

Irrégularité de la clause d'indexation limitée à la hausse

Mots-clés : Bail commercial – Indexation – Indexation à la hausse

Textes visés : Code monétaire et financier – Article L. 112-1 (implicite) – Code civil – Article 1134 (implicite)

Référence : Cass. 3^e civ., 14 janv. 2016, n° 14-24.681, P+B

Repère : Le Lamy Baux commerciaux, n° 210-20

RL>2318 Est nulle une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse.

En l'espèce, un bail commercial comportait la clause d'indexation suivante⁽¹⁾ : « Le loyer de base sera ajusté automatiquement pour chaque période annuelle en fonction des variations de l'indice du coût de la construction publié trimestriellement par l'INSEE (...) les indices de comparaison seront relevés selon une périodicité annuelle, conformément à l'article 10 de la loi du 29 décembre 1977 (article L. 112-2 du Code monétaire et financier). En conséquence, le premier indice de comparaison sera le premier indice anniversaire de l'indice de base et les indices de comparaison successifs seront séparés les uns des autres d'une période de variation de un an. La présente clause d'échelle mobile ne saurait avoir pour effet de ramener le loyer révisé à un montant inférieur au loyer de base précédant la révision ». Les juges du fond ayant déclaré non écrite la clause d'échelle mobile stipulée au bail et condamné le bailleur à restituer une certaine somme au titre d'un trop-perçu de loyers, ce dernier s'est pourvu en cassation. La question posée était celle de savoir si une clause d'indexation limitant ses effets à la hausse était ou non régulière.

I – SUR L'INTERDICTION DE PRINCIPE DES CLAUSES D'INDEXATION

L'article L. 112-1 du Code monétaire et financier dispose que « sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article L. 112-2 et des articles L. 112-3, L. 112-3-1 et L. 112-4, l'indexation automatique des prix de biens ou de services est interdite ».

L'indexation automatique est donc en principe interdite.

(1) Selon l'arrêt de la cour d'appel objet du pourvoi : CA Paris, pôle 5, ch. 3, 2 juill. 2014, n° RG : 12/14759, Lamyline.

Le premier alinéa de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier, auquel renvoie l'article L. 112-1 de ce code à titre de réserve à cette interdiction, dispose que « dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties ».

A contrario serait autorisée dans un contrat l'indexation fondée sur les prix des biens, produits ou services ayant une relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties.

Le premier alinéa dispose également : « Est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'Institut national des statistiques et des études économiques ou, pour des activités commerciales ou artisanales définies par décret, sur la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux publié dans des conditions fixées par ce même décret par l'Institut national de la statistique et des études économiques ».

Le deuxième alinéa répute également « en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble toute clause prévoyant, pour les activités autres que celles visées au premier alinéa ainsi que pour les activités exercées par les professions libérales, une indexation sur la variation de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires (...) »⁽²⁾.

Sur ce fondement, les clauses d'indexation stipulées dans un bail commercial qui sont fondées sur l'indice INSEE du coût de la construction, des loyers commerciaux et des loyers des activités tertiaires sont valables.

L'article L. 145-39 du Code de commerce, qui prévoit par ailleurs un mécanisme de révision légale du loyer d'un bail commercial lorsque, par l'effet d'une clause d'échelle mobile, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus du quart, rend également indirectement licites, sous réserve qu'elles respectent les règles du Code monétaire et financier, les clauses d'indexation stipulées dans un bail soumis au statut des baux commerciaux.

(2) Il peut être noté toutefois que l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier ne vise, à titre de réserve au principe de l'interdiction de l'indexation, que l'alinéa 1^{er} de l'article L. 112-2 de ce code.

II – SUR LA PROHIBITION D'UNE PÉRIODE DE VARIATION DE L'INDICE SUPÉRIEURE À CELLE DE LA RÉVISION

L'article L. 112-1 du Code monétaire et financier, à titre de règle générale, précise qu'« est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision ».

Cette condition a donné lieu à un débat sur la validité des clauses d'indexation à indice de base ou de référence fixe.

