

## Absence d'application de l'indexation et clause d'échelle mobile

Tribunal de grande instance de Paris 7 janvier 2010, n° 09-15111

Mots clés : BAIL COMMERCIAL - Loyer - Clause d'échelle mobile - Renonciation - Absence

**La solution :** Le fait que le bailleur n'ait pas appelé le loyer résultant de l'augmentation indiciaire n'est pas suffisant pour démontrer l'existence d'un accord entre les parties sur la décision de ne plus appliquer la clause d'échelle mobile.

Le locataire ayant signifié une demande de révision en application de l'article L. 145-39 du code de commerce a suffisamment démontré qu'il n'a jamais accepté de renoncer à l'application de la clause d'échelle mobile.

« [...] »

Motifs de la décision :

La SA X. a renouvelé, par acte sous seing privé en date du 28 janvier 2002, à la SAS Y., un bail portant sur un local commercial situé à Paris, à usage de magasin de vente d'équipements de la maison.

Le preneur a notifié, par acte extra-judiciaire en date du 7 mai 2009, une demande de révision du loyer à compter de cette date.

- Sur la recevabilité de la demande :

Le texte de l'article L. 145-39 stipule que, « par dérogation à l'article L. 145-38, si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire ».

Il n'est pas contesté qu'en l'espèce le bail comprend une clause d'échelle mobile ayant vocation à s'appliquer sans formalisme particulier, la clause du bail se contentant de dire « la révision aura lieu avec effet au 15 septembre de chaque année en appliquant la variation entre les indices », ce qui implique son caractère automatique.

Les dispositions de l'article L. 145-39 ne limitent pas la possibilité de révision à l'effectivité du paiement par le preneur du loyer ainsi augmenté ou diminué.

L'action peut donc être introduite par le preneur, même si le montant résultant de l'application de l'indice n'a pas été appelé par le bailleur, dès lors que, par l'application de la clause, il se trouve correspondre aux critères légaux, sauf s'il est démontré que les parties ont convenu de renoncer à l'application de la clause d'échelle mobile.

L'avis d'échéance du 4<sup>e</sup> trimestre 2008, concerné par la clause d'échelle mobile applicable au 15 septembre de chaque année indiquait un montant de loyer et portait la mention: « sous réserve de la révision à intervenir à compter du 15 septembre 2008 en fonction de la variation entre les indices INSEE du coût de la construction du 3<sup>e</sup> trimestre 2008 (qui devrait paraître en janvier 2009) et l'indice du 3<sup>e</sup> trimestre 2007 (égal à 1143) », démontrant qu'à cette date le bailleur n'avait pas renoncé à son application.

Le fait que le bailleur n'ait pas appelé le loyer résultant de l'augmentation indiciaire lors de l'échéance du 1<sup>er</sup> trimestre 2009, ni par la suite, n'est pas suffisant pour démontrer l'existence d'un accord entre les parties sur la décision de ne plus appliquer la clause d'échelle mobile.

S'agissant d'une des clauses du contrat, appliquée régulièrement depuis la signature du bail et de son renouvellement, elle ne peut cesser de recevoir application, ce qui implique une novation du bail, qu'à la suite d'un acte positif

qui, s'il peut être implicite, doit cependant être non équivoque et émaner des deux parties.

La simple abstention de réclamation du loyer indexé par la SA X. est manifestement insuffisante pour démontrer la novation alléguée le bailleur bénéficiant du délai de prescription quinquennale pour venir réclamer ce paiement à son locataire.

Si l'affirmation, par la SA X., de sa volonté de renoncer à l'application de la clause d'échelle mobile pour la suite des relations contractuelles, dans le mémoire signifié au cours de l'instance, pourrait constituer un acte positif et non équivoque tendant à faire novation au bail, il ne résulte d'aucun élément que la locataire a acquiescé à cette novation.

Le paiement conforme à l'avis d'échéance est notoirement insuffisant à démontrer cet accord, dès lors que le locataire n'est jamais tenu de payer plus que ce qui lui est réclamé, les loyers étant quérables et non portables.

