

Jean-Pierre Blatter interviendra le 9 juillet 2021 aux « Incontournables de la Rochelle » organisés par les Editions Dalloz.

Son intervention portera sur les thèmes d'actualité touchant au bail commercial :

- le loyer et le covid-19 appréhendés par la loi et la jurisprudence
- le bail commercial et les questions prioritaires de constitutionnalité
- les décisions majeures de la Cour de cassation et des cours d'appel : confirmations et innovations

Par ailleurs, nous présentons ci-après quatre arrêts de la Cour de cassation rendus au cours du mois de mai dont la lecture n'est pas dépourvue d'intérêt.

---

## 01 / Jurisprudences et commentaires

- **Cass. 3ème civ., 20 mai 2021 n° 20-11878** : une clause d'indexation à effet triennal est valable et la cour d'appel qui estime qu'elle présente un caractère douteux et obscur en dénature les termes clairs et précis.

Par cette très brève motivation la Cour de cassation confirme que le caractère exclusivement contractuel d'une clause d'indexation permet aux parties de convenir de la périodicité qui a leur convenance. Elle n'est pas nécessairement annuelle.

On sait que l'article L. 145-39 du code de commerce prévoit que par dérogation à la révision légale, qui est au moins triennale, organisée par l'article L. 145-38, il est possible de convenir dans les baux commerciaux d'une clause d'indexation.

L'article L. 145-39 ne définit pas ce qu'il appelle encore la clause d'échelle mobile, mais l'on sait qu'elle présente un caractère exclusivement contractuel, contenu toutefois par les dispositions des articles L. 112-1 et L. 112-2 du code monétaire et financier relatif au choix de l'indice de référence et à la stricte équivalence des périodes de variation de l'indice et du loyer.

La clause d'indexation par rapport à la révision légale se reconnaît à sa périodicité prévue par le contrat et à la stipulation d'un indice de référence.

Elle n'est pas nécessairement automatique, quoi que cela soit le cas le plus général.

Dans l'affaire commentée sous le titre « révision du loyer », la clause stipulait que :

« Le loyer sera révisé tous les trois ans en fonction de la variation trimestrielle de l'indice national du coût de la construction publié par l'INSEE. Au cas où pour quelque raison que ce soit, l'indice ci-dessus choisi pour le rajustement du loyer cesserait d'être publié, cette indexation sera faite en prenant pour base l'indice de remplacement, soit un nouvel indice conventionnellement choisi ».

---

S'il est vrai que la rédaction n'était pas des plus parfaites, puisque les termes employés utilisaient à la fois ceux de révision et d'indexation, le bailleur considérant qu'il s'agissait d'une clause d'indexation automatique, avait assigné la preneuse en paiement d'un rappel de loyer, en résiliation judiciaire et en expulsion. C'est dans ces conditions que la cour d'appel de BASSE TERRE a jugé que la clause litigieuse ne faisait pas état du caractère automatique de la révision triennale malgré l'emploi du futur et que partant, faute de se référer expressément à l'automatisme de cette révision, cette clause présentait un caractère douteux et obscur et devait être interprétée en faveur de la locataire, de sorte qu'elle ne pouvait consister qu'en une clause de révision triennale des loyers et non en une clause d'échelle mobile. La « révision triennale » est soumise à un tout autre régime, qui nécessite d'abord l'envoi d'une demande de révision, puis, à défaut d'accord des parties, une procédure devant le juge des loyers, quand bien même la demande serait limitée à une augmentation équivalente à la variation de l'indice

Le pourvoi reprochait à l'arrêt d'avoir dénaturé les termes clairs et précis de la stipulation contractuelle, alors que l'emploi du futur, l'absence de formalités et le choix de l'indice, impliquaient le caractère automatique de la révision, de sorte qu'il s'agissait bien d'une clause d'échelle mobile.

C'est dans ces conditions que la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la cour d'appel de BASSE TERRE.

Elle juge que, alors que la clause stipulait que : « le loyer sera révisé tous les trois ans en fonction de la variation trimestrielle de l'indice national du coût de la construction publié par l'INSEE », la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis et a violé la règle de l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis.

Sans doute la clause eut-elle été mieux rédigée, si elle avait été qualifiée de clause d'indexation et qu'au lieu d'évoquer la révision elle avait évoquée l'indexation. De plus, son caractère triennal était effectivement de nature à permettre de soutenir qu'elle était ambiguë.

Néanmoins, la Cour de cassation relève que l'automatisme de l'indexation était implicitement exprimée par le caractère impératif de l'emploi du futur : « le loyer sera révisé tous les trois ans en fonction de la variation trimestrielle de l'indice du coût de la construction ».

Ce n'était donc pas une faculté, comme celle qui est prévue par l'article L. 145-38 du code de commerce, mais bien une clause ayant un effet automatique qui s'imposait aux parties.

