

Nous espérons que les vacances d'été ont été profitables pour chacun de vous.

Après un mois d'interruption dans sa publication, la lettre d'actualité reprend sa veille réglementaire et jurisprudentielle avec notamment le commentaire de deux arrêts, rendus par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 30 juin 2021, qui ont retenu notre attention.

01 / Distinctions

Cette année encore, et pour la vingtième année consécutive, Blatter Seynaeve figure dans la catégorie des cabinets « Incontournables » du classement droit des baux du magazine Décideurs.

Nous sommes heureux et reconnaissants de ce classement récompensant le travail accompli et nous remercions nos clients et confrères pour leur confiance renouvelée.

02 / Réglementation

Le décret portant revalorisation annuelle des baux soumis à la loi du 1^{er} septembre 1948 à effet du 1^{er} juillet 2021 n° 2021-829 du 28 juin 2021 est paru au journal officiel du 29 juin 2021.

On sait qu'en vertu de la loi de réforme de la justice du 23 mars 2019 avait été créé dans le code de l'organisation judiciaire un article L. 211-9-3 permettant, lorsqu'il existe plusieurs tribunaux judiciaires dans un même département, d'en désigner un seul pour connaître de certaines matières civiles et pénales dont la liste est déterminée par l'article R. 211-4 de ce même code.

Il est également possible que cette compétence exclusive d'une juridiction concerne des départements limitrophes.

Dans cet article R. 211-4 du code de l'organisation judiciaire figurent, au titre du 2^o, les « actions relatives aux baux commerciaux fondées sur les articles L. 145-1 à L. 145-60 du code de commerce ». Ces actions auraient donc pu faire l'objet de cette compétence exclusive.

Le décret désignant les tribunaux judiciaires à compétence départementale a été publié au journal officiel du 22 août 2021. Il s'agit du décret n° 2021-1103 du 20 août 2021.

Dans aucun des départements visés (Isère, Moselle, Hérault, Aude, Loiret) la matière des baux commerciaux n'a été attribuée à un seul tribunal.

Aussi, en matière de bail commercial, la compétence demeure-t-elle celle de droit commun, telle qu'elle est énoncée par l'article R. 145-23 du code de commerce, à savoir le lieu de la situation de l'immeuble (sous réserve des clauses attributives de juridiction dont la jurisprudence admet la validité dans les conditions prévues par le code de procédure civile).

03/ Jurisprudences et commentaires

- **Cass. 3ème civ., 30 juin 2021 n° 19-23038** : 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. Dans une clause d'indexation, seule la stipulation prohibée par l'article L. 112-1 du code monétaire et financier doit être réputée non écrite.

Cet arrêt publié sur le site de la Cour de cassation confirme deux solutions antérieures adoptées par la haute juridiction.

S'agissant de la substitution de la réputation non écrite à la nullité, sanction des clauses contraires aux dispositions qui sont visées par les articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce, la Cour de cassation s'est déjà prononcée dans un arrêt du 19 novembre 2020 (n° 19-20405), auquel elle fait d'ailleurs référence.

Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation juge que la sanction du caractère non écrit est applicable aux baux en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi, dès lors que l'action à cet effet a été engagée postérieurement à cette entrée en vigueur, la loi n'étant pas applicable aux instances en cours.

Si l'objet du litige portait sur une clause d'indexation, ce pourquoi la Cour de cassation vise les dispositions des articles L. 145-37 à L. 145-41, on peut penser que la solution est applicable à l'ensemble des dispositions visées par les articles L. 145-15 et L. 145-16 et non seulement à celles relatives à la révision du loyer, au dépôt de garantie et à la clause résolutoire.

La Cour de cassation rappelle que l'action tendant à voir réputer une clause non écrite n'est soumise à aucune prescription, comme elle l'a fait dans son précédent arrêt du 19 novembre 2020.

Le second point a également déjà été tranché par la Cour de cassation.

En l'espèce, la clause d'indexation excluait 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 et non à la baisse.

La cour rappelle, comme elle l'avait fait dans son arrêt du 14 janvier 2016 (Bull. civ. III, n° 7) que le propre d'une clause d'échelle mobile est de faire varier le loyer à la hausse et à la baisse, de sorte que la clause figurant au bail et écartant toute réciprocité de variation, même 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.

Il s'agit donc là d'une affirmation de principe : quand bien même la mise en œuvre de la clause d'indexation n'entraînerait pas la distorsion prohibée par l'article L. 112-1 du code monétaire et financier, elle est

irrégulière en vertu du principe jurisprudentiel posé par la Cour de cassation selon laquelle la clause d'indexation n'est régulière qu'à la condition qu'elle puisse varier dans les deux sens.

La stipulation doit donc être réputée non écrite, l'action de la locataire n'étant enfermée dans aucun délai de prescription. Mais la cour d'appel de Reims (9 juillet 2019) avait, motif pris de son indivisibilité, prononcé la réputation non écrite de la clause d'indexation en son entier.

Si certes seule la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 6 du contrat contrevenait aux dispositions légales, la cour d'appel avait considéré néanmoins que la clause d'indexation était indivisible et devait par conséquent être réputée non écrite en son ensemble.

