

# Conditions de validité d'une clause d'indexation à base fixe

**Mots-clés :** Bail commercial – Loyer – Clause d'indexation – Base fixe – Validité – Distorsion effective – Appréciation *in concreto* des juges du fond

**Texte visé :** Code monétaire et financier – Article L. 112-1

**Référence :** Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 déc. 2014, n° 13-25.034, P+B+R

**Repère :** Le Lamy Droit commercial 2014, n° 1534 et s.

**RL>1962** La clause d'indexation à base fixe est valable dès lors qu'elle n'implique aucune distorsion effective entre la période de variation de l'indice et celle de variation du loyer.

## I – FAITS

Dans l'espèce commentée, un bail commercial stipule une clause d'indexation dite « à base fixe » selon laquelle « le loyer annuel hors taxes sera ensuite de plein droit et sans aucune formalité indexé annuellement chaque 1<sup>er</sup> janvier en fonction de la variation de l'indice INSEE du coût de la construction », « pour l'application du présent article, l'indice à prendre en considération sera le dernier indice publié le 1<sup>er</sup> janvier de chaque année ; l'indice de référence étant le dernier connu au 12 juillet 1996 ».

Après délivrance par le bailleur d'un commandement de payer portant sur des rappels de loyers indexés sur trois ans et visant la clause résolutoire, le preneur a saisi les juges du fond aux fins, d'une part, de voir dire « réputée non écrite » la clause d'indexation, à tout le moins inapplicable au loyer provisionnel – les parties étant en litige sur la fixation du loyer de renouvellement – et, d'autre part, de voir déclarer nul le commandement délivré de mauvaise foi.

Le preneur obtient gain de cause en première instance – du moins sur le caractère non écrit de la clause d'indexation – par un jugement, confirmé par la Cour d'appel de Versailles, qui retient que l'indice de référence fixe connu au 12 juillet 1996 a été appliqué aux indexations annuelles intervenues depuis celle du 1<sup>er</sup> janvier 2009 et que, « dans la mesure où l'indice de référence est toujours le même, la période d'appréciation de la variation des indices est donc systématiquement supérieure à la durée d'une année s'écoulant entre chaque indexation intervenue depuis celle de 2009 », de sorte qu'elle est contraire à l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier.

Dans son pourvoi, le bailleur soutient essentiellement que la référence à un indice de base fixe ne peut, en soi, justifier le caractère non écrit de la clause d'indexation, dès lors que son application ne conduit pas à une distorsion entre l'inter-

valle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux variations.

Il est suivi par la Cour de cassation qui reproche à la Cour d'appel de Versailles de ne pas avoir procédé à cette vérification, de sorte qu'il reviendra à la cour de renvoi de justifier de l'existence ou non d'une distorsion.

## II – ANALYSE

L'arrêt commenté, publié au *Bulletin* et au *Rapport*, tranche à nouveau, mais avec intérêt, la question de la validité des clauses d'indexation à base fixe qui alimente la chronique judiciaire depuis 2010.

Le régime de la clause d'échelle mobile, ou clause d'indexation, visant à faire varier automatiquement le loyer en fonction d'un indice, est codifié aux articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code monétaire et financier, issus d'une ordonnance du 30 décembre 1958 modifiée, notamment, par une loi n° 77-1457 du 29 décembre 1977 (JO 30 déc.) dont l'objectif était d'accompagner les mesures, prises par le gouvernement Barre, de contrôle des prix en période de forte inflation.

Cette législation, qui se voulait transitoire, s'est toutefois maintenue de sorte qu'après codification l'article L. 112-1, alinéa 2, dispose qu'« est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment les 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 ».

La période de variation de l'indice ne peut donc être supérieure à la période de variation du loyer.

Si les parties sont libres de définir l'indice applicable – dès lors qu'il a un rapport direct avec l'activité de l'une des parties –, la périodicité de l'indexation – annuelle, triennale... – elles le sont également dans le choix des indices de référence et de la méthode de calcul dès lors que la règle fixée à l'article précité est respectée. Ainsi, les parties peuvent adopter un indice fixe ou un indice glissant.

Dans la première hypothèse, l'indexation est calculée à partir du loyer d'origine et d'un indice de base fixe auquel on applique chaque année le nouvel indice de comparaison.

Dans la seconde hypothèse, l'indexation est calculée à partir du dernier loyer indexé en fonction d'un indice glissant, l'indice de comparaison devenant l'année suivante l'indice de base et ainsi de suite.

C'est l'application d'un indice de base fixe qui, dans un contexte de forte progression de l'indice INSEE du coût de la construction sur la décennie 2010, a suscité l'action

de nombreux locataires s'emparant de la rédaction, parfois elliptique, de certaines clauses d'indexation pour faire juger leur caractère non écrit – sans que leur action ne soit soumise à la prescription biennale – et obtenir, sur cinq ans, la répétition des loyers indus.

Les premières décisions des juridictions inférieures ont sanctionné, par principe, le recours à un indice de base fixe<sup>(1)</sup> avant de statuer en sens contraire, sous une autre présidence<sup>(2)</sup>.

Par deux arrêts du 4 avril 2012, la Cour d'appel de Paris a refusé de condamner *a priori* une telle clause, posant en principe qu'elle doit être jugée valide dès lors qu'elle n'organise pas délibérément une distorsion entre la période de variation de l'indice et la période de variation du loyer<sup>(3)</sup> et, réputée non écrite dans le cas contraire, notamment, lorsqu'un événement, tel qu'une modification du loyer en cours de bail, crée cette distorsion<sup>(4)</sup>.