La locataire ayant, avant même l'envoi de l'avis d'échéance du 2<sup>e</sup> trimestre 2009, signifié une demande de révision en application de l'article L. 145-39 a suffisamment démontré qu'elle n'a jamais accepté de renoncer à l'application de la clause d'échelle mobile.

En justifiant avoir en outre provisionné les sommes correspondant à l'application de cette clause au loyer actuellement réclamé, elle démontre encore plus son absence d'accord à la novation du bail proposée par le bailleur.

Il n'est pas contesté que, dès lors qu'il doit être fait application de la clause d'échelle mobile insérée au bail, le loyer se trouve augmenté de plus de 25 % depuis sa dernière fixation amiable.

Les dispositions de l'article L. 145-39 du code de commerce sont, de ce fait, applicables.

A défaut de démonstration d'une novation apportée au bail, la demande de révision formée par la SAS Y. est en conséquence recevable.

En l'état des moyens exposés, il convient de rechercher et rassembler les éléments d'appréciation des faits invoqués par les parties. Ces éléments ne peuvent résulter des vérifications personnelles du juge ou d'un constat.

Il est donc nécessaire de recourir à une mesure d'expertise, dans les termes du présent dispositif.

Il convient de maintenir pendant la durée de l'instance un loyer provisionnel égal au montant du loyer contractuel actuel en principal, en application des dispositions de l'article L. 145-57 du code de commerce.

L'exécution provisoire n'est pas incompatible avec la nature du litige. Elle est nécessaire et doit être ordonnée.

Il convient de réserver les dépens et l'éventuelle application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

[...]

**Observations :** La locataire avait formé une demande de révision sur le fondement de l'article L. 145-39 du code de commerce, sollicitant la fixation du loyer à la valeur locative inférieure au montant du loyer contractuel en cours. La bailleuse soutenait que cette demande était irrecevable au motif qu'elle n'avait pas appliqué la clause d'indexation de sorte que le loyer effectivement payé par la locataire n'avait pas augmenté de plus de 25 % depuis sa dernière fixation.

Le juge des loyers a jugé que la demande de révision formée par la locataire était recevable, rejetant ainsi l'argumentation adverse en considérant que le fait de ne pas facturer l'augmentation de loyer résultant de la clause d'indexation ne pouvait faire obstacle aux dispositions de l'article L. 145-39 du code de commerce.

La question soulevée méritait d'être posée puisqu'il n'existait pas, à notre connaissance, de décision de justice qui soit venue trancher ce point jusqu'alors.

En effet, en période de forte hausse des indices, certains bailleurs ont imaginé pouvoir bloquer l'application de l'article L. 145-39 et échapper ainsi au retour du loyer à la valeur locative, en suspendant la facturation des augmentations résultant de l'application des clauses d'indexation.

• Certains éléments militaient en faveur de la thèse selon laquelle l'action en révision ne serait recevable que pour autant que le loyer effectivement appelé ait augmenté ou diminué de plus du quart. Il résulte de la jurisprudence (Civ. 3<sup>e</sup>, 5 déc. 1972, Bull. civ. III, n° 657) que, en règle générale, « rien ne s'oppose à la renonciation par une partie à un droit purement patrimonial déjà né à son profit ». Sur ce seul fondement, le bailleur pourrait s'estimer légitime à ne plus réclamer l'augmentation de loyer telle que résultant de l'application de la clause d'indexation, pour paralyser une demande de révision fondée sur l'article L. 145-39 du code de commerce.

Une partie de la doctrine, qui s'est peu prononcée sur la question, semblait d'ailleurs favorable à la thèse selon laquelle l'action visant à la fixation du loyer à la valeur locative ne pouvait prospérer qu'en cas d'augmentation effective du loyer de plus de 25 %.

Ainsi, selon Philippe-Hubert Brault « *La hausse du loyer découlant de la clause d'indexation doit être effective : en d'autres termes, on ne saurait s'attacher à la seule variation indiciaire découlant du contrat si le bailleur a renoncé à en faire application, soit partiellement, soit en totalité, en limitant ainsi la hausse du loyer dont la variation serait inférieure à 25 %.*

« *Dans cette hypothèse, on peut d'ailleurs se demander si le fait de ne pas appliquer la clause d'échelle mobile, de facturer et de quittancer le loyer pour un montant différent de celui qui aurait résulté de l'application du contrat, ne peut être assimilé à un nouvel accord contractuel marquant le point de départ* » (Loyers et copr., oct. 1991. 1 s.).