À partir de la deuxième indexation, en effet, il peut être soutenu que, dans ce cas, la période de variation de l'indice excède celle de la révision puisque la comparaison s'opère toujours entre l'indice initialement choisi (indice fixe) et l'indice de comparaison qui varie à chaque indexation. Toutefois, si le coefficient de variation est appliqué au loyer initial, le loyer indexé est en principe identique à celui qui serait calculé en appliquant au loyer, précédemment modifié par l'indexation, la proportion de variation entre l'indice de comparaison de la précédente indexation, pris comme indice de base, et le nouvel indice de comparaison.

La Cour de cassation a considéré que la clause d'indexation à indice de base fixe n'était pas, sur le principe, irrégulière⁽³⁾, dès lors « que l'application d'un indice de référence fixe n'a pas conduit lors des indexations successives à une distorsion entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux révisions »⁽⁴⁾ ou « qu'il y a concordance entre la période de variation de l'indice et celle de variation du loyer »⁽⁵⁾. Une telle distorsion peut se produire, par exemple, si les parties modifient le loyer en cours de bail par avenant sans modifier la clause d'indexation, le nouveau loyer étant indexé sur la base d'un écart d'indice qui excédera la période de révision puisque ce sera l'indice de base fixe choisi lors de la conclusion du bail qui devra être pris en compte⁽⁶⁾.

C'est aussi, notamment, en considération de la règle interdisant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision

(3) Cass. 3^e civ., 16 oct. 2013, n° 12-16.335, Rev. loyers 2013/942, n° 1692, note Vaissié M.-O. et Chaoui H.

(4) Cass. 3^e civ., 11 déc. 2013, n° 12-22.616, Bull. civ. III, n° 159, Rev. loyers 2014/943, n° 1718, note Vaissié M.-O. et Chaoui H., AJDI 2014, p. 1, note Blatter J.-P.

(5) Cass. 3^e civ., 3 déc. 2014, n° 13-25.034, Rev. loyers 2015/953, n° 1962, note de Lacger B., Loyers et copr. 2014, comm. n° 13, note Chavance E. Il doit être rappelé que l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier n'impose pas une concordance entre la période de révision et celle de la variation de l'indice, mais interdit seulement la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision.

(6) Cass. 3^e civ., 25 févr. 2016, n° 14-28.165, à paraître au *Bulletin*.

que s'est posée la question de la licéité des clauses d'indexation limitée à la hausse.

III – SUR LA CLAUSE D'INDEXATION LIMITÉE À LA HAUSSE

La licéité des clauses d'indexation limitée à la hausse suscite également une difficulté, tant au regard des dispositions du Code monétaire et financier qu'au regard des règles d'ordre public relatives à la révision.

Tout d'abord, et sur le principe, la question peut se poser de la licéité d'une telle stipulation au regard de l'objectif de la règle instituant la prohibition des clauses d'indexation fondées sur une période de variation de l'indice supérieure à celle de la révision. Cette interdiction vise en effet à éviter, dans une perspective anti-inflationniste, que le prix indexé augmente dans une proportion supérieure à celle de l'indice choisi.

Or, limiter les effets de l'indexation à la hausse pourrait entraîner une augmentation du loyer au-delà de cette proportion si c'est le loyer non diminué qui fait à son tour l'objet d'une indexation qui serait ensuite à la hausse. Si la clause comporte un indice de base fixe, en revanche, le loyer ne devrait pas, *a priori*, dépasser le montant qui résulterait d'une indexation non limitée à la hausse. Sa diminution, en cas de baisse de l'indice, serait simplement paralysée jusqu'à ce que l'indice augmente, la proportion de variation s'appliquant au loyer initial sans prise en compte des montants intermédiaires qui auront pu être bloqués.

La question se pose aussi de la licéité d'une telle clause au regard des règles légales de révision du loyer. La révision du loyer en cours de bail, hors accord amiable, ne peut en effet intervenir en principe qu'à la suite d'une révision triennale ou d'une variation de plus de 25 % du loyer par l'effet d'une clause d'indexation⁽⁷⁾.

