

ATTENTION à la clause d'indexation interdisant ou limitant toute variation à la baisse

La clause d'indexation, aussi appelée « clause d'échelle mobile », est très fréquemment, pour ne pas dire quasi-systématiquement, insérée dans le contrat de bail commercial.

Rappelons qu'elle permet, en sus du mécanisme de la révision légale, de faire réviser le loyer, de manière automatique à une date donnée, et ce sans aucune formalité, en fonction des variations d'un indice choisi entre les parties (ICC, ILC ou l'ILAT) et selon une périodicité également prévue au bail (le plus souvent il s'agira d'une périodicité annuelle).

Cette clause d'indexation, qui revêt une importance particulière dans

le contrat de bail, a été au cœur de l'actualité doctrinale et jurisprudentielle ces dernières années et a fait couler beaucoup d'encre. Nous nous souviendrons que la Cour de Cassation a jugé que la clause d'indexation se référant à un indice de base fixe ne contrevient pas à l'article L 112-1 du Code monétaire et financier dès lors qu'elle ne conduit pas à l'organisation contractuelle d'une distorsion entre la période de variation de l'indice et la durée s'écoulant entre deux révisions. (Cass. 3^e civ. 11 décembre 2013 n° 12-22.616 FS-PB, Sté Western corporation c/ Sté Icade ; Cass. 3^e civ. 25 février 2016 n° 14-28.165 (n° 297 FS-PB), Sté Jules et Julie c/ Sté Le Marché sur la table).

Devant la baisse des indices et donc des loyers ces dernières années, nous avons pu observer dans les baux commerciaux l'insertion de clauses d'indexation interdisant, ou bien limitant, toute variation à la baisse, ce qui a généré un nouveau débat sur ladite clause.

Ainsi, il a pu être jugé que ce type de clause « plancher » générerait, de facto, la distorsion prohibée que nous venons d'évoquer, dès lors qu'en cas de baisse de l'indice, la stipulation litigieuse conduisait à neutrali-

ser l'indexation et donc à maintenir le loyer précédent, ce qui entraînerait une distorsion pour les indexations suivantes.

D'autres décisions consacraient au contraire sa validité.

Après plusieurs divergences doctrinales et jurisprudentielles, la Cour de Cassation a rendu le 14 janvier 2016, un arrêt de principe, publié au bulletin, invalidant la clause d'indexation qui exclut l'indexation à la baisse ou qui indique que le loyer révisé ne pourra pas être inférieur au loyer de base précédant la révision. Rappelons le principe juridique énoncé par cet arrêt : « 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 ».

Cet arrêt pourrait être énonciateur d'un principe général selon lequel toute clause d'indexation qui empêcherait ou fausserait la réciprocité de la variation serait de facto invalidée, et ce sans référence particulière aux dispositions du Code monétaire et financier ou même à la distorsion. En effet, la Haute Juridiction évoque davantage l'essence même de la clause d'indexation laquelle ne doit pas exclure la réciprocité et doit pouvoir jouer à la hausse comme à la baisse.

Précisons également que, dans cet arrêt, la Cour de Cassation retient à la fois le principe de la nullité d'une telle clause et son caractère non écrit. Mais, l'apport de cet arrêt résulte surtout dans le fait que la Haute Juridiction a jugé que la sanction de l'irrégularité de la clause l'affectait dans son intégralité. Ainsi, la Cour de Cassation précise : « 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 ».

Dès lors, et sans même que les parties aient expressément fait de la stipulation excluant toute variation à la baisse, un élément déterminant de leur volonté de souscrire à la clause d'indexation, la Haute Juridiction a rappelé que les juges du fond étaient souverains pour décider si cette stipulation avait été déterminante de l'application même de l'indexation. C'est donc la clause dans son ensemble qui est invalidée et non la seule stipulation empêchant la variation à la baisse. Il est précisé que la stipulation litigieuse, qui figurait au dernier paragraphe de la clause d'indexation, était rédigée de la ma-

nière suivante : « 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 ».

Aussi, faut-il comprendre que la Cour de Cassation considère que du fait de la nature même de la clause d'indexation, qui doit pouvoir jouer à la baisse comme à la hausse, toute exclusion à cette réciprocité affecterait la clause dans son entier et que, de ce fait, la clause serait indivisible ?

Ou bien sera-t-il possible pour les parties de distinguer le principe même de l'indexation de ses modalités de mise en œuvre en érigeant expressément la « stipulation plancher » en condition accessoire et non déterminante de leur volonté de souscrire à la clause d'indexation ?

L'enjeu est important puisque, dans le premier cas, la sanction de l'indivisibilité de la clause conduit à sa nullité dans son entier et donc à recalculer le loyer comme s'il n'y avait jamais eu indexation.

Alors que dans le second cas le Bailleur n'aurait pas à reverser l'intégralité des indexations mais seulement celles à compter du jour où le loyer aurait dû baisser, afin d'invalidier les seuls effets de la stipulation litigieuse.

Il semblerait que la première analyse soit celle retenue dès lors que dans l'arrêt précité il n'y avait eu aucune baisse effective de l'indice et que la « clause plancher » n'avait pas reçu application.

A notre connaissance, la Cour de Cassation n'a pas été amenée à confirmer sa position, à ce jour, depuis cet arrêt de principe.

Il sera cependant fait remarquer que la Cour d'appel de Paris a admis dans deux arrêts du même jour que les parties puissent convenir d'un loyer

plancher équivalent au loyer d'origine, même si dans le premier arrêt la « clause plancher » n'était pas une modalité d'application de la clause d'indexation laquelle admettait bien la réciprocité, mais figurait sous le paragraphe « loyer » et prévoyait la renonciation du preneur à faire fixer judiciairement le loyer à une somme inférieure au loyer d'origine, et ce notamment dans le cadre de l'application de l'article L 145-39 du Code de commerce. Elle avait de surcroît été érigée en condition essentielle et déterminante (Paris, 20 janv. 2016, n° 13/23331 ; Paris, 20 janvier 2016 n° 13/17680).

Est-ce à dire qu'il serait encore possible de prévoir un « loyer plancher » dans le contrat de bail dès lors que la réciprocité de la clause d'indexation ne serait pas remise en cause ?

A tout le moins, à ce jour, la tendance des juges du fond semble bien aller vers l'indivisibilité d'une telle clause d'indexation et son caractère non écrit.

En conclusion, et que cela soit lors de la signature du bail ou de son renouvellement, il importe de redoubler de prudence dans la rédaction de la clause d'indexation, et ce d'autant que la sanction de sa nullité et/ou de son caractère non écrit pourrait avoir des conséquences pécuniaires particulièrement importantes pour chacune des parties au contrat de bail. ■

Karine MATHOU

Article rédigé par Karine MATHOU, Avocat associé cofondateur du **Cabinet INSOLIDUM AVOCATS ASSOCIES**, intervenant principalement en droit des affaires, domicilié 90, rue de la Victoire 75009 PARIS

Tel : 01.42.81.61.60.
Fax : 01.42.81.61.61
avocats@insolidum.com

