

## Indexation valide si la période de variation indiciaire est inférieure à la période de révision du loyer.

lundi 20 avril 2015, par Gabriel Neu-Janicki

Pour être réputée non écrite sur le fondement de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier, il doit être démontré que la période de variation indiciaire prévue par la clause d'échelle mobile est supérieure à la période de révision annuelle du loyer. Ne donne dès lors pas de base légale à son arrêt la cour d'appel qui ne démontre pas la distorsion.

### LE PRINCIPE

L'article L. 112-1 du Code monétaire et financier dispose 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 ».

Ainsi, les clauses d'échelle mobile contenues dans les baux commerciaux ne peuvent pas créer de distorsion entre la période de variation de l'indice et la période de variation du loyer, sous peine d'être réputées non écrites.

Par exemple, si la clause d'indexation pose une périodicité annuelle, pour chaque révision il faudra que l'indice auquel il est fait référence ait au plus une année d'ancienneté pour une année de loyer inchangé.

En d'autres termes, les deux périodes doivent être à l'unisson. Il ne peut y avoir un loyer fixé depuis six mois et une période de variation de l'indice d'un an.

Ceci ayant été rappelé, la référence à un indice de base fixe a pu poser quelques difficultés puisque certains ont pu y voir une manière de figer les choses dans le temps en faisant varier le loyer commercial toujours en référence au premier indice de base, soit un indice périmé dès la deuxième révision pour une indexation annuelle.

Toutefois, la Cour de Cassation l'a rappelé récemment la référence à un indice de base fixe n'est pas en soi illicite, dès lors tout du moins qu'une telle référence ne crée pas de distorsion entre la période de variation indiciaire et celle de variation du loyer. Le principe est désormais bien acquis en jurisprudence et ce, depuis 2013 ([Cass. 3e civ., 11 déc. 2013, n° 12-22.616](#) ; [Cass. 3e civ., 16 oct. 2013, FS-P+B, n° 12-16.335](#)).

Il a été réaffirmé avec force en décembre 2014 ([Cass. 3e civ., 3 déc. 2014, FS-P+B+R, n° 13-25.034](#)).

Le présent arrêt fournit un nouvel exemple de clause d'échelle mobile faisant référence à un indice de base fixe, valable, faute pour la cour d'appel, dont l'arrêt est censuré au visa de l'article L. 112-1 précité, d'avoir démontré que la période de variation indiciaire prévue aux baux était supérieure à la période de révision annuelle du loyer ([Cass. 3e civ., 27 janv. 2015, n° 13-25.576](#)).

### LES FAITS ET ANALYSE

En l'espèce, deux baux dérogatoires sont conclus entre les mêmes parties, le premier à effet du 15 juillet 1994 et le second à effet du 1er juillet 1998, les deux comportant une clause d'indexation.

Plus précisément, par acte du 20 juin 1994, la société Arnaud TLM a donné à bail à la société Chauffage décor des locaux, pour une durée de vingt-trois mois à effet du 15 juillet 1994 à usage d'entrepôts et de bureaux, moyennant un loyer soumis annuellement à indexation en fonction de la variation de l'indice INSEE du coût de la construction.

À l'issue de la période de vingt-trois mois, le locataire ayant été laissé en possession des lieux, un nouveau bail soumis au statut des baux commerciaux a pris effet le 15 juin 1996.

Par ailleurs, par acte du 8 juillet 1998, la société Arnaud TLM a donné à bail à la société Chauffage décor d'autres locaux pour une durée de vingt-trois mois à effet du 1er juillet 1998, portant sur un local à usage d'entrepôts, moyennant un loyer payable trimestriellement et d'avance, et indexé annuellement sur la base de l'indice INSEE du coût de la construction, la clause d'indexation étant rédigée de la même manière que celle du premier bail.

À l'issue de la période de vingt-trois mois, le locataire a été laissé en possession et un nouveau bail soumis au statut des

baux commerciaux a pris effet le 1er juin 2000.

Les mêmes parties avaient ainsi conclu deux baux dérogatoires pour des locaux différents, les deux baux de courte durée étant devenus deux baux commerciaux, par application de l'article L. 145-5 du Code de commerce.

Le 24 décembre 2009, le bailleur a fait délivrer au locataire deux commandements de payer les loyers en exécution des deux baux, visant chacun la clause résolutoire, pour obtenir le paiement de sommes correspondant aux rappels d'indexation pour les périodes non prescrites de janvier 2005 à décembre 2009, soit dans le premier rappel de la somme de 46 517 euros et dans le second rappel de la somme de 15 514,74 euros.

En réponse, le 22 janvier 2010 le preneur a assigné son bailleur en nullité des deux commandements de payer, au motif notamment de l'irrégularité des clauses d'indexation.

