

Validité de la clause d'indexation comportant un indice de base fixe : oui mais...

1^{re} espèce Cour d'appel de Paris 4 avril 2012, n° 10/02349 - Icade (Sté) c/ Western Corporation (Sté)

2^e espèce Cour d'appel de Paris 4 avril 2012, n° 10/12623 - Lys Vendôme (Sté) c/ Swiss Life banque privée (Sté)

3^e espèce Cour d'appel de Paris 11 avril 2012, n° 2009/24676 - Poiray joaillier (Sté) c/ Compagnie Generali IARD (Sté)

Mots clés : BAIL COMMERCIAL - Loyer - Clause d'indexation - Indice de base fixe - Validité

La solution : La référence à un indice de base fixe ne saurait en soi permettre de considérer *ipso facto* comme non écrite une clause d'indexation. La clause d'indexation ainsi rédigée est validée lorsqu'elle n'a pas pour conséquence de créer une distorsion entre variation indiciaire et durée s'écoulant entre deux révisions (1^{re} espèce).

La clause est en revanche réputée non écrite dans le cas contraire. (2^e espèce).

La référence à un indice de base fixe ne saurait en soi permettre de considérer *ipso facto* comme non écrite une clause d'indexation. La clause d'indexation ainsi rédigée est validée lorsqu'elle n'a pas pour conséquence de créer une distorsion entre variation indiciaire et durée s'écoulant entre deux révisions (3^e espèce).

Observations : Par trois décisions d'apparence contradictoire, mais qui sont en fait complémentaires, la cour d'appel de Paris est venue préciser les conditions de validité de la clause d'indexation comportant un indice de base fixe.

La cour d'appel de Paris juge en effet que la référence à un indice de base fixe ne saurait en soi permettre de considérer *ipso facto* comme non écrite une clause d'indexation. La clause d'indexation ainsi rédigée est validée lorsqu'elle n'a pas pour conséquence de créer une distorsion entre variation indiciaire et durée s'écoulant entre deux révisions (1^{er} et 3^e arrêts). La clause est en revanche réputée non écrite dans le cas contraire (2^e arrêt).

Les trois décisions font référence à l'article L. 112-1, alinéa 2, du code monétaire et financier, dont les dispositions, ci-après reproduites, relèvent de l'ordre public de direction, et ne peuvent donc être écartées par les parties : « *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.* »

Les décisions de la cour d'appel viennent ainsi opportunément mettre un terme à l'incertitude relative à la validité des clauses d'indexation comportant un indice de base fixe, en clarifiant le traitement juridique.

L'incertitude juridique

- En se fondant sur une lecture littérale de l'article L. 112-1, alinéa 2, des locataires, suivis par certains juges, ont récemment cru pouvoir soutenir que les clauses d'indexation faisant référence à un indice de base fixe devaient nécessairement être réputées non écrites.

C'est ainsi qu'ont notamment été rendues les deux décisions suivantes, objet des procédures d'appel ayant abouti à deux des arrêts commentés.



Retrouvez le texte de ces décisions sur www.dalloz-revues.fr

Jugement du 5 janvier 2010 (TGI Paris)

Le tribunal de grande instance de Paris avait à connaître d'une clause d'indexation stipulant que l'indice de base serait l'indice du dernier trimestre connu à la prise d'effet du bail (2^e trimestre 1993) et que l'indice de comparaison serait celui du même trimestre de l'année précédant l'indexation.

Le preneur demandait que la clause d'indexation soit privée d'effet au motif que l'indice de base étant fixé pour toutes les indexations successives, la période de variation entre l'indice de base et l'indice de comparaison était, dès la deuxième indexation, supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision et comme telle contraire à l'article L. 112-1 du code monétaire et financier.

Dans les faits, l'indexation avait été appliquée par le bailleur pendant quatorze ans en retenant un indice de base qui changeait chaque année, sur une assiette constituée par le dernier loyer indexé.

Par ailleurs, le bailleur soutenait que le résultat du calcul de l'indexation, qu'il soit effectué en retenant un indice de base fixe appliqué au loyer d'origine ou un indice de base mobile appliqué au dernier loyer, était identique.

Le tribunal, tout en reconnaissant l'exactitude mathématique de la démonstration du bailleur, a choisi de faire une application stricte de l'article L. 112-1 du code monétaire et financier « *dans la mesure où l'indice de base sera toujours celui du 2^e trimestre 1993, la période de variation des indices sera de 11 ans en 2005, de 12 ans en 2006 et donc supérieure à la durée d'une année s'écoulant entre deux révisions.* »

Le tribunal en avait déduit que la clause d'indexation était contraire à l'article L. 112-1 du code monétaire et financier dans sa rédaction et l'a en conséquence privée d'effet.