Son arrêt est cassé sur ce seul point au motif que la cour n'a pas caractérisé par des motifs pertinents l'indivisibilité de la clause « *alors que seule la stipulation prohibée doit être réputée non écrite* ».

La jurisprudence de la Cour de cassation est donc désormais bien claire qui entend sauver les clauses d'indexation figurant dans les baux en les laissant subsister après en avoir extrait la seule clause contraire à la loi qui n'infecte par conséquent pas en son entier la clause d'indexation et encore moins le contrat.

Cette volonté de la Cour de cassation paraît s'affirmer dans le second arrêt rendu à la même date et ci-après commenté qui, quant à lui, n'est pas publié sur le site internet de la Cour.

- **Cass. 3ème civ., 30 juin 2021 n° 20-11685** : seule la stipulation d'une clause d'indexation qui crée la distorsion prohibée est réputée non écrite.

Dans cette affaire, le bail comportait une clause d'indexation annuelle qui précisait les modalités de la première indexation ainsi que celle applicable aux indexations suivantes et stipulait que la révision ne pourrait en aucun cas jouer à la baisse.

La cour d'appel de Versailles avait prononcé en son entier le caractère non écrit de la clause d'indexation au double motif que la stipulation de la clause d'indexation applicable à la première révision avait conduit à la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée écoulée depuis la prise d'effet du bail et que par ailleurs elle prévoyait qu'elle ne pourrait en aucun cas jouer à la baisse.

Le bailleur, condamné à restituer une somme importante de plus de 250 000 euros au locataire au titre des indexations ainsi pratiquées, avait formé un pourvoi en cassation demandant à la haute juridiction de juger que la cour d'appel avait violé l'article L. 112-1 du code monétaire et financier dans la mesure où, si la clause relative à la première indexation était irrégulière, les stipulations de cette clause applicable aux révisions postérieures ne prévoyaient pas une période de variation de l'indice supérieure à la durée écoulée entre lesdites révisions. Ainsi seule la stipulation concernant la première indexation était-elle irrégulière.

La cour d'appel avait jugé par ailleurs que la stipulation écartant toute réciprocité de variation faussait le jeu normal de l'indexation et contrevenait aux dispositions de l'article L. 145-39 du code de commerce en ne permettant pas une diminution du loyer et avait retenu que le bailleur avait entendu faire de l'ensemble des dispositions de la clause d'indexation un élément essentiel de sa volonté de contracter sans qu'il soit possible de distinguer entre les diverses parties de cette clause.

La Cour de cassation sanctionne l'arrêt sans même avoir égard à l'affirmation de la cour d'appel de Versailles selon laquelle l'ensemble des dispositions de la clause d'indexation constituaient un élément

essentiel de la volonté de contracter du bailleur et juge, comme dans l'autre arrêt du 30 juin, ici présenté également, que « seule la stipulation qui crée la distorsion prohibée est réputée non écrite », sans même qu'il soit, semble-t-il, nécessaire de s'interroger sur le caractère essentiel ou non de cette stipulation.

En l'espèce, la clause était doublement infectée mais elle pouvait être sauvée, d'une part, en éradiquant ou en corrigeant l'indexation prévue pour la première année et, d'autre part, en ôtant la disposition prévoyant qu'elle ne pourrait entraîner aucune baisse de loyer.

Ainsi, depuis le premier arrêt significatif rendu par la cour d'appel de Paris (ch. 5-3, 2 juill. 2014, n°12/14759) prononçant le caractère réputé non écrit de la clause d'indexation en son entier, motif pris de son caractère indivisible et essentiel, il aura fallu sept ans pour parvenir définitivement à ce que soit jugé, ce qui aurait dû apparaître dès l'origine de cette discussion comme une évidence, alors que des sommes considérables ont été restituées aux locataires par des bailleurs, généralement couverts par les assureurs des rédacteurs des actes.

Les revirements, justifiés, de jurisprudence, peuvent laisser un goût d'amertume à ceux qui n'en ont pas bénéficié.

04 / Formations

Le 4 octobre prochain, Jean-Pierre Blatter, présidera la 20^{ème} édition de la journée d'actualité des baux commerciaux, organisée par Dalloz Formation et l'AJDI au cours de laquelle interviendront à ses côtés, entre autres, ses collègues, les professeurs Joël Monéger, Dimitri Houtcieff et Frédéric Planckeel.

Seront notamment traités lors de cette journée les thèmes suivants :

- revue d'actualité législative, réglementaire et jurisprudentielle,
- affinement des contours du droit de préférence du locataire,
- anonymisation des décisions : quel impact sur le recueil des données en matière de bail commercial ?
- actualité de l'indemnité d'éviction,
- de l'efficacité des mesures adoptées pour sauver les commerces,
- le non-paiement des loyers et le juge,
- évolution des usages commerciaux : rédaction du contrat, clauses de destination, activités incluses, déspecialisation,
- focus sur la fixation de la valeur locative à la suite de la crise sanitaire,
- *de lege feranda* : quelle réforme du statut ?

Pour participer : https://dalloz-formation.fr/formations/actualite-des-baux-commerciaux_33530