En prévoyant ce dernier cas de révision, le statut des baux commerciaux reconnaît implicitement la validité des clauses d'indexation stipulées dans les baux qu'il régit, bien qu'elle constitue un accord dès la conclusion du bail sur la modification du loyer en cours de bail. Or, il pourrait être soutenu que la clause qui limite l'indexation à la hausse n'est pas vraiment une clause d'indexation dès lors que la variation du loyer n'est pas strictement calquée sur celle d'un indice. Elle serait ainsi contraire aux dispositions du statut des baux commerciaux relatives à la révision qui sont d'ordre public⁽⁸⁾. Le problème se pose également de la mise

(7) C. com., art. L. 145-37 à L. 145-39.

(8) C. com., art. L. 145-15. Cependant, il faut rappeler qu'un loyer binaire est valable et que les règles légales relatives à la révision sont dans ce cas inapplicables (pour l'exclusion de l'article L. 145-38 du Code de commerce, voir Cass. 3^e civ., 13 janv. 1988, n° 86-16.978, Bull. civ. III, n° 10, Loyers et copr. 1988, comm. n° 79, D. 1988, I.R., p. 26, AJPI 1988, p. 442, Gaz. Pal. 1988, 1, pan., p. 68 ; Cass. 3^e civ.,

en œuvre des dispositions de l'article L. 145-39 du Code de commerce.

Certains juges du fond ont retenu la contrariété d'une clause d'indexation à la hausse⁽⁹⁾ aux dispositions de l'article L. 145-39 du Code de commerce, au motif notamment qu'elle « *paralyse le fonctionnement* »⁽¹⁰⁾ de ces dernières, la cour d'appel de Versailles ayant néanmoins maintenu l'application de la clause d'indexation tout en éradiquant la seule stipulation qui limite les effets à la hausse.

D'autres ont expressément reconnu la validité de la clause d'indexation à la hausse au regard des dispositions de l'article L. 145-39 du Code de commerce⁽¹¹⁾. Il a été également jugé, sans qu'il soit expressément statué sur sa licéité, qu'elle rendait irrecevable une action en révision fondée sur ce dernier texte⁽¹²⁾ ou, au contraire, qu'elle ne pouvait y faire obstacle⁽¹³⁾.

S'agissant de la contrariété de la clause d'indexation à la hausse avec les dispositions de l'article L. 112-1 du Code de commerce, les solutions étaient aussi divergentes.

Il a en effet été jugé que cette clause n'était pas contraire aux dispositions de l'article L. 112-1 du Code de commerce car « *elle n'exerce en elle-même aucune incidence sur la période de variation de l'indice* »⁽¹⁴⁾, mais également qu'elle devait être réputée non écrite dès lors « *qu'elle organise nécessairement la distorsion prohibée* » par l'alinéa 2 de ce texte⁽¹⁵⁾.

7 févr. 1990, n° 88-13.927, Loyers et copr. 1990, comm. n° 180 ; pour l'exclusion de l'article L. 145-39 du Code de commerce, voir Cass. 3^e civ., 26 avr. 1989, n° 88-10.225, Bull. civ. III, n° 90, Loyers et copr. 1989, comm. n° 333, D. 1989, I.R., p. 148, AJPI 1989, p. 538, note Boccara B. ; Cass. 3^e civ., 15 mai 1991, n° 89-20.847, Bull. civ. III, n° 137, D. 1991, somm., p. 364, obs. Rozès L., Gaz. Pal. 1992, 2, jur., p. 427, note Barbier J.-D. ; Cass. 3^e civ., 5 mars 2013, n° 11-28.461, Gaz. Pal. 19-20 août 2013, p. 23, note Barbier J.-D.).

(9) TGI Grasse, 1^{er} ch., 5 avr. 2011, n° RG : 09/01658, *EK Boutiques c/ Hermès International*.

(10) CA Versailles, 12^e ch., 10 mars 2015, n° RG : 13/08116, Loyers et copr. 2015, comm. n° 149, note Brault P.-H.

(11) CA Aix-en-Provence, ch. 11, sect. A, 15 mars 2013, n° RG : 11/06632, Loyers et copr. 2013, comm. n° 145, note Brault P.-H.

(12) CA Douai, ch. 2, sect. 2, 21 janv. 2010, n° RG : 08/08568, AJDI 2010, p. 552, obs. Rouquet Y.

