

**Cour de cassation**

**chambre civile 3**

**Audience publique du 3 décembre 2014**

**N° de pourvoi: 13-25034**

ECLI:FR:CCASS:2014:C301439

Publié au bulletin

**Cassation**

**M. Terrier (président), président**

SCP Bénabent et Jéhannin, SCP de Nervo et Poupet, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu l'article L 112-1 du code monétaire et financier ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 18 juin 2013), que par acte du 21 octobre 1996, l'établissement d'aménagement de la ville nouvelle de Cergy, aux droits duquel vient la SCI Avicenne (la SCI), a donné à bail à la société Groupe Flo (la société Flo) un local commercial ; que la SCI a délivré le 7 mai 2010 à la société Flo un commandement de payer les loyers visant la clause résolutoire ; que la société Flo l'a assignée d'abord en opposition au commandement puis aux fins de voir réputée non écrite la clause d'indexation du bail, demandant en outre la nullité du commandement et la restitution des sommes versées au titre de l'indexation ; que les procédures ont été jointes ;

Attendu que pour accueillir les demandes de la société Flo, l'arrêt retient qu'aux termes de l'article L. 112-1, alinéa 2, du code monétaire et financier la clause prenant en compte une période de variation de l'indice supérieure à la durée écoulée entre chaque révision, dans les contrats à exécution successive et notamment les baux, est réputée non écrite, que selon les articles 6.1 et 6.2 du bail commercial, restant applicables selon l'avenant du 29 janvier 1999, le loyer annuel hors taxes est de plein droit et sans aucune formalité indexé

annuellement chaque premier janvier en fonction de la variation de l'indice INSEE du coût de la construction, que l'indice à prendre en considération est le dernier publié le 1er janvier de chaque année, l'indice de référence étant le dernier connu au 12 juillet 1996, et que cette clause, qui prend un indice de référence fixe qui a été effectivement appliqué aux indexations annuelles intervenues doit être réputée non écrite, la période d'appréciation de la variation des indices étant systématiquement supérieure à la durée d'une année s'écoulant entre chaque indexation ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les clauses d'indexation se référant à un indice de base fixe ne contreviennent pas à l'article L. 112-1 du code monétaire et financier dès lors qu'il y a concordance entre la période de variation de l'indice et celle de variation du loyer, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme il le lui était demandé, si le mode de calcul choisi par la clause créait une distorsion effective entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux révisions, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 juin 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;

Condamne la société Groupe Flo aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Group Flo à payer à la société Avicenne la somme de 3 000 euros ; rejette la demande de la société Groupe Flo ;

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 cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du trois décembre deux mille quatorze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP de Nervo et Poupet, avocat aux Conseils, pour la société Avicenne

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré non écrite la clause d'indexation du loyer stipulée sur le bail commercial du 21 octobre 1996 et d'avoir en conséquence, déclaré nul le commandement et condamné la Sci Avicenne à restituer à la société Groupe Flo diverses sommes au titre de l'indexation du loyer,

Aux motifs propres qu'aux termes de l'article L 112-1 alinéa 2 du code monétaire et financier, « 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 » ; selon les articles 6.1 et 6.2 du bail commercial, restant applicables selon l'avenant du 29 janvier 1999, « le loyer annuel hors taxes sera ensuite de plein droit et sans aucune formalité indexé annuellement chaque premier janvier en fonction de la variation de l'indice INSEE du coût de la construction ; dispositions communes à l'actualisation et à l'indexation valeurs d'indice retenues : « pour l'application du présent article, l'indice à prendre en considération sera le dernier publié le 1er janvier de chaque année ; l'indice de référence étant le dernier connu au 12 juillet 1996 : 1038 » ; que la clause prenant en compte une période de variation de l'indice, supérieure à la durée écoulée entre chaque révision, dans les contrats à exécution successive, et notamment les baux est réputée non écrite ; que tel est le cas de la clause prévue à l'article 6 du bail prenant comme indice de référence fixe l'indice 1038, connu au 12 juillet 1996, indice de référence maintenu par l'avenant du 29 janvier 1999 ; que cet indice de référence a été effectivement appliqué aux indexations annuelles intervenues depuis celle du 1er janvier 2009 ; qu'il n'y a donc pas lieu de rechercher la commune intention des parties de lui en substituer une autre ; qu'il résulte de ce qui précède que le jugement disant la clause non écrite sera confirmé ;