Quant au caractère triennal de l'indexation, pour ne pas être courant, il n'est pas inhabituel, et il est vrai que cette périodicité justifie un soin tout particulier de la rédaction de la clause afin qu'elle ne soit pas confondue avec une disposition qui rappellerait simplement la règle de la révision légale dont, on le sait, qu'elle ne peut jouer avant trois ans d'application du loyer, mais peut être invoquée également après que cette période de trois ans est révolue.

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la validité de ces clauses d'indexation à effet triennal (Cass. 3ème civ., 23 fév. 1982, Rev. Loyers 1982, p. 250 ; CA Paris 16ème ch. A, 1er mars 2006, n° 04/23188). Cette décision vient donc compléter cette jurisprudence.

- **Cass. 3ème civ., 20 mai 2021 n° 20-10905** : la responsabilité de l'administrateur de biens qui a laissé prescrire l'action du bailleur en fixation du prix du bail renouvelé alors que le bail expiré avait duré plus de douze ans ne peut être limitée au motif que « la bailleuse a recouvré la possibilité de saisir à nouveau le juge des loyers en vue de fixer le loyer à la valeur locative en application de l'article L. 145-38 du code de commerce qui autorise le bailleur à demander la révision du loyer tous les trois ans ».

L'arrêt de la cour d'appel de Caen qui avait ainsi exonéré l'administrateur de biens de l'essentiel du préjudice subi en considérant qu'il ne s'agissait que d'une perte de chance limitée dans le temps, se trouve justement cassé.

En effet, le propriétaire de locaux commerciaux donnés à bail depuis plus de douze ans, par suite d'une tacite prolongation du contrat, a délivré un congé à son locataire avec offre de renouvellement et proposition de fixation d'un loyer pour le 31 août 2005.

Le 13 février 2007, le nouveau propriétaire a confié un mandat de gestion à un administrateur de biens puis ultérieurement a invoqué contre lui une faute contractuelle au motif qu'il n'avait pas saisi le juge des loyers d'une demande de fixation du prix du bail renouvelé avant l'acquisition de la prescription biennale.

La cour d'appel, méconnaissant gravement les règles du statut des baux commerciaux, a limité l'indemnisation du préjudice de la bailleuse en considérant que la perte de chance d'obtenir la fixation du loyer du bail renouvelé au 1<sup>er</sup> septembre 2005 « a cessé dès que la bailleuse a recouvré la possibilité de saisir à nouveau ce magistrat en vue de voir fixer le loyer à la valeur locative en application de l'article L. 145-38 du code de commerce qui autorise le bailleur à demander la révision du loyer tous les trois ans et pour la première fois le 1<sup>er</sup> septembre 2008 ».

C'était évidemment, comme la Cour de cassation en fait le motif de la sanction, méconnaître la différence fondamentale de régime entre la fixation du prix du bail révisé, limitée par l'article L. 145-38 du code de commerce, au mieux par la variation de l'indice contractuellement choisi, sauf les hypothèses rares de modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative, et le dé plafonnement de plein droit qui résultait de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 145-34 du code de commerce qui prévoit ce dé plafonnement, lorsque par l'effet de la tacite prolongation, la durée du bail expiré excède douze ans.

La bailleuse avait donc été privée de manière certaine d'obtenir le dé plafonnement du loyer du bail renouvelé.

L'arrêt est cassé et l'affaire renvoyée devant la cour d'appel de Rouen. Elle aura donc à estimer quel aurait été le prix du bail renouvelé, fixé nécessairement à la valeur locative, si l'action avait été engagée à temps et à chiffrer le préjudice subi par la bailleuse.

- **Cass. 3ème civ., 6 mai 2021 n° 20-13511** : l'expiration du bail principal entraîne la cessation du contrat de sous-location sans qu'il puisse être soutenu, en l'absence d'acte caractérisant la volonté de nover le bail par changement de bailleur, que le sous-bail s'est prolongé tacitement au profit du propriétaire devenant ainsi bail principal.

Sur le fondement de droit romain « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* », selon lequel nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en détient, il est de règle absolue que le contrat de sous-location prend fin avec le bail principal tant en droit commun qu'en droit des baux commerciaux.

Il n'existe qu'une exception à cette règle en matière de bail commercial qui est exprimée par l'article L. 145-32 du code de commerce qui permet au sous-locataire de demander directement au bailleur principal le renouvellement de son sous-bail pour le cas où il ne l'obtiendrait pas du locataire principal, lorsque la sous-location a été autorisée, qu'il a été agréé par le bailleur et qu'en cas de sous-location partielle, les locaux ne forment un tout indivisible matériellement ou dans la commune intention des parties.

Mais dans cette hypothèse, le sous-bail prend fin néanmoins et ne fera l'objet d'un renouvellement, c'est-à-dire d'un nouveau bail, qu'autant que le sous-locataire aura adressé au bailleur une demande de renouvellement au titre de son droit direct.

En aucune manière, le sous-bail ne se poursuit entre le sous-locataire devenu locataire et le bailleur principal par l'effet d'une novation par changement de partie. Certes, cela serait possible à la condition qu'il existe des preuves de l'intention de nover par changement de bailleur puisque, aux termes de l'article 1330 du code civil : « La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte ».