(13) CA Paris, pôle 5, ch. 3, 28 mai 2014, n° RG : 12/13605, Rev. loyers 2014/949, n° 1867 ; CA Paris, pôle 5, ch. 3, 3 avr. 2013, n° RG : 11/14299, Loyers et copr. 2013, comm. n° 184, note Brault P.-H. Dans cette dernière décision, la cour relève qu'« *il n'est pas demandé en l'espèce par le preneur de voir juger que la clause du bail qui prévoit de ne prendre en compte la variation de l'indice de référence qu'en cas de hausse de celui-ci, serait illicite* » mais elle précise néanmoins qu'« *aucune disposition légale ne prohibe en effet une restriction du mécanisme d'application de la clause d'échelle mobile par la convention des parties dès lors que l'indice choisi est lui-même licite* ».

(14) CA Aix-en-Provence, ch. 11, sect. A, 15 mars 2013, n° RG : 11/06632, précité ; en ce sens également, CA Versailles, 12^e ch., 10 mars 2015, n° RG : 13/08116, précité.

(15) CA Paris, pôle 5 ch. 3, 12 juin 2013, n° RG : 11/12178, AJDI 2013, p. 517, obs. Planckel F. ; voir également,

Dans son arrêt du 12 juin 2013, la cour d'appel de Paris motive la solution retenue en précisant que, « *par la prise en considération de la seule variation de l'indice à la hausse, cette clause implique, en cas de baisse de l'indice, le maintien du loyer en vigueur lors de la modification annuelle antérieure par l'application, de fait, de l'indice de l'année précédente qui n'est plus le dernier indice à la date anniversaire du bail* ». Il ne semble pas toutefois certain que la distorsion prohibée soit avérée, en cas de baisse de l'indice, dès le blocage du loyer alors qu'aurait dû intervenir une indexation à la baisse. Il pourrait en effet être considéré que dans ce cas, si la période de variation excède un an⁽¹⁶⁾, la période de variation de l'indice reste inférieure⁽¹⁷⁾. Or, ce que proscribit l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier, c'est la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à celle de la révision, et non l'inverse. La question peut se poser également de la distorsion lorsque l'indice augmentera puisque aucune variation ne sera intervenue pendant cette période, même si le loyer se trouvera augmenté à un montant supérieur à celui qui serait dû si l'indexation avait été appliquée à un loyer diminué.

IV – SUR LE REJET DE LA VALIDITÉ DES CLAUSES D'INDEXATION LIMITÉE À LA HAUSSE PAR LA COUR DE CASSATION

L'arrêt rapporté tranche en faveur de l'irrégularité de la clause d'indexation limitée à la hausse. Il rejette le pourvoi dirigé contre l'arrêt qui avait retenu le caractère non écrit de la clause litigieuse en précisant « *qu'est nulle une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse* »⁽¹⁸⁾.

Pour motiver sa solution, la Cour de cassation ne vise aucun texte, ce que n'impose pas le Code de procédure civile pour les arrêts de rejet⁽¹⁹⁾, bien qu'il soit possible qu'un arrêt de rejet mentionne un fondement légal. Elle précise seulement « *qu'est nulle une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse* » et approuve la cour d'appel d'avoir retenu que « *le propre d'une clause d'échelle mobile était de faire varier à la hausse et à la baisse et que la clause figurant au bail, écartant toute réciprocité de variation, faussait le jeu normal de l'indexation* ».

TGI Paris, 18^e ch., 13 févr. 2014, n° RG : 12/06387, Loyers et copr. 2013, comm. n° 149, note Brault P.-H.

(16) Dans les faits, puisque le loyer ne variera pas tant que l'indice n'aura pas augmenté par rapport à la dernière augmentation.

(17) En ce sens, Planckel F., note sous CA Paris, pôle 5, ch. 3, 12 juin 2013, n° RG : 11/12178, précité.

(18) Loyers et copr. 2016, comm. n° 66, note Brault P.-H.

(19) CPC, art. 1020 : « *L'arrêt vise le texte de loi sur lequel la cassation est fondée* ».

Il n'apparaît pas nécessairement évident, de manière directe à tout le moins, de motiver la solution au regard des dispositions de l'article L. 112-1, alinéa 2, du Code monétaire et financier qui interdisent une période de variation de l'indice supérieure à celle de la révision. La sanction visée (la nullité) laisse également entendre que ce n'est pas sur le fondement de ces dispositions que la solution repose.