Jugement du 27 mai 2010 (TGI Paris)

Dans cette espèce, le bail commercial comportait une clause d'indexation ainsi rédigée : « *Il est expressément convenu que le prix du loyer du présent bail sera modifié à compter de chaque échéance annuelle.*

« 1°. L'indexation annuelle du loyer du présent bail

sera réalisée d'office sans que la bailleuse ou la preneuse soit tenue de procéder à une notification préalable.

[...]

3°. Pour déterminer le montant de la variation annuelle du loyer, les parties conviennent de prendre en considération les variations de l'indice du coût de la construction d'un immeuble parisien sur la base de 1 en 1939, publié par l'Académie d'architecture et plus précisément par référence à l'indice trimestriel connu au jour de la signature des présentes, tel qu'il est indiqué à l'article 9 des conditions particulières ».

L'article 9 des conditions particulières du bail désigne comme indice de référence celui « du coût de la construction publié par l'INSEE pris à son dernier taux publié à la date de signature du bail, soit 1068 l'indice du 4^e trimestre 1997 ».

Par avenant au bail du 7 septembre 2000, les parties étaient convenues d'un élargissement de l'assiette des locaux et d'une augmentation du loyer par paliers entre le 1^{er} octobre 2000 et le 1^{er} mars 2002. Il était par ailleurs stipulé que « la clause d'indexation annuelle contenue dans le bail du 19 mai 1998 est intégralement applicable, étant précisé que le nouveau loyer, tel qu'indiqué ci-dessus, sera révisé pour la première fois le 1^{er} mars 2003, et ainsi de suite jusqu'à la fin du bail. »

Pour pratiquer la première indexation à effet du 1^{er} mars 2003, le bailleur avait pris en compte :

- le nouveau loyer applicable à compter du 1^{er} mars 2002 (dernier palier)

- la variation intervenue entre l'indice de référence, soit l'indice du 4^e trimestre 1997 et l'indice du 4^e trimestre 2001.

Les indexations suivantes avaient été effectuées par application au loyer en cours du rapport entre l'indice du 4^e trimestre 1997 et l'indice du 4^e trimestre de l'avant-dernière année précédant la révision.

Le preneur soutenait que la clause d'indexation visée dans l'avenant du 7 septembre 2000 (et non la clause du bail) était contraire à l'article L. 112-1 du code monétaire et financier.

Le tribunal a considéré que « le choix fait au bail que reprend l'avenant de l'indice du 4^e trimestre 1997 comme unique indice de référence conduit immanquablement à ce que la période de variation entre cet indice et celui de revalorisation soit supérieure à la durée annuelle devant s'écouler entre chaque révision, puisqu'elle est de quatre ans pour la première révision, et d'une année supplémentaire pour chaque révision ultérieure. »

Le tribunal a appliqué la sanction prévue à l'article L. 112-1 et a déclaré non écrite la clause d'indexation stipulée à l'avenant.

• La jurisprudence condamnant la référence à un indice de base fixe a récemment été abandonnée par le tribunal de grande instance de Paris.

En effet, par trois décisions en date des 13 janvier 2011, 8 novembre 2011 et 1^{er} décembre 2011, le tribunal a jugé qu'une clause d'indexation mentionnant un indice de base fixe était licite dès lors que la prise en compte d'un indice de base mobile affecté au loyer en cours, ou celle d'un indice de base fixe affecté au loyer d'origine conduisent au même résultat arithmétique et donc financier.

Le tribunal de grande instance de Paris précise, par ces trois décisions, que la lettre et l'esprit du texte de l'article L. 112-1 du code monétaire et financier ne sont pas trahis par les clauses d'indexation prévoyant un indice de base fixe, qui n'ont ni pour objet, ni pour effet d'augmenter artificiellement le niveau du loyer, ce qui était l'objectif contre lequel s'élevait le législateur.

La position de la cour d'appel de Paris

• Par le premier arrêt du 4 avril 2012, la cour d'appel de Paris infirme le jugement rendu le 5 janvier 2010 par le tribunal de grande instance de Paris et adhère au revirement de jurisprudence opéré par ledit tribunal.