• Cette position est aujourd'hui écartée par le juge des loyers du tribunal de grande instance de Paris aux motifs que :

- la clause d'échelle mobile figurant au bail avait vocation à s'appliquer automatiquement sans formalisme particulier ;
- « *Les dispositions de l'article L. 145-39 ne limitent pas la possibilité de révision à l'effectivité du paiement par le preneur du loyer ainsi augmenté ou diminué* » et « *l'action peut être introduite par le preneur, même si le montant résultant de l'application de l'indice n'a pas été appelé par le bailleur, dès lors que, par application de la clause, il se trouve correspondre aux*

*critères légaux, sauf s'il est démontré que les parties sont convenues de renoncer à l'application de la clause d'échelle mobile » ;*

- les faits de l'espèce ne démontrant pas que les parties auraient entendu renoncer à l'application de la clause d'indexation, celle-ci, appliquée régulièrement depuis la prise d'effet du bail, ne peut cesser de recevoir application sauf novation résultant d'un acte positif non équivoque et bilatéral valant novation ;

- « *La simple abstention de réclamation du loyer indexé par la bailleuse est manifestement insuffisante pour démontrer la novation alléguée, le bailleur bénéficiant du délai de prescription quinquennale pour venir réclamer ce paiement à sa locataire » ;*

- au demeurant, la volonté de la seule bailleuse à renoncer à l'application de la clause d'indexation ne vaudrait novation que si le locataire y avait acquiescé ;

- or, « *le paiement conforme à l'avis d'échéance est notoirement insuffisant à démontrer cet accord, dès lors que le locataire n'est jamais tenu de payer plus que ce qui lui est réclamé, les loyers étant quérables et non portables » ;*

- de même; la simple demande de révision formée par la locataire sur le fondement de l'article L. 145-39 suffit à démontrer qu'elle n'a jamais accepté de renoncer à la clause d'échelle mobile.

Cette décision doit être approuvée. En effet, par application des principes du droit général des contrats, la clause arrêtée par les deux parties exprime leur intention commune et le bailleur ne devrait pas pouvoir, sans l'accord du preneur, en neutraliser l'application.

Si la règle générale qui permet au créancier d'un droit né d'y renoncer, c'est parce que cette renonciation n'a ordinairement de conséquence que pour ce dernier. Celui-ci ne fait alors que disposer de son droit.

Or, tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque la renonciation du bailleur à facturer l'augmentation résultant du jeu de l'indexation aurait pour conséquence éventuelle d'empêcher le preneur de déclencher une demande fondée sur la variation de plus de 25 % du loyer.

Seul un accord des parties, exprès ou implicite, permettrait de neutraliser l'application de la clause d'indexation en cours de bail et d'éviter ainsi une évolution du loyer de plus de 25 %.

Le simple fait pour le bailleur de ne pas appliquer l'indexation et pour le preneur de payer sans réserve sur la base facturée, ne peut être regardé comme caractérisant un accord des parties pour ne pas indexer le loyer, puisque le bailleur conserve la faculté d'appliquer ultérieurement l'indexation avec effet rétroactif.

En outre, la combinaison de l'automatisme de l'application de la clause d'indexation stipulée au bail et du caractère d'ordre public de l'article L. 145-39 ne permet pas d'exclure la possibilité pour le preneur de revendiquer l'application de la clause d'indexation. Le juge des loyers précise ainsi qu'un bailleur ne peut paralyser l'action ouverte au preneur en vertu d'une disposition d'ordre public, par sa seule décision unilatérale de ne pas appliquer une clause du bail dont l'effet automatique a été accepté par les deux parties, dans l'intérêt de l'une comme de l'autre, selon la tendance de l'évolution de l'indice.

**Natacha Loreau**

**Julie Bonnemay Israel**

Avocats, Lefevre Pelletier & associés