

CIV. 3

MF

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 12 janvier 2022

Cassation partielle

Mme TEILLER, président

Arrêt n° 26 FS-B

Pourvoi n° Z 21-11.169

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, DU 12 JANVIER  
2022

La société Philippe Auguste, société à responsabilité limitée, dont le siège est  
[Adresse 2], a formé le pourvoi n° Z 21-11.169 contre l'arrêt rendu le 5 novembre  
2020 par la cour d'appel de Versailles (12e chambre civile), dans le litige l'opposant à

la société Proxiserve, société anonyme, dont le siège est [Adresse 1], défenderesse à la cassation.

La société Proxiserve a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation également annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. David, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Philippe Auguste, de la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de la société Proxiserve, et l'avis de M. Sturlèse, avocat général, après débats en l'audience publique du 23 novembre 2021 où étaient présents Mme Teiller, président, M. David, conseiller rapporteur, M. Echappé, conseiller doyen, Mme Andrich, MM. Barbieri, Jessel, Jobert, Laurent, conseillers, M. Jariel, Mme Schmitt, M. Baraké, Mme Gallet, conseillers référendaires, M. Sturlèse, avocat général, et Mme Berdeaux, greffier de chambre,

la troisième chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

## Exposé du litige

### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 5 novembre 2020), la société civile immobilière [Adresse 3], aux droits de laquelle se trouve la société Philippe Auguste a donné en location à la société Proxiserve des locaux à usage commercial.
2. Le contrat comporte une clause d'indexation annuelle du loyer stipulant que celle-ci ne s'appliquera qu'en cas de variation à la hausse de l'indice de référence.
3. La société Proxiserve a assigné la société Philippe Auguste en annulation de la clause d'indexation, restitution des sommes payées au titre de celle-ci et remboursement d'honoraires et de divers frais.

## Moyens

### Examen des moyens

Sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en ses troisième et cinquième branches, sur le second moyen du pourvoi principal et sur le moyen du pourvoi incident, ci-après annexés

## Motivation

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

## Moyens

Sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en ses première et deuxième branches

### Enoncé du moyen

5. La société Philippe Auguste fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à la société Proxiserve la somme de 315 530,76 euros TTC au titre des sommes versées indûment selon indexation, avec intérêts au taux légal à compter du 24 mai 2016, capitalisés, alors :

« 1°/ que la stipulation, qui se borne à écarter l'application de la clause d'indexation en cas de baisse de l'indice sur lequel l'indexation est fondée, n'institue aucune prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision ; qu'en jugeant cependant, pour dire la clause d'indexation non écrite, qu'elle était contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 112-1 du code monétaire et financier, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé ;

2°/ que la stipulation, qui se borne à écarter l'application de la clause d'indexation en cas de baisse de l'indice sur lequel l'indexation est fondée, ne fait pas échec aux dispositions de l'article L. 145-39 du code de commerce, lesquelles se bornent à prévoir une faculté de révision judiciaire du montant du loyer lorsque ce dernier se trouve, à raison du jeu de l'indexation, augmenté ou diminué de plus du quart ; qu'en jugeant cependant, pour dire la clause d'indexation non écrite, qu'elle contrevient aux dispositions d'ordre public de l'article L. 145-39 du code de commerce puisqu'elle ne permet pas une diminution du loyer, quand il ne résulte pas de ce texte la

prohibition des clauses écartant ou limitant le jeu de l'indexation en cas de baisse de l'indice, la cour d'appel a violé l'article L. 145-39 du code de commerce, ensemble et par fausse application, l'article L. 145-15 du même code. »

## Motivation

### Réponse de la Cour

6. L'article L. 145-15 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, qui a substitué à la nullité des clauses ayant pour effet de faire échec aux dispositions des articles L. 145-37 à L. 145-41 du code de commerce leur caractère réputé non écrit, est applicable aux baux en cours lors de l'entrée en vigueur de cette loi.

7. Aux termes de l'article L. 145-39 du code de commerce, dans sa rédaction applicable, 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.