L'irrégularité des clauses d'indexation à la hausse pourrait trouver son fondement dans l'objectif du texte qui est de limiter l'effet inflationniste des clauses d'indexation, l'alinéa 2 de l'article L. 112-1 du Code de commerce étant l'un des moyens de poursuivre cet objectif. Il doit être rappelé en outre que l'indexation automatique est par principe interdite et que les exclusions de cette interdiction sont limitées⁽²⁰⁾. Enfin, la réciprocité, terme employé par la Cour de cassation, semble ressortir de la nature même de la clause d'indexation.

La généralité des termes de l'arrêt laisse présager que l'interdiction s'appliquera également en présence d'un indice de base fixe⁽²¹⁾ qui ne crée pas *a priori* pourtant d'effet de rattrapage.

L'irrégularité de la clause d'indexation limitée à la hausse serait sanctionnée par la nullité, terme employé par la Cour de cassation, et non par son caractère réputé non écrit, ce qui peut avoir des incidences sur la prescription de l'action tendant à contester une telle clause. L'action en nullité est en effet soumise à la prescription extinctive⁽²²⁾, tandis qu'il a été jugé que l'action tendant à voir réputer une clause non écrite n'était pas soumise à cette prescription⁽²³⁾.

Enfin, la Cour de cassation précise dans son arrêt du 16 janvier 2016 que « la cour d'appel, qui a apprécié souverainement le caractère essentiel de l'exclusion d'un ajustement à la baisse du loyer à la soumission du loyer à l'indexation, a pu en déduire que la clause devait être, en son entier, réputée non écrite ». Il n'est donc pas exclu, en fonction de la volonté des parties, que seules les stipulations relative à la limitation à la hausse du loyer ne soient pas appliquées, les autres stipulations de la clause devant dans ce cas produire leur effet.

Julien PRIGENT

Avocat à la cour d'appel de Paris

TEXTE DE LA DÉCISION (EXTRAITS)

« Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 juillet 2014), que, le 3 décembre 2002, M. X a donné en location à la société Tahiti un local commercial selon bail comportant une clause prévoyant que le loyer sera ajusté automatiquement, pour chaque période annuelle, en fonction des variations de l'indice du coût de la construction, à la date anniversaire de la prise d'effet du bail sur la base de l'indice du même trimestre et précisant en son dernier paragraphe que : « La présente clause d'échelle mobile ne saurait avoir pour effet de ramener le loyer révisé à un montant inférieur au loyer de base précédant la révision ».

Attendu que le bailleur fait grief à l'arrêt de déclarer non écrite la clause d'échelle mobile stipulée au bail et de le condamner à restituer une certaine somme au titre d'un trop perçu de loyers (...);

Mais attendu, d'une part, qu'est nulle une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse ; qu'ayant relevé, par motifs adoptés, que la clause excluait, en cas de baisse de l'indice, l'ajustement du loyer prévu pour chaque période annuelle en fonction de la variation de l'indice publié dans le même temps, la cour d'appel, qui a exactement retenu que le propre d'une clause d'échelle mobile était de faire varier à la hausse et à la baisse et que la clause figurant au bail, écartant toute réciprocité de variation, faussait le jeu normal de l'indexation, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Attendu, d'autre part, que, sans dénaturer la convention, la cour d'appel, qui a apprécié souverainement le caractère essentiel de l'exclusion d'un ajustement à la baisse du loyer à la soumission du loyer à l'indexation, a pu en déduire que la clause devait être, en son entier, réputée non écrite ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi (...).

CASS. 3^e CIV., 14 JANV. 2016, N° 14-24.681, P+B

(20) C. mon. et fin., art. L. 112-1.

(21) Ce qui était le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt rapporté.

(22) *A priori* de droit commun, soit cinq ans (C. civ., art. 2224).

(23) Voir par exemple, CA Paris, pôle 5, ch. 3, 2 juill. 2014, précité, et CA Paris, pôle 5, ch. 3, 20 janv. 2016, n° RG : 13/21626, Loyers et copr. 2016, comm. n° 67, note Brault P-H.