Et aux motifs à les supposer adoptés que l'article L112-1 alinéa 2 du code monétaire et financier dispose : « 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 » ; il en résulte que la variation de l'indice ne peut être calculée sur une période supérieure à celle de la révision ; la parfaite adéquation exigée entre la durée écoulée entre chaque révision et l'évolution de l'indice choisi implique de retenir pour chaque réajustement l'indice précédemment pris en compte à l'occasion de la dernière révision et l'indice correspondant à la nouvelle révision ; contrairement à ce que soutient la SCI Avicenne, les dispositions de l'article L 112-1 alinéa 2 n'interdisent pas de prévoir une périodicité d'indexation supérieure à trois ans mais sanctionnent toute clause d'indexation stipulant une période de variation de l'indice supérieure à celle s'écoulant entre chaque indexation ; en l'espèce, le bail commercial du 21 octobre 1996, stipule en son article 6 : (...) le loyer annuel hors taxes sera ensuite de plein droit et sans aucune formalité indexé annuellement chaque premier janvier en fonction de la variation de l'indice INSEE du coût de la construction ; (...) pour l'application du présent article, l'indice à prendre en considération sera le dernier publié le 1er janvier de chaque année ; l'indice de référence étant le dernier connu au 12 juillet 1996 : 1068 ; il comporte donc un indice de référence fixe, celui de l'INSEE du coût de la construction connu au 12 juillet 1996, comme base de calcul de la variation du loyer ; mais dans la mesure où l'indice de référence est toujours le même, la période d'appréciation de la variation des indices est donc systématiquement supérieure à la durée d'une année s'écoulant entre chaque indexation intervenue depuis celle du 1er janvier 1999 ; en effet à compter de cette date, ce n'est pas la variation annuelle qui a été prise en compte mais une variation sur deux années ; chaque indexation ultérieure augmentant la période de variation des indices ; la clause d'échelle mobile précitée est donc en contravention avec les dispositions d'ordre public découlant de l'article L 112-1 du code monétaire et financier ; elle sera déclarée non écrite ; le décompte annexé au commandement de payer du 7 mai 2010, montre que la SCI Avicenne a calculé les sommes dues au titre de l'indexation des loyers en se référant systématiquement à cet indice 1038, en application de la clause d'échelle mobile insérée

au bail ; il convient donc de dire que les sommes réclamées dans ce commandement de payer ont été appelées sur la base d'une clause illicite, censée n'avoir jamais existé et dès lors de le déclarer nul et de nul effet ;

Alors qu'il résulte de l'article L 112-1 alinéa 2 du code monétaire et financier que seules sont interdites les clauses d'indexation aux termes desquelles le laps de temps séparant les valeurs de l'indice appliqué à des révisions successives serait supérieur à la durée écoulée entre les révisions ; que la référence à un indice de base fixe, ne peut en soi permettre de considérer comme non écrite une clause d'indexation dès lors que son application, ne conduit pas, lors des variations successives à une distorsion entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux révisions ; que la cour d'appel a énoncé que les articles 6-1 et 6-2 du bail commercial, prenaient comme indice de référence fixe, l'indice 1038 connu au 12 juillet 1996, et que cet indice de référence était appliqué aux indexations annuelles, si bien que cette clause qui comptait une période de variation de l'indice supérieure à la durée écoulée entre chaque révision devait être déclarée non écrite ; qu'en se prononçant de la sorte alors qu'elle a relevé que le bail prévoyait une révision annuelle chaque premier janvier en fonction du dernier indice publié le 1er janvier de chaque année, si bien que la clause d'indexation, ne prévoyait pas un laps de temps séparant la valeur des indices supérieur à la durée écoulée entre chaque révision, la cour d'appel a violé l'article L 112-1 du code monétaire et financier

Et alors qu'en toute hypothèse, ce n'est que lorsque l'application d'un indice fixe conduit lors des indexations successives à une distorsion entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux révisions qu'une clause d'indexation prenant pour référence un indice fixe doit être annulée et qu'en conséquence, l'application d'un indice fixe n'aboutit pas au même calcul arithmétique que l'application de l'indice variable chaque année ; que la cour d'appel qui a retenu que la clause d'indexation litigieuse prévoyait l'application aux indexations annuelles d'un indice fixe et qui a décidé que cette clause était réputée non écrite dès lors qu'elle comprenait une variation de l'indice supérieure à la durée écoulée entre chaque révision sans constater que l'application de cet indice fixe aboutissait à un calcul différent de l'application de l'indice variable chaque année, n'a pas justifié sa décision au regard de l'article L 112-1 du code monétaire et financier

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Versailles, du 18 juin 2013