



Marie Pastier-Mollet  
Avocat  
Gide Loyrette Nouel



Etienne Chesneau  
Avocat  
Gide Loyrette Nouel

# SANCTION DES CLAUSES D'INDEXATION ILLICITES

## Point sur deux jurisprudences récentes

Par deux arrêts rendus en début d'année, la Cour de cassation a confirmé sa position quant à l'illicéité des clauses d'indexation du loyer de baux commerciaux prévoyant une variation "à la hausse uniquement" ou encore un "plancher", tout en apportant d'importantes précisions quant à l'étendue des sanctions alors applicables.

### 1 INDEXATION "À LA HAUSSE UNIQUEMENT"

Dans une 1<sup>ère</sup> affaire, un bail commercial comportait une clause d'indexation du loyer stipulant que celle-ci ne s'appliquerait qu'en cas de variation "à la hausse" et précisait que "l'intention du bailleur était [de] faire [de la clause d'indexation], sans distinction de ses différentes parties, une condition essentielle et déterminante de son consentement, toutes les stipulations de cette clause revêtant un caractère essentiel".

Dans un arrêt rendu le 12 janvier 2022<sup>1</sup>, la Cour de cassation, après avoir notamment rappelé que le propre d'une clause d'indexation est de faire varier à la hausse et à la baisse, a confirmé 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 [...] [doit] être réputée non écrite [...]".

Elle a cependant précisé que le caractère "essentiel et déterminant" des stipula-

tions de la clause d'indexation ne doit pas nécessairement conduire "à l'indivisibilité de celles-ci et [empêcher] d'opérer un choix entre elles pour n'en conserver que certaines", pour finalement en déduire que "seule la stipulation prohibée doit être réputée non écrite".

Autrement dit, cet arrêt confirme qu'une clause d'indexation prévoyant une variation "à la hausse uniquement" doit être sanctionnée mais se démarque de décisions antérieures en considérant que même en présence d'une clause d'indivisibilité, seule la partie de la stipulation interdisant une variation "dans les deux sens" (et non l'intégralité de la clause d'indexation) doit être réputée non-écrite.

### 2 CLAUSE D'INDEXATION PRÉVOYANT UN "PLANCHER"

Dans une 2<sup>ème</sup> affaire, un bail commercial comportait une clause d'indexation du loyer stipulant que celle-ci jouera à la hausse comme à la baisse, sans toutefois pouvoir réduire le loyer en dessous de son montant initial et une indexation "pour la 1<sup>ère</sup> fois, le 1<sup>er</sup> janvier qui suit la prise d'effet du bail".

Le bail litigieux prévoyait, en outre, que "les composantes de la clause d'indexation forment un tout ayant déterminé les parties à contracter et ne sont pas susceptibles d'être isolées".

Dans un arrêt rendu le 17 février 2022<sup>2</sup>, la Cour de cassation, après avoir constaté qu'il résulte de cette clause d'indexation "une distorsion entre la période de variation de l'indice et l'intervalle séparant la prise d'effet du bail de la 1<sup>ère</sup> indexation", a rappelé que "toute clause d'un contrat à exécution successive, tel que le bail commercial, prévoyant la prise en compte, dans l'entier déroulement du contrat, d'une période de variation indiciaire supérieure à la durée s'écoulant entre chaque

révision" doit être réputée non-écrite, par application de l'article L.112-1 du code monétaire et financier.

La Haute juridiction a cependant déclaré non-écrites les seules clauses prévoyant que le réajustement du loyer s'opérera "pour la 1<sup>ère</sup> fois, le 1<sup>er</sup> janvier qui suit la prise d'effet du bail" et que l'indexation "ne devra pas avoir pour effet de ramener le loyer en dessous du loyer de base", sans étendre cette sanction à l'entièreté de la clause d'indexation, et ce malgré la clause d'indivisibilité contenue dans le bail.

### 3 SANCTION LIMITÉE, INDEXATION PRÉSERVÉE

Depuis un arrêt<sup>3</sup> rendu le 14 janvier 2016, la Cour de cassation avait sanctionné les clauses d'indexation des loyers de baux commerciaux ne faisant pas varier librement le loyer, à la hausse comme à la baisse en réputant non-écrite la clause d'indexation illicite dans de nombreux arrêts.

Si la Haute Juridiction avait déjà eu l'occasion de juger que seules les stipulations illicites d'une clause d'indexation créant une distorsion prohibée par le code monétaire et financier devaient être réputées non-écrites<sup>4</sup>, le périmètre de cette sanction (toute ou partie de la clause d'indexation) n'était pas clairement tranché. Par ces deux arrêts, la Cour de cassation semble confirmer que seule la partie de la clause d'indexation illicite doit être réputée non-écrite (et non la clause d'indexation dans son entier), et ce, même si le bail prévoit que cette clause est une condition essentielle et déterminante ou encore que ses stipulations sont indivisibles. Le principe de l'indexation du loyer est ainsi préservé.

<sup>1</sup> Cass. civ. 3, 12 janvier 2022, n° 21-11.169

<sup>2</sup> Cass. civ. 3, 17 février 2022, n° 20-20.463.

<sup>3</sup> Cass. civ. 3, 14 janvier 2016, n° 14-24.681.

<sup>4</sup> Cass. civ. 3, 30 juin 2021, n° 20-11.685.