8. D'une part, le propre d'une clause d'échelle mobile est de faire varier à la hausse et à la baisse, de sorte que la clause figurant au bail et écartant toute réciprocité de variation, si elle ne crée pas la distorsion prohibée par l'article L. 112-1 du code monétaire et financier, fausse le jeu normal de l'indexation.

9. D'autre part, la neutralisation des années de baisse de l'indice de référence a mathématiquement pour effet de modifier le délai d'atteinte du seuil de variation du quart, conditionnant la révision du loyer, tel qu'il résulterait de l'évolution réelle de l'indice.

10. Dès lors, la cour d'appel a exactement retenu que la clause d'indexation excluant toute réciprocité de la variation en prévoyant que l'indexation ne s'effectuerait que dans l'hypothèse d'une variation à la hausse contrevenait aux dispositions de l'article L. 145-39 du code de commerce et devait être réputée non écrite par application de l'article L. 145-15 du même code.

11. Le moyen n'est donc pas fondé.

## Moyens

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa quatrième branche

Enoncé du moyen

12. La société Philippe Auguste fait les mêmes griefs à l'arrêt, alors « que subsidiairement le caractère réputé non écrit de la clause d'indexation ayant déterminé le consentement du bailleur, et stipulant que celle-ci ne pourra entraîner une baisse du loyer, n'est pas encourue lorsqu'est possible la neutralisation de la seule stipulation illégale ; qu'en l'espèce, la clause d'indexation litigieuse précisait en son deuxième alinéa que le loyer ne pourrait pas varier à la baisse, tandis que le dernier alinéa précisait que la clause constituait une condition essentielle et déterminante dont la non application partielle ou totale pourrait autoriser le bailleur à demander la résiliation du bail ; qu'il en résultait que la stipulation interdisant la variation à la baisse pouvait être seule réputée non écrite, sans pour autant remettre en cause le principe de l'indexation du loyer, seule déterminante du consentement du bailleur à la conclusion du bail ; qu'en énonçant, pour dire non écrite la clause en son entier et par conséquent condamner le bailleur à restituer les sommes qu'il avait perçues au titre de l'indexation du loyer, que l'intention du bailleur était de faire de cette clause une condition essentielle de son consentement, conduisant à l'indivisibilité de ses termes et empêchant d'opérer un choix entre eux pour n'en conserver que certains, la cour d'appel a méconnu la volonté des parties, et violé l'article 1134, devenu 1103 du code civil, ensemble les articles L. 145-39 du code de commerce et L. 112-1 du code monétaire et financier. »

**Motivation**

Réponse de la Cour

Recevabilité du moyen

13. La société Proxiserve conteste la recevabilité du moyen, selon elle contraire à la position adoptée par la société Philippe Auguste devant les juges du fond.

14. Cependant dans ses écritures d'appel la société Philippe Auguste soutenait que la stipulation interdisant la variation à la baisse pouvait seule être réputée non écrite.

15. Le moyen est donc recevable.

Bien-fondé du moyen

Vu l'article L. 145-39 du code de commerce :

16. En application de ce texte, est réputée non écrite toute clause d'indexation du loyer ne jouant qu'en cas de variation à la hausse de l'indice de référence.

17. Pour réputer la clause d'indexation non écrite en son entier, l'arrêt retient que l'intention du bailleur était d'en faire, sans distinction de ses différentes parties, une condition essentielle et déterminante de son consentement, toutes les stipulations de cette clause revêtant un caractère essentiel, conduisant à l'indivisibilité de celles-ci et empêchant d'opérer un choix entre elles pour n'en conserver que certaines.

18. En se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'indivisibilité, alors que seule la stipulation prohibée doit être réputée non écrite, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

## Dispositif

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Philippe Auguste à payer à la société Proxiserve la somme de 262 942,30 euros HT, soit la somme de 315 530,76 euros TTC, au titre des sommes versées indûment selon indexation, avec intérêts au taux légal à compter du 24 mai 2016 et ordonne la capitalisation des intérêts, l'arrêt rendu le 5 novembre 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Versailles autrement composée ;

Condamne la société Proxiserve aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du douze janvier deux mille vingt-deux.

