'à la prochaine et première échéance contractuelle pour laquelle il aurait pu résilier le bail, si le bailleur ne l'avait pas résilié de manière anticipée<sup>29</sup>.

26 La terminologie varie et l'on parle parfois de *congé extraordinaire* ou de *résiliation anticipée*. Ces termes recouvrent les hypothèses de résiliations suivantes: demeure du locataire (art. 257 d CO), violation du contrat par le locataire (art. 257 f CO), changement de propriétaire (art. 261 al. 2 CO), justes motifs (art. 266 g CO), faillite du locataire (art. 266 h CO). Il faut aussi envisager l'art. 258 CO permettant au locataire d'invoquer les art. 107 à 109 concernant l'inexécution des contrats si le bailleur ne délivre pas la chose à la date convenue ou qu'il la délivre avec des défauts qui excluent ou entravent considérablement l'usage pour lequel elle a été louée, ainsi que l'art. 259 b litt. a CO permettant au locataire de résilier le contrat avec effet immédiat si le défaut exclut ou entrave considérablement l'usage de la chose. Sur toutes ces hypothèses voir notamment Tercier, p. 344 ss; Corboz, p. 25-26.

27 Higi, n° 69 ad art. 269 b CO p. 370; Saviaux, p. 46-47. Les autres auteurs de la doctrine n'abordent pas expressément la question de savoir si un congé extraordinaire ou anticipé est possible en cas de bail indexé. Toutefois, cela constitue une évidence. Le bail indexé reste un contrat de bail à loyer soumis aux règles générales régissant ce type de contrat.

28 ATF 127 III 548; jugement du 24 février 2000 du Tribunal des baux du canton de Vaud = CdB 3/00/87. Il s'agit de dommages intérêts positifs (Lachat I, p. 674; Wessner, p. 240; Tercier, p. 349; SVIT Kommentar n° 45 ad art. 257 d CO p. 141; Weber, n° 13 ad art. 257 d CO p. 1383; Ramoni, p. 151-152).

29 La première échéance pour laquelle le locataire aurait pu résilier le bail, si le bailleur ne l'avait pas résilié de manière anticipée, se calcule à partir du jour où le bailleur a résilié le contrat (jugement du 24 février 2000 du Tribunal des baux du canton de Vaud = CdB 3/00/87; Tercier, n° 2411 p. 349; Lachat I, p. 674 note de bas de page 83; SVIT Kommentar, n° 45 ad art. 257 d CO p. 141). Certes il ne s'agit pas d'une échéance contractuelle valable pour les deux parties, puisque le bailleur est lié pour une durée minimale de cinq ans. Toutefois, dès le moment où le contrat confère au locataire la possibilité de résilier selon divers termes et préavis pendant cette durée initiale minimale de cinq ans, ces échéances sont bel et bien contractuelles pour le locataire. Il ne saurait être tenu de payer des dommages intérêts correspondant au loyer dû pour toute la période minimale de cinq ans. Il ne saurait en effet être moins bien placé que s'il n'y avait pas

En revanche, si le bail indexé n'aménage pas pour le locataire un droit de résiliation durant la période minimale quinquennale, le locataire est tenu de payer des dommages intérêts positifs correspondant au loyer courant jusqu'à la prochaine échéance (celle des cinq ans) en cas de résiliation pour demeure du locataire, respectivement jusqu'à la prochaine relocation si elle intervient avant dite échéance<sup>30</sup>.

**9. QU'EN EST-IL DE L'ADAPTATION DU LOYER EN CAS DE RÉSILIATION ANTICIPÉE AU SENS DE L'ART. 264 CO DANS L'HYPOTHÈSE OÙ LE LOCATAIRE RESTITUE LA CHOSE LOUÉE DE MANIÈRE ANTICIPÉE ET QUE, JUSQU'À CE MOMENT-LÀ, LE BAILLEUR N'AVAIT PAS INDEXÉ LE LOYER?**

La restitution anticipée de la chose louée au sens de l'art. 264 CO présuppose, entre autres conditions à la libération du locataire sortant, que le candidat reprenneur soit disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions<sup>31</sup>. Le candidat doit en particulier accepter les majorations de loyer déjà notifiées et entrées en force, ainsi que la clause d'indexation ou d'échelonnement du loyer<sup>32</sup>.

Par conséquent, en cas de restitution anticipée de la chose louée par le locataire d'un bail indexé, le reprenneur qui prend la place du locataire sortant est lié au même contrat de bail que le précédent et, de fait, à la clause d'indexation prévue dans le contrat, cela jusqu'à l'expiration de la durée contractuelle<sup>33</sup>.