Ce n'était pas le cas dans cette espèce tranchée par la Cour de cassation alors que la cour d'appel avait jugé que « à l'expiration du bail principal pendant le cours du contrat de sous-location et en l'absence de congé délivré au sous-locataire, le sous-bail se prolonge tacitement au profit du propriétaire devenant ainsi bail principal et que s'opère ainsi une novation par changement de bailleur ».

Il est vrai que cette novation aurait pu être convenue entre les parties à la condition qu'effectivement elles aient prévu qu'en cas de rupture du bail principal le sous-bail se continuerait directement entre le sous-locataire devenu locataire principal et le bailleur.

Ce sont des hypothèses que l'on voit parfois en matière de crédit-bail lorsque le crédit-preneur est autorisé à consentir un contrat de sous-occupation et que le sous-occupant entend voir ses droits être garantis dans l'hypothèse où, par exemple, le contrat de crédit-bail serait résilié par le défaut de paiement des loyers par le crédit-preneur.

En l'absence de convention stipulant la poursuite du contrat, c'est-à-dire la novation par changement de parties, le sous-bail prend bien fin concomitamment à la fin du bail principal et le sous-locataire ne dispose d'aucun droit, ni au maintien dans les lieux, ni au paiement d'une indemnité d'éviction. Il doit être expulsé.

On ajoutera que même s'il est sous-locataire partiel et s'il se maintient dans les lieux, il sera tenu d'indemniser le bailleur du préjudice résultant, non de sa seule occupation personnelle mais de l'indisponibilité de la totalité des lieux (Cass. 3ème civ. 9 juillet 2020, n° 19-15.874, F-D).

- **Cass. 3ème civ., 6 mai 2021 n° 20-15179 : la fixation du loyer à la valeur locative « sans plancher à la baisse » ne justifie pas qu'une question prioritaire de constitutionnalité soit transmise au Conseil constitutionnel.**

Un bail avait été conclu en 2007 moyennant un loyer annuel de 17 238,60 euros.

Après un congé avec refus de renouvellement, les bailleurs ont exercé leur droit de repentir et il a fallu faire procéder à la fixation du prix du bail renouvelé, lequel a été fixé à la somme annuelle de 12 000 euros par la cour d'appel de Limoges.

Un pourvoi a été formé contre cet arrêt et une question prioritaire de constitutionnalité a été présentée à la Cour de cassation, les bailleurs soutenant que « l'absence de limite à la baisse du montant du loyer portait atteinte au droit de propriété et au principe d'égalité ».

Elle était formulée dans les termes suivants :

« Les articles L. 145-33 et L. 145-34, alinéa premier du code de commerce sont-ils contraires au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au principe d'égalité garanti notamment par les articles 6 et 13 du même texte fondamental et par l'article 3 de la constitution de 1958 ? ».

Si la Cour de cassation a jugé que la question était recevable pour porter sur une règle qui n'avait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution, elle a cependant, d'une part, estimé qu'elle n'était pas nouvelle et d'autre part, en ce qu'elle invoquait une atteinte au droit de propriété, ne présentait pas un caractère sérieux.

La Cour de cassation a, comme l'a fait le Conseil constitutionnel dans de précédentes décisions, rappelé que les dispositions de l'article L. 145-33 et de l'article L. 145-34 ne sont pas d'ordre public et que les parties peuvent les écarter afin de fixer d'un commun accord le prix du loyer du nouveau bail. Nous avons déjà écrit que si cela était possible lors de la conclusion du bail initial, la chose était beaucoup moins aisée lors du renouvellement, sauf à ce que le bailleur consente au locataire des avantages importants.

La Cour de cassation a ensuite estimé qu'à l'expiration d'une période de trois ans, au titre de la révision légale, le bailleur avait la possibilité de solliciter la révision du loyer et de compenser ainsi partiellement ou totalement la perte de revenus subie lors du renouvellement du bail.

L'affirmation n'est vraie qu'autant que la valeur locative a augmenté et est au moins égale au produit de la variation de l'indice de référence. Mais si l'indice de référence a baissé, le loyer devra suivre cette baisse. Quant à atteindre la valeur locative supérieure au plafond, on sait que les conditions de l'article L. 145-38 du code de commerce sont particulièrement exigeantes.

Enfin, dit la Cour de cassation, le bailleur dispose de garanties dans la fixation du juste prix du bail qui est déterminé sous le contrôle du juge après l'intervention éventuelle d'un expert.

Quant au caractère sérieux en ce que la question invoquait l'atteinte au principe d'égalité, la Cour de cassation répond que bailleur et locataire ne sont pas dans une situation identique, de sorte que le législateur était fondé à les soumettre à un traitement différent « afin d'assurer la protection du preneur contre la surélévation du loyer en cas de dégradation de l'environnement économique ».

La cour énonce que cette différence de traitement « est limitée, proportionnée et en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ».

La disposition critiquée n'est, en conclusion, contraire à aucun principe qui justifierait sa transmission au Conseil constitutionnel.