C'est par un arrêt du 16 octobre 2013 que la Cour de cassation s'est prononcée, pour la première fois, au sujet d'un bail professionnel, en faveur de la licéité d'un indice de base fixe, laissant le soin aux juges du fond de déterminer si la distorsion est avérée<sup>(5)</sup>. Mais, c'est surtout par un arrêt du 11 décembre 2013, statuant sur le pourvoi formé contre l'un des arrêts du 4 avril 2012 (n° 10/23391), que la Haute Cour valide clairement ce type de clause d'échelle mobile « dès lors que l'application de cet indice 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 »<sup>(6)</sup>. Il incombe donc aux juges du fond d'apprécier *in concreto* l'existence ou non d'une distorsion qui déterminera si la clause est ou non licite.

C'est bien, dans l'espèce commentée, ce qui est reproché à la Cour d'appel de Versailles qui n'aurait pas recherché si le mode de calcul choisi conduisait à une distorsion effective entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux révisions.

On ne peut donc qu'approuver une telle solution en ce qu'elle confirme la validité de principe de la clause d'échelle mobile à indice de base fixe même s'il sera sans doute délicat pour la cour de renvoi, de déterminer de manière plus claire que ne l'ont fait les premiers juges, en quoi il ne pourrait pas y avoir de distorsion en présence d'un indice de référence connu au 12 juillet 1996 et, comme indice de comparaison, le dernier publié au 1<sup>er</sup> janvier de chaque année, surtout lorsqu'il est appliqué au loyer provisionnel.

**Bertrand de LACGER**

Avocat à la Cour d'appel de Paris,

Bruno Boccara Associés

### TEXTE DE LA DÉCISION (EXTRAITS)

« (...) Attendu que pour accueillir les demandes de la société Flo, l'arrêt retient qu'aux termes de l'article L. 112-1 alinéa 2 du code monétaire et financier la clause prenant en compte une période de variation de l'indice supérieure à la durée écoulée entre chaque révision, dans les contrats à exécution successive et notamment les baux, est réputée non écrite, que selon les articles 6.1 et 6.2 du bail commercial, restant applicables selon l'avenant du 29 janvier 1999, le loyer annuel hors taxes est de plein droit et sans aucune formalité indexé annuellement chaque 1<sup>er</sup> janvier en fonction de la variation de l'indice INSEE du coût de la construction, que l'indice à prendre en considération est le dernier publié le 1<sup>er</sup> janvier de chaque année, l'indice de référence étant le dernier connu au 12 juillet 1996, et que cette clause, qui prend un indice de référence fixe qui a été effectivement appliqué aux indexations annuelles intervenues doit être réputée non écrite, la période d'appréciation de la variation des indices étant systématiquement supérieure à la durée d'une année s'écoulant entre chaque indexation ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les clauses d'indexation se référant à un indice de base fixe ne contreviennent pas à l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier dès lors qu'il y a concordance entre la période de variation de l'indice et celle de variation du loyer, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme il le lui était demandé, si le mode de calcul choisi par la clause créait une distorsion effective entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux révisions, n'a pas donné de base légale à sa décision.

PAR CES MOTIFS (...) ;

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 juin 2013 (...) »

**CASS. 3<sup>e</sup> CIV., 3 DÉC. 2014, N° 13-25.034, P+B+R**

(1) TGI Paris, 18<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 5 janv. 2010, n° RG : 08/13645, Administrer, mars 2010, p. 27 ; TGI Paris, 18<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 27 mai 2010, n° RG : 09/09345, Rev. Loyers 2012/927, p. 208 ; Loyers et copr. 2010, comm. 194, obs. Brault Ph.-H., AJDI 2011, p. 134, obs. Denizot C.

(2) TGI Paris, 2<sup>e</sup> sect., 13 janv. 2011, n° RG : 09/11087, Gaz. Pal. 2011, p. 1981, obs. Barbier J.-D. ; TGI Paris, 18<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 8 nov. 2011, n° 09/03794, Administrer, févr. 2012, p. 31, obs. Barbier J.-D.

(3) CA Paris, pôle 5, ch. 3, 4 avr. 2012, n° RG : 10/23391 et n° 10/13623, Rev. Loyers 2012/927, n° 1447, p. 208, note Vaissière M.-O. et Chaoui H., AJDI 2012 p. 397, obs. Blatter J.-P., Administrer, mai 2012, p. 39, obs. Sainturat M.-L.

(4) CA Paris, pôle 5, ch. 3, 11 avr. 2012, n° RG : 09/24676, AJDI 2012, p. 424, obs. Loreau N. et Bonnemay-Israel J. ; CA Paris, pôle 5, ch. 3, 12 sept. 2012, n° RG : 10/19195, AJDI 2013, p. 350.

(5) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 oct. 2013, n° 12-16.335, Rev. Loyers 2013/942, n° 1692, p. 491, note Vaissière M.-O. et Chaoui H., AJDI 2014, p. 36, obs. Planckel F. et Antonuitti A., D. 2013, p. 2464, obs. Rouquet Y.

(6) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 déc. 2013, n° 12-22.616, Rev. Loyers 2014/943, n° 1718, p. 8, note Chaoui H. et Vaissière M.-O., Loyers et copr. 2014, comm. 48, D. 2014, p. 344, obs. Brignon B.