

ANALYSE

L'analyse d'Hanan Chaoui

Avocat associé, ADALYS, Docteur en droit, Spécialiste en droit immobilier

Hanan Chaoui revient sur l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juin dernier relatif aux clauses d'indexation variant uniquement à la hausse.

Clauses d'indexation variant à la hausse : inflexion de la position de la Cour de cassation.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 juin 2021 (n° 19-23 038) constitue une nouvelle étape dans le contentieux des clauses d'indexation et leur légalité.

Un contentieux récurrent depuis 2011

Pour rappel, le contentieux des clauses d'indexation a connu un développement important entre 2011 et 2013, à la faveur de certaines décisions judiciaires qui avaient censuré les clauses d'indexation, au seul motif qu'elles comportaient un indice de base fixe, dans le cadre d'une stricte application des dispositions du Code monétaire et financier.

La Cour de cassation avait pris le contrepied de cette position, en s'attachant à prendre en compte la commune intention des parties, afin de caractériser si les parties avaient souhaité mettre en place un système de « rattrapage », à savoir une distorsion entre la période d'indexation et la période de variation des indices. La Haute juridiction en avait conclu que la seule mention d'un indice de référence fixe (qui constituait, la plupart du temps, une erreur de rédaction) ne permettait pas, en soi, de considérer que la clause d'indexation était illicite (V. not.

Cass. 3e civ., 16 oct. 2013, n° 12-16.335. – Cass. 3e civ., 11 déc. 2013, n° 12-22.616. – Cass. 3e civ., 3 déc. 2014, n° 13-25.034).

Compte tenu de l'omniprésence des clauses d'indexation dans la très grande majorité des baux, le contentieux des clauses d'indexation n'a pas faibli. En effet, compte tenu des conséquences attachées à l'illicéité d'une clause d'indexation (remboursement des trop-perçus de loyer découlant de la clause d'indexation, dans la limite de la prescription quinquennale et inefficacité de la clause d'indexation, pour l'avenir), l'intérêt d'une telle procédure était évident.

Toutefois, par un arrêt du 29 novembre 2018 (Cass. 3e civ., 29 nov. 2018, n° 17-23.058), la Cour de Cassation a considéré qu'en présence d'une clause d'indexation comportant une distorsion entre la période d'indexation et la période de variation de l'indice, seul le premier ajustement est « illicite mais ponctuel », de sorte que la

clause d'indexation ne doit pas être réputée non écrite dans son ensemble.

Cette position de la Cour de cassation, qui consiste à limiter la sanction à la première indexation, alors même que les textes du Code monétaire financier sont des textes d'ordre public de direction auxquels il n'est pas possible de déroger, peut interroger.

Néanmoins, cet arrêt constitue l'aboutissement du raisonnement de la Cour de Cassation qui ne souhaitait pas censurer de manière systématique une clause d'indexation lorsque la distorsion n'était que le résultat du décalage entre la date de renouvellement du bail et la date prévue pour l'indexation annuelle (Cass. 3e civ., 13 sept. 2018, n° 17-19.525), d'une révision légale (Cass. 3e civ., 17 mai 2018, n° 17-15.146), ou d'une maladresse de rédaction.

En tout état de cause, cette position vide de sa substance l'intérêt d'une procédure puisque, à supposer que le « rattrapage » soit caractérisé, seule la première indexation est illicite, sans remettre en cause la validité de la clause d'indexation.

Le contentieux résiduel, relatif aux clauses d'indexation variant uniquement à la hausse

L'arrêt du 30 juin 2021 présentement commenté (n° 19-23 038) s'inscrit dans le cadre du contentieux relatif aux clauses d'indexation variant uniquement à la hausse.

La clause censurée comportait une interdiction de variation à la baisse, et un plafonnement de l'indexation, en cas de hausse, à hauteur de 3 %.

En l'espèce, la Cour d'appel de Reims a censuré la clause d'indexation dans son ensemble, au motif :

- qu'elle ne varie qu'à la hausse;
- et que l'interdiction de variation à la baisse était indivisible du reste de la clause d'indexation.

Sur un plan strictement juridique, la Cour d'appel appliquait la position de la Cour de cassation, telle que dégagée dans son arrêt du 14 janvier 2016 (n° 14-24.681).

L'arrêt de la Cour d'appel de Reims a toutefois été censuré.



Hanan
Chaoui

Il est vrai que le raisonnement de la Cour d'appel afin de démontrer que la stipulation litigieuse était indivisible du reste de la clause d'indexation n'était pas clair.

En effet, le raisonnement de la Cour d'Appel de Reims était de considérer en substance que :

- la stipulation litigieuse relative à l'interdiction de variation à la baisse de l'indexation est la contrepartie du plafonnement de l'indexation;
- le plafonnement de l'indexation est valable et ne saurait donc être censuré;
- la stipulation litigieuse est donc indivisible du reste de la clause d'indexation, de sorte que la clause d'indexation doit être censurée, dans son ensemble.

Ce raisonnement est critiquable dans la mesure où la stipulation interdisant la variation à la baisse aurait pu être censurée, sans remettre en cause le plafonnement de l'indexation, puisque le lien entre ces stipulations n'était pas expressément précisé dans la clause d'indexation. C'est pourquoi, la Cour de cassation aurait pu censurer l'arrêt au motif que la Cour d'appel a dénaturé la clause d'indexation.

La Haute juridiction a toutefois adopté une position différente qui constitue, selon notre analyse, un inflexion de sa précédente position.

En effet, la Cour de Cassation considère que la Cour d'appel « n'a pas donné de base légale à sa décision » et ajoute, pour la première fois à notre connaissance : « [...] que seule la stipulation prohibée doit être réputée non-écrite ».

La Cour de cassation considère ainsi que seule la stipulation prohibée doit être censurée, et non l'ensemble de la clause, à l'instar du contentieux portant sur la distorsion entre la période de variation de l'indice et la période d'indexation.

Dès lors, cet arrêt semble être l'étape ultime du raisonnement de la Cour de cassation sur les clauses d'indexation, qu'elles comportent une variation uniquement à la hausse ou qu'elles créent une distorsion : **seule la stipulation prohibée doit être réputée non-écrite, le reste de la clause d'indexation étant valable.**

Affaire à suivre ! ■

Seule la stipulation prohibée doit être réputée non écrite