Pour le bailleur qui n'a pas indexé le loyer, la situation est la même que s'il n'y avait pas eu de changement de locataire dû à la restitution anticipée de la chose louée. Le bailleur conserve tous ses droits. Il ne doit pas se retrouver en moins bonne position du fait qu'il y a eu changement de locataire<sup>34</sup>. Il peut par conséquent procéder à l'indexation pour la prochaine échéance que la clause contractuelle prévoit à cet effet, ni plus ni moins. La répercussion de l'indexation omise n'est donc pas perdue. Elle pourra être appliquée au prochain moment possible selon les modalités prévues à cet effet dans le contrat ou, si celui-ci ne stipule rien de particulier, avec un préavis minimum de trente jours pour la fin d'un mois, conformément à l'art. 17 al. 3 OBLF.

**10. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DU BAIL INDEXÉ PAR RAPPORT AU BAIL TRADITIONNEL. ÉVENTUELLES DIFFICULTÉS D'INTRODUCTION DU BAIL INDEXÉ EN REMPLACEMENT DES BAUX USUELS.**

Un avantage du bail indexé pour le bailleur consiste dans le fait qu'il lui assure le maintien de la valeur de la chose louée, en permettant l'adaptation partielle ou totale du loyer à l'évolution du coût de la vie. Pour le locataire, les baux indexés d'une durée

eu de résiliation anticipée. En l'absence d'une telle résiliation anticipée, ce locataire aurait pu résilier le bail pour les échéances contractuelles prévues durant la durée initiale minimale de cinq ans. Il aurait été libéré du bail dès ces échéances. On ne saurait soutenir qu'il ne le soit pas pour le simple motif que ce n'est pas lui qui a pris l'initiative de la résiliation, mais le bailleur. En résumé, le locataire bénéficie du régime contractuel aménagé par les parties, donc du droit de résiliation qui lui a été conféré, si le bail l'a prévu, cela quelle que soit la partie qui a résilié, que ce soit le locataire ou alors le bailleur à raison de la demeure dans le paiement du loyer.

30 Dans certaines circonstances, le bailleur pourrait chercher à diminuer le loyer afin de faciliter la relocation. Le locataire libéré devrait en revanche en supporter la différence jusqu'à l'expiration de la durée du bail. Cela peut se produire notamment si, après quelque temps, le marché ne permet pas de trouver un candidat au même prix et si le locataire précédent en fait la demande, en offrant d'assumer la différence de loyer jusqu'à l'échéance du bail si celle-ci est lointaine (application analogique de ce qui se passe en cas de restitution anticipée selon l'art. 264 CO, voir notamment Lachat I, p. 620-621; Bise/Planas, p. 606; Tercier, nos 25-27 p. 366; Chaix, p. 77; Terrapon, p. 20).

31 Chaix, p. 66; Terrapon, p. 16; Bise/Planas, p. 602; Weber, n° 4 ad art. 264 CO p. 1452.

32 Lachat I, p. 615.

33 Dietschy, n° 41 ad art. 269b CO p. 902.

34 SVIT Kommentar, n° 23 ad art. 269b CO p. 610.

minimum de cinq ans offrent la sécurité d'une longue durée. Excluant d'autres facteurs de fixation et d'évolution du loyer pendant la durée minimale de cinq ans, le bail indexé permet en outre de réexaminer le loyer à l'échéance de la période initiale tant au regard de la méthode absolue que de la méthode relative. Le lien du loyer avec le taux hypothécaire est en quelque sorte mis entre parenthèses durant la période minimale de cinq ans, mais ce lien n'est pas complètement rompu, dès lors que le taux hypothécaire pourra jouer un rôle à l'expiration de la durée initiale ou ultérieurement.

Le bail indexé présente également l'avantage d'une méthode de calcul simple de l'indexation, qu'elle soit à la hausse ou à la baisse. Le bailleur qui aura pris le soin de le stipuler expressément dans le contrat peut en outre se réserver la possibilité de répercuter sur le loyer les prestations supplémentaires qu'il aurait par hypothèse fournies.

S'agissant de l'introduction du bail indexé, en remplacement du bail usuel, le bailleur peut aborder le locataire en vue de la conclusion d'un nouveau contrat, voire d'un avenant modifiant le contrat en vigueur pour le transformer en bail indexé. La modification du bail peut résulter d'un accord entre les parties, ce qui éviterait l'application de l'art. 269 d al. 3 CO. Toutefois, vu l'effet protecteur de cette norme, le bailleur doit démontrer que le locataire est suffisamment informé de ses droits et qu'il n'a pas consenti sous la menace d'une résiliation. Par sécurité, il serait préférable que le bailleur procède conformément à l'art. 269 d CO. Bien entendu, cela pourra conduire à des contestations de la part des locataires.