La cour d'appel a fait droit à la demande aux motifs qu'en prévoyant que l'indice de référence sera celui du quatrième trimestre 1993 pour le bail à effet du 1er juillet 1994, celui du quatrième trimestre 1997 pour le bail à effet du 1er juillet 1998, la première variation devant intervenir le 1er juillet 1995 pour le premier bail et le 1er juillet 1999 pour le second bail, ce qui implique une période de variation de l'indice supérieure à la période de variation annuelle (CA Paris, pôle 5, 3e ch., 26 juin 2013, RG n° 11/15966 : Lexbase Hebdo éd. aff. n° 350, 12 sept. 2013, note J. Prigent). Elle a jugé en conséquence que les commandements délivrés pour obtenir le recouvrement de rappels de loyers résultant de l'application de la clause d'indexation ne pouvaient produire effet.

Comment les clauses sont-elles rédigées :

« le loyer de base sera soumis à indexation en fonction de la variation de l'indice officiel du coût de la construction tel que publié trimestriellement par l'INSEE, que l'indice national sera celui :

- pour le 1er bail du 4e trimestre 1993 soit l'indice 1016
- pour le second bail celui du 4e trimestre 1997 soit l'indice 1068 (2e bail),

que cette indexation sera appliquée annuellement, à la date anniversaire du bail et pour la première fois :

- pour le 1er bail : le 1er juillet 1995 ,
- pour le second bail : le 1er juillet 1999,

que l'indice de base sera constitué par l'indice du troisième trimestre précédant le trimestre en cours lors de l'entrée en vigueur du bail et l'indice de comparaison applicable à chacune de ces variations annuelles sera l'indice du troisième trimestre précédant le trimestre au cours duquel se situera la date anniversaire du bail ».

Cette clause d'indexation comportait deux contradictions :

1- elle visait un indice de base déterminé (4e trimestre 1993 et 4e trimestre 1997) tout en précisant que l'indice de base sera constitué par l'indice du 3e trimestre précédant le trimestre en cours lors de l'entrée en vigueur du bail ;

2- dans les baux, la date à laquelle l'indexation doit avoir lieu est la date d'anniversaire du bail tout en précisant que la première indexation doit avoir lieu le 1er juillet 1995 alors que le bail avait pris effet, à tout le moins selon les précisions factuelles de la cour, le 15 juillet 1994.

Le Bailleur n'a pourtant pas respecté l'application de ses clauses puisque puisqu'il a pris pour indice de base l'indice de comparaison de l'année précédente. De sorte qu'il n'avait pas procédé par application d'un indice de base fixe.

Les juges parisiens avaient pourtant estimé que les clauses d'indexation litigieuses n'étaient pas valables car elles organisaient une distorsion en prévoyant que l'indice de référence sera celui du 4e trimestre 1993 pour le bail à effet du 1er juillet 1994, celui du 4e trimestre 1997 pour le bail à effet du 1er juillet 1998, la première variation devant intervenir le 1er juillet 1995 pour le premier bail et le 1er juillet 1999 pour le second bail, ce qui implique une période de variation de l'indice supérieure à la période de variation annuelle. Ce simple constat ne suffit pas à lui seul à conclure à une distorsion prohibée entre la période de variation de l'indice et celle de la révision.

En effet, la distorsion ne peut être appréciée qu'en comparant la période de révision et la période de variation de l'indice. La détermination de cette dernière période implique de connaître l'indice de base et l'indice de comparaison.

Or, si les juges du fond visent il est vrai l'indice de base, ils ne précisent pas à l'inverse l'indice de comparaison. N'ayant pas donné de base légale à leur décision, celle-ci est censurée par la Cour de cassation au visa de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier.

En cas de référence à un indice de base fixe, c'est toujours le loyer initial non augmenté qui se voit appliquer l'indexation, alors que dans la méthode consistant à prendre comme indice de base l'indice de comparaison de l'année précédente, c'est le loyer déjà augmenté qui se voit appliquer le taux de variation de l'indice.

La date d'anniversaire des deux baux étant le 1er juillet, l'indice de comparaison sera l'indice du 3e trimestre des années précédant celle au cours de laquelle interviendra l'indexation. Pour le premier bail par exemple, la première indexation étant le 1er juillet 1995, l'indice de base était celui du 4e trimestre 1993 et l'indice de comparaison devait être l'indice du 3e trimestre de l'année 1994 (indice du 3e trimestre précédant le trimestre de la date d'anniversaire du bail qui est le 3e trimestre de l'année 1995).

La clause était régulière, pour la première indexation, dès lors que la période de variation de l'indice (du 4e trimestre 1993 au 3e trimestre 1994) est inférieure à celle s'écoulant entre chaque révision (un an). Si l'indice de comparaison avait été celui du 4e trimestre 1994, la période de variation (du 4e trimestre 1993 au 4e trimestre 1994) n'aurait pas été non plus supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision. Idem pour l'autre bail.

***Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 27 janvier 2015, 13-25576***