En effet, la cour d'appel de Paris valide la clause d'indexation en considérant que : « L'esprit de la loi est en effet de déclarer non écrite une clause organisant délibérément une distorsion entre période de variation indiciaire/durée entre deux révisions et non celle qui peut éventuellement la permettre sans que cette éventualité soit survenue ;

« La comparaison avec la législation sur les baux d'habitation à laquelle procède la société [bailleuse] si elle n'est pas parfaitement pertinente dès lors que la loi encadre plus strictement la variation des loyers en ce domaine, illustre néanmoins cet esprit de la loi en matière d'indexation du loyer en disposant expressément qu'à défaut de clause contractuelle faisant référence à un indice, celui applicable est celui de la date de signature du contrat. »

La Cour ajoute que le locataire « échoue à démontrer que l'application d'un indice de référence fixe a pu conduire lors des indexations successives à une quelconque distorsion entre variation indiciaire et durée s'écoulant entre deux révisions » et le déboute en conséquence de sa demande de voir dire non écrite la clause d'indexation.

Ce faisant, la cour d'appel estime que la clause d'indexation n'aurait pas été validée si elle avait permis, par l'effet d'un quelconque événement survenu au cours de la vie du bail, d'organiser un quelconque rattrapage du loyer, de telle sorte que le montant du loyer aurait été différent de celui résultant d'une indexation pratiquée en retenant un indice de base mobile.

C'est ce qui a été jugé le même jour, dans un second arrêt, par la cour dans une composition identique, qui a relevé l'existence d'une distorsion entre la période de variation indiciaire et la durée entre deux révisions, ladite distorsion résultant d'une modification du loyer en cours de bail. Ce faisant, la cour confirme le jugement en date du 27 mai 2010 en ce qu'il avait déclaré non écrite la clause d'indexation.

La cour considère que la distorsion a permis au bailleur d'amplifier les effets de la clause d'indexation. En effet, le nouveau loyer résultant de l'augmentation des surfaces, convenu dans le cadre de l'avenant à effet du 1^{er} octobre 2000, ne pouvait être indexé en prenant pour indice de base celui prévu au bail (soit celui du 4^e trimestre 1997) puisque cela revenait à prendre en compte, sur le loyer complémentaire, une variation indiciaire d'une durée supérieure à celle ayant couru depuis la prise d'effet de l'avenant.

Dans l'espèce ayant donné lieu au troisième arrêt, en date du 11 avril 2012, un avenant au bail commercial avait été régularisé entre les parties, ledit avenant ayant notamment pour effet de modifier le montant du loyer d'origine. Contrairement aux faits de l'espèce objet du deuxième arrêt, les parties avaient modifié, dans le cadre de l'avenant, la clause d'indexation en retenant de nouveaux indices de base et de comparaison, ainsi qu'une nouvelle date d'indexation, cohérents avec la date de prise d'effet du nouveau loyer.

C'est la raison pour laquelle la Cour a jugé valable cette clause d'indexation, retenant « que littéralement ce texte d'ordre public

[L. 112-1 du code monétaire et financier] n'interdit pas la prise en considération d'un indice de base fixe ; qu'il prohibe l'organisation contractuelle d'une distorsion entre la période de variation de l'indice et la durée s'écoulant entre deux révisions quand la première est supérieure à la seconde »

En conséquence, la cour considère « qu'en l'espèce, la clause d'indexation contractuelle n'organise aucune distorsion tenant à la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision ; [...] qu'aucun évènement postérieur à l'avenant du 30 décembre 1993 n'a conduit, de fait, à l'organisation d'une telle distorsion, que la société [locataire] n'est en conséquence pas fondée à voir déclarée non écrite la clause d'indexation conventionnelle qui a vocation à s'appliquer »

• La solution retenue par la cour est plus sévère que celle résultant de sa jurisprudence antérieure.

En effet, dans un arrêt du 28 avril 1988, la cour était interrogée sur l'application de la clause d'indexation d'un bail à effet le 1^{er} décembre 1980, stipulant que « pour déterminer le loyer de l'année, il serait fait application du rapport entre l'indice de référence, soit l'indice dernier publié au 1^{er} janvier considéré, et l'indice de base 510 correspondant au deuxième trimestre de l'année 1979. » La première indexation devait intervenir le 1^{er} janvier 1982, soit treize mois après la prise d'effet du bail, en fonction du dernier indice publié (2^e trimestre 1981) de deux ans postérieur à l'indice de base. La cour, ayant naturellement relevé « la distorsion entre l'annualité de la révision et l'écart de la variation de l'indice qui s'accroît à chaque révision », elle avait interprété le deuxième alinéa de l'article L. 112-1 du code monétaire et financier comme suit : « Qu'il résulte de ce texte qu'il reste permis au bailleur de prendre pour base de l'indexation un indice antérieur, à l'origine du bail, mais la période indiciaire à prendre en considération pour la révision, doit être rigoureusement égale à la fréquence de la révision, soit une variation indiciaire des quatre trimestres pour une révision annuelle ; il est interdit de stipuler dans le bail que la variation de l'indice sera calculée sur une période supérieure à celle de la révision ».