#### BIBLIOGRAPHIE

- |                                   |  |
|-----------------------------------|--|
| Barbey Richard                    | L'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, Lausanne 1984.  |
| Bise Michel/<br>Planas Aurélie    | Droit du bail à loyer – Commentaire pratique édité par François Bohnet/Mario Montini, Bâle 2010.   |
| Chaix François                    | L'article 264 CO: A la recherche du locataire de remplacement. Semaine judiciaire 1999 II p. 49 ss.  |
| Conod Philippe/<br>Broquet Julien | La pratique récente en matière de loyer et de frais accessoires. 16 <sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010.             |
| Corboz Bernard                    | Les congés affectés d'un vice, 9 <sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996.  |
| Dietschy Patricia                 | Droit du bail à loyer – Commentaire pratique édité par François Bohnet/Mario Montini, Bâle 2010.   |
| Fetter Sébastien                  | La contestation du loyer initial. Etude de l'article 270 CO, Berne 2005.   |
| Futterlieb Raoul                  | Commentaire d'un arrêt du 3 mai 1999 du Tribunal fédéral. Mietrecht Aktuell MRA 2/2000, p. 259 ss (cité Futterlieb I).                       |
| Futterlieb Raoul                  | Commentaire d'un arrêt du 15 novembre 1995 du Tribunal fédéral = ATF 121 III 393. Mietrecht Aktuell MRA 2/96, p. 61 ss (cité Futterlieb II). |
| Giavarini Marco                   | Commentaire d'un arrêt du 29 mars 1996 du Tribunal fédéral. Mietrecht Aktuell MRA 5/02, p. 188 ss.   |
| Gut Beat                          | Die Entwicklung der Rechtsprechung zum missbräuchlichen Mietzins. Mietrecht Praxis MP 1/00, p. 1 ss.   |
| Hediger Alex                      | Die Entwicklung der Rechtsprechung zum missbräuchlichen Mietzins seit dem Jahr 2000, Mietrecht Praxis MP 2/05, p. 55 ss.                     |

Heusi Claudia	Ausgewählte Fragen zur Geschäftsmiete. Mietrecht Praxis MP 4/98, p. 153 ss.
Higi Peter	Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 269 – 270e OR, Zurich 1998.
Jacquemoud-Rossari Laura	L'évolution récente de la jurisprudence en matière de loyer, 11 <sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000.
Knoepfler François/ Pierre Emmanuel Ruedin	Regards circulaires sur le droit du bail commercial. 13 <sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004.
Lachat David	Le bail à loyer. Nouvelle édition entièrement revue et complétée, Lausanne 2008 (cité Lachat I).
Lachat David	Commentaire romand du Code des obligations I, édité par Luc Thévenoz et Franz Werro, Bâle 2003 (cité Lachat II).
Lachat David	Die Mietzinsgestaltung bei Mehrleistungen des Vermieters (Art. 269a litt. b OR und Art. 14 VMWG). Mietrecht Praxis MP 4/93, p. 135 ss.
Ramoni Claude	Demeure du débiteur et contrats de droit suisse. Etude de l'application des règles sur la demeure du débiteur aux divers contrats du Code des obligations, Zurich 2002.
Rohrer Beat	Änderungen der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 26. Juni 1996, in Kraft seit dem 1. August 1996, Mietrecht Aktuel MRA 4/96, p. 143 ss.
Roncoroni Giacomo	Nochmals zur zwingenden oder dispositiven Natur der Mietrechtsbestimmungen des Obligationenrechts. Mietrecht Praxis MP 2/06, p. 67 ss.
Saviaux Nicolas SVIT Kommentar	Le bail de durée déterminée. Cahiers du bail 2/06, p. 33 ss. Das Schweizerische Mietrecht, 3 <sup>e</sup> édition, Zurich 2008.
Tercier Pierre/ Favre Pascal G.	Les contrats spéciaux, 4 <sup>e</sup> édition, Zurich 2009 (cité Tercier).
Terrapon Pascal	La restitution des locaux loués et l'offre d'un locataire de remplacement, 12 <sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002.
Weber Roger	Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, OR 1-529, 4 <sup>e</sup> édition, Bâle 2007.
Wessner Pierre	Droit du bail à loyer – Commentaire pratique édité par François Bohnet/Mario Montini, Bâle 2010.
Wettstein Carmen Zihlmann Peter	Der indexierte Mietzins, Mietrecht Praxis MP 2/03, p. 49 ss. Das Neue Mietrecht, Zurich 1990.