## Moyens annexés

## MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Philippe Auguste (demanderesse au pourvoi principal)

### PREMIER MOYEN DE CASSATION

La société Philippe Auguste fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamnée à payer à la société Proxiserve la somme de 315 530,76 euros TTC au titre des sommes versées indument selon indexation, avec intérêts au taux légal à compter du 24 mai 2016, capitalisés ;

1) ALORS QUE la stipulation, qui se borne à écarter l'application de la clause d'indexation en cas de baisse de l'indice sur lequel l'indexation est fondée, n'institue aucune prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision ; qu'en jugeant cependant, pour dire la clause d'indexation non écrite, qu'elle était contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L.112-1 du code monétaire et financier, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé ;

2) ALORS QUE la stipulation, qui se borne à écarter l'application de la clause d'indexation en cas de baisse de l'indice sur lequel l'indexation est fondée, ne fait pas échec aux dispositions de l'article L 145-39 du code de commerce, lesquelles se bornent à prévoir une faculté de révision judiciaire du montant du loyer lorsque ce dernier se trouve, à raison du jeu de l'indexation, augmenté ou diminué de plus du quart ; qu'en jugeant cependant, pour dire la clause d'indexation non écrite, qu'elle contrevenait aux dispositions d'ordre public de l'article L.145-39 du code de commerce puisqu'elle ne permet pas une diminution du loyer, quand il ne résulte pas de ce texte la prohibition des clauses écartant ou limitant le jeu de l'indexation en cas de baisse de l'indice, la cour d'appel a violé l'article L 145-39 du code de commerce, ensemble et par fausse application, l'article L 145-15 du même code ;

3) ALORS QU'à supposer qu'il soit jugé que les articles L.145-15 et L.145-39 du code de commerce prohibent la stipulation de clauses d'indexation interdisant la révision du loyer à la baisse, l'annulation de ces dispositions, sur le fondement des questions prioritaires de constitutionnalité déposées par mémoire distinct, privera de base légale l'arrêt attaqué qui sera dès lors nécessairement annulé ;

4) ALORS QUE subsidiairement le caractère réputé non écrit de la clause d'indexation ayant déterminé le consentement du bailleur, et stipulant que celle-ci ne pourra entraîner une baisse du loyer, n'est pas encourue lorsqu'est possible la neutralisation de la seule stipulation illégale ; qu'en l'espèce, la clause d'indexation litigieuse précisait en son deuxième alinéa que le loyer ne pourrait pas varier à la baisse, tandis

que le dernier alinéa précisait que la clause constituait une condition essentielle et déterminante dont la non application partielle ou totale pourrait autoriser le bailleur à demander la résiliation du bail ; qu'il en résultait que la stipulation interdisant la variation à la baisse pouvait être seule réputée non écrite, sans pour autant remettre en cause le principe de l'indexation du loyer, seule déterminante du consentement du bailleur à la conclusion du bail ; qu'en énonçant, pour dire non écrite la clause en son entier et par conséquent condamner le bailleur à restituer les sommes qu'il avait perçues au titre de l'indexation du loyer, que l'intention du bailleur était de faire de cette clause une condition essentielle de son consentement, conduisant à l'indivisibilité de ses termes et empêchant d'opérer un choix entre eux pour n'en conserver que certains, la cour d'appel a méconnu la volonté des parties, et violé l'article 1134, devenu 1103 du code civil, ensemble les articles L.145-39 du code de commerce et L.112-1 du code monétaire et financier ;