La cour avait souligné que les loyers réglés par le preneur en fonction d'une indexation annuelle déterminée par une variation des indices reposant elle aussi sur une période annuelle « correspondent exactement au montant de ce que cette société doit à la société bailleuse. »

Cette décision appliquait donc la clause d'indexation mais en l'adaptant, pour écarter l'application d'une première révision annuelle qui tenait compte de deux années d'évolution indiciaire. Dans un arrêt du 29 septembre 2004, la cour de Paris avait eu à connaître d'un problème relatif au calcul de l'indexation. Le bailleur, crédit-preneur, avait conclu un sous-bail commercial ayant commencé à courir le 1^{er} janvier 1995. La clause d'indexation stipulait que « le loyer sera révisé le 1^{er} janvier 1996 en fonction de la variation de l'indice INSEE du coût de la construction. L'indice de référence sera 956 », correspondant à l'indice du 3^e trimestre 1990. Le bailleur prétendait voir calculer la première indexation, au 1^{er} janvier 1996, par application au loyer d'origine de l'indice de base

du 3^e trimestre 1990 visé au contrat et du dernier indice publié à la date de la révision, soit celui du 3^e trimestre 1995 ! Cinq années séparaient ainsi les indices alors que la période de révision n'était que d'un an.

La cour d'appel a ainsi considéré qu'il résultait de l'article L. 112-1 du code monétaire et financier : « que lorsque la révision est, comme en l'espèce, annuelle, la période de variation de l'indice ne peut être supérieure à un an ; qu'il convient en conséquence de calculer le montant annuel, comme le demande [le preneur] en fonction de la variation annuelle de l'indice à compter de l'indice de référence 956. »

La cour a ensuite recalculé chaque indexation en appliquant au loyer d'origine le rapport entre l'indice de base fixe (soit celui du 1^{er} trimestre 1990) et un indice de référence n+1 chaque année (soit pour la première indexation du 1^{er} janvier 1996, l'indice du 3^e trimestre 1991).

Ces arrêts ne sont pas exempts de critiques puisque, en adaptant les clauses d'indexation pour les rendre conformes au texte et éviter qu'elles ne soient privées d'effet, la Cour semble s'être substituée à la volonté des parties, ce qu'il n'était pas en son pouvoir de faire.

Conclusion

Les décisions rendues par la cour d'appel les 4 et 11 avril 2012 doivent être approuvées en ce qu'elles font une application orthodoxe de la clause d'indexation, conforme au vœu du législateur qui n'a rien imposé quant au mode de calcul (indice de base mobile sur loyer indexé ou indice de base constant sur loyer d'origine).

Elles rassureront bien des bailleurs en leur permettant d'échapper à toute nouvelle menace de procédure en invalidation de clause d'indexation comportant un indice de base fixe.

La sanction du caractère non écrit de la clause reste économiquement très sévère, étant précisé que, dans son premier arrêt, la cour a jugé que « l'action en restitution d'indu, conséquence de l'éventuelle invalidation de la clause d'indexation, est soumise à la prescription quinquennale. »

Le bailleur pourra certes procéder à une révision triennale du loyer sur le fondement de l'article L. 145-38 du code de commerce mais il ne pourra pas « rattraper » les années perdues dès lors que le loyer révisé n'est applicable qu'à compter du jour de la demande qui en est faite.

Peut-être aurait-il été préférable que le juge adapte la clause pour corriger la distorsion intervenue plutôt que de la déclarer non écrite ? Cette opération reste délicate car le juge, s'il a le pouvoir d'interpréter les conventions, ne peut se substituer à la volonté des parties.

Natacha Loreau
et Julie Bonnemay-Israël
Avocats associés, ABL Avocats

Conseil pratique

En tout état de cause, les praticiens redoubleront de prudence, à l'occasion de la rédaction tant des clauses d'échelle mobile de leurs baux qu'à celle des avenants venant modifier le loyer en cours de bail, afin d'adapter le jeu de l'indexation à la situation nouvelle.

NDLR. V. aussi, concernant ces arrêts, le Point de vue de Jean-Pierre Blatter, p. 397.