

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **30 juin 2021**

Cassation partielle

████████████████████

Arrêt n° 624 FP-B+C

Pourvoi n° J 19-23.038

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 30 JUIN 2021

La société ██████████ société à responsabilité limitée unipersonnelle, dont le siège est ██████████, a formé le pourvoi n° J 19-23.038 contre l'arrêt rendu le 9 juillet 2019 par la cour d'appel de Reims (chambre civile, 1<sup>re</sup> section), dans le litige l'opposant à la société ██████████ société anonyme, dont le siège est ██████████ ██████████, anciennement dénommée ██████████ ██████████ défenderesse à la cassation.

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

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de ██████████, conseiller, les observations et les plaidoiries de la ██████████, avocat de la société ██████████, de la ██████████, avocat de la société ██████████ ██████████, et l'avis de ██████████, auquel les parties, invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, après débats en l'audience publique du 22 juin 2021 où étaient présents ██████████, président, ██████████, conseillers doyens, ██████████, ██████████, conseillers, ██████████, ██████████, conseillers

référendaires, [REDACTED], avocat général, et [REDACTED], greffier de chambre,

la troisième chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 421-4-1, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

### **Faits et procédure**

1. Selon l'arrêt attaqué (Reims, 9 juillet 2019), la société [REDACTED] a donné à bail à la société [REDACTED] des locaux à usage commercial à compter du 1<sup>er</sup> mai 2009.

2. Le contrat comporte une clause d'indexation annuelle stipulant que l'indexation ne s'appliquera qu'en cas de variation de l'indice à la hausse.

3. Le 23 septembre 2016, la société [REDACTED] a assigné la société [REDACTED] aux fins de voir déclarer la clause d'indexation réputée non écrite et de la voir condamner à lui restituer la somme de 96 379,31 euros sur le fondement de la répétition de l'indu pour la période s'étendant du premier trimestre 2011 au deuxième trimestre 2016.

### **Examen des moyens**

#### ***Sur le premier moyen***

##### *Enoncé du moyen*

4. La société [REDACTED] fait grief à l'arrêt de déclarer recevable l'action engagée par la société [REDACTED] tendant à voir déclarer la clause d'indexation réputée non écrite, alors « que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'il en va ainsi de l'action tendant à voir réputée non écrite une clause non écrite, qui se prescrit par cinq ans à compter du jour de la conclusion du contrat ; qu'en jugeant imprescriptible une telle action, la cour d'appel a violé l'article 2224 du code civil. »

##### *Réponse de la Cour*

5. L'article L. 145-15 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi 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 (3<sup>e</sup> Civ., 19 novembre 2020, pourvoi n° 19-20.405, publié).

6. L'action tendant à voir réputer non écrite une clause du bail commercial n'est pas soumise à prescription (même arrêt).

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 (3<sup>e</sup> Civ., 14 janvier 2016, pourvoi n° 14-24.681, Bull. 2016, III, n° 7).

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. La cour d'appel a relevé que la clause d'indexation excluait, dans son deuxième alinéa, toute réciprocité de la variation en prévoyant que l'indexation ne s'effectuerait que dans l'hypothèse d'une variation à la hausse de l'indice.

11. Il s'ensuit que cette stipulation, qui a pour effet de faire échec au mécanisme de révision légale prévu par l'article L. 145-39 du code de commerce, doit être réputée non écrite, de sorte que l'action intentée par la société [REDACTED] n'est enfermée dans aucun délai de prescription.

12. Par ce motif de pur droit, substitué à ceux justement critiqués, dans les conditions prévues par les articles 620, alinéa 1<sup>er</sup>, et 1015 du code de procédure civile, l'arrêt se trouve légalement justifié.

***Mais sur le second moyen, pris en sa deuxième branche***

*Enoncé du moyen*

13. La société [REDACTED] fait grief à l'arrêt de déclarer non écrite dans son ensemble la clause d'indexation intitulée « Article 6 : Indexation » contenue dans le bail et, en conséquence, de la condamner à restituer à la

preneuse une somme au titre des loyers indûment versés du 23 septembre 2011 jusqu'au deuxième trimestre 2016, alors « que l'obligation est indivisible si elle a pour objet un fait ou une chose qui, dans l'exécution, n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle ; que la clause litigieuse, qui prévoit l'indexation du loyer et du dépôt de garantie chaque année à la date anniversaire de la prise d'effet du bail, suivant la variation de l'indice Insee du 3ème trimestre de chaque année, l'indice de base étant celui du 3<sup>ème</sup> trimestre 2008 et l'augmentation étant limitée à 3 % par an les trois premières années, peut être exécutée que la variation soit à la hausse ou à la baisse, et donc divisément de la stipulation selon laquelle l'indexation ne s'effectuera que dans l'hypothèse d'une variation à la hausse de l'indice ; qu'en affirmant cependant que la clause d'indexation est indivisible, sans caractériser cette indivisibilité par aucun motif, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1217 ancien du code civil, ensemble l'article L. 112-1 du code monétaire et financier. »

#### Réponse de la Cour

Vu l'article 1217 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 :

14. Aux termes de ce texte, l'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle.

15. Pour réputer non écrite la clause en son entier, l'arrêt retient que seule la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 6 du contrat de bail contrevient aux dispositions légales, que cependant l'alinéa 3 de la clause relative à la limitation de l'augmentation ne s'explique qu'au vu de l'absence de réciprocité de la variation, que, pour autant, il n'y a pas lieu de réputer non écrit également cet alinéa car la limitation qu'il prévoit n'est nullement prohibée et qu'il en résulte que la clause d'indexation est indivisible.

16. 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.

**PAR CES MOTIFS**, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déclare non écrite dans son ensemble la clause d'indexation et condamne en conséquence la société [REDACTED] à payer à la société [REDACTED] la somme de 94 873,48 euros au titre des loyers indûment versés pour la période du

23 septembre 2011 au second trimestre 2016 outre intérêts au taux légal, l'arrêt rendu le 9 juillet 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ;

Remet, sur ce point, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Laisse à chaque partie la charge de ses 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 le trente juin deux mille vingt et un par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.