5) ALORS en tout état de cause QUE le principe de proportionnalité s'oppose à ce que le bailleur soit privé des effets de la clause d'indexation du loyer prévue au bail à raison de la stipulation selon laquelle l'indexation ne pourra pas intervenir à la baisse, dès lors qu'il suffirait de réputer non écrite cette seule stipulation, et le cas échéant de calculer les restitutions dues au preneur sur ce fondement, pour assurer le respect des finalités de l'interdiction de telles clauses ; qu'en condamnant cependant le bailleur à restituer au preneur la totalité des sommes qu'il avait perçues en application de la clause d'indexation depuis la conclusion du bail, sans s'assurer que cette sanction, issue d'une règle prétorienne qui n'existait pas à la date de la conclusion du bail, ne portait pas une atteinte disproportionnée, au regard des objectifs de cette règle, aux principes de liberté contractuelle et de sécurité juridique, la cour d'appel a violé l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles L.145-39 du code de commerce et L.112-1 du code monétaire et financier.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

La société Philippe Auguste fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamnée à payer à la société Proxiserve la somme de 108 597 euros TTC au titre du coût de remplacement de l'installation de climatisation, avec intérêts au taux légal à compter du 28 novembre 2017 et capitalisation ;

ALORS QUE l'article 14.1 du contrat de bail stipulait que le preneur devait entretenir les locaux loués et effectuer tous travaux d'entretien et de réparation à l'exception des grosses réparations visées à l'article 606 du code civil, et entretenir et réparer tous les appareils, équipements, et installations, dont il donnait une liste expressément déclarée non exhaustive ; qu'en énonçant de façon inopérante, pour condamner cependant le bailleur à payer le coût du remplacement de l'installation de climatisation, que l'article 14-1 du bail devait être interprété de façon restrictive, et en



se fondant sur le coût de l'installation de climatisation qui ne pouvait constituer un critère l'excluant de la catégorie des appareils, équipements et installations dont l'entretien incombait au preneur, la cour d'appel a méconnu le principe de l'interdiction faite au juge de dénaturer les documents de la cause et violé l'article 1134 devenu 1103 du code civil. Moyen produit par la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat aux Conseils, pour la société Proxiserve (demanderesse au pourvoi incident)

La société Proxiserve fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement, en ce qu'il avait condamné la société Philippe Auguste à lui payer la somme de 176 316,54 € TTC au titre des frais de gestion et d'AVOIR rejeté l'intégralité de sa demande formée de ce chef ;

1°) ALORS QUE le bail stipulait que le preneur s'engageait à acquitter sa quote-part des charges de fonctionnement de l'immeuble comprenant notamment, si elles existaient, les dépenses afférentes à la gestion, y compris les honoraires de gestion, à savoir le coût des frais et honoraires de gérance des lieux loués ainsi que les honoraires liés à l'administration des charges ; que la société Proxiserve demandait le remboursement des sommes indument perçues à ce titre par la société Philippe Auguste, chaque année, de 2011 à 2016, d'un montant total de 184 908,54 € TTC, dès lors que la bailleuse ne justifiait pas des tâches de gestion ou de l'administration de charges qu'elle aurait effectuées, la société Proxiserve, seule locataire de l'entier immeuble, en ayant, seule, assuré sa gestion ; qu'en retenant, pour débouter la locataire de l'intégralité de sa demande, que la bailleuse justifiait avoir réalisé « certaines interventions (remplacement de stores, réalisation d'un audit sur les équipements techniques) » et l'avait autorisée à effectuer des travaux, sans constater qu'elle ces trois seules « interventions » auraient eu lieu chaque année, de 2011 à 2016, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 ;

2°) ALORS QUE le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ; que la société Philippe Auguste ne prétendait pas avoir supporté des frais et honoraires de gestion locative, et ne faisait état ni ne produisait, à ce titre, aucun avis d'échéance, aucune quittance, aucun suivi des règlements ; qu'en retenant, pour débouter la société Proxiserve de l'intégralité de sa demande, que la société Philippe Auguste justifiait avoir assumé « des frais et honoraires de gestion locative (établissement des avis d'échéances et quittance, suivi des règlements [□]) », la cour d'appel, qui a fondé sa décision sur des faits qui n'étaient pas dans le débat, a violé l'article 7 du code de procédure civile.