

Le mois de novembre 2022 aura été celui de la confirmation par la Cour de cassation de ses jurisprudences antérieures.

Peu d'arrêts retiennent l'attention, si ce n'est ceux rendus le 23 novembre, l'un en matière de clause d'indexation, duquel il résulte que lorsque la clause est irrégulière au sens des articles L. 112-1 du code monétaire et financier ou L. 145-39 du code de commerce, seule la stipulation prohibée doit être réputée non écrite, les autres, confirmant que les périodes d'interdiction d'accueillir du public pendant la crise sanitaire, ne sont pas de nature à dispenser les preneurs de s'acquitter des loyers.

---

## 01 / Jurisprudences et commentaires

- **Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 novembre 2022, n° 21-18921** : au sein d'une clause d'indexation seule la stipulation prohibée doit être réputée non écrite, la stipulation prévoyant que la clause d'indexation était une condition essentielle et déterminante du contrat ne pouvant caractériser l'indivisibilité qui aurait justifié qu'elle fût déclarée non écrite en son entier.

Il s'agissait d'une situation bien connue dans laquelle au cours de la première décennie des années 2000 les rédacteurs de baux commerciaux prévoyaient encore, dans la rédaction des clauses d'indexation, que celles-ci ne pourraient entraîner une baisse du loyer.

On sait le sort qui, en définitive, a été fait à ces clauses par la Cour de cassation. Le premier arrêt, connu sous le nom de Tahiti (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 janv. 2016, n° 14-24681) avait approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir réputé non écrite en son entier la clause d'indexation au motif que le propre d'une clause d'échelle mobile était de faire varier le loyer à la hausse et à la baisse et avait rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris au motif qu'elle avait apprécié souverainement le caractère essentiel de l'exclusion d'un ajustement à la baisse du loyer. Ce fut le seul.

On sait également que cette solution radicale n'a pas été réitérée par la suite, la Cour de cassation jugeant au contraire, de manière désormais constante, que seule la stipulation prohibée doit être réputée non écrite, ce qui aboutit précisément par la technique du retranchement résultant de la réputation non écrite, à extraire de la clause d'indexation la seule disposition prévoyant que le loyer ne pourrait varier en baisse pour, en définitive, conserver une clause d'indexation jouant tant à la hausse qu'à la baisse, la volonté première des parties étant d'inclure dans leur contrat une clause d'indexation.

Dès lors, pour continuer de soutenir que la clause devait être réputée non écrite en son entier, il a été soutenu qu'elle était indivisible et qu'il n'était pas possible d'en réputer non écrite une partie en conservant l'autre.

---

Dans un arrêt du 30 juin 2021 la troisième chambre de la Cour de cassation (n°19-23038, AJDI 2022, p. 119, obs. J.-P. Blatter) a considéré que la cour d'appel qui avait retenu cette indivisibilité n'avait pas donné de base légale à sa décision en se déterminant « par des motifs impropres à caractériser l'indivisibilité ».

Une suite ininterrompue d'arrêts a statué en ce sens.

C'est également la position adoptée par la troisième chambre civile dans l'arrêt du 23 novembre 2022, laquelle rappelle qu'au sens de l'article 1217 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, l'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet une chose qui dans sa livraison ou un fait qui dans son exécution est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle. Ce n'est pas le cas de la clause d'indexation qui comporte la disposition critiquée, la Cour de cassation réitérant ici que seule la stipulation prohibée doit être réputée non écrite.

- **Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 novembre 2022, n° 21-201867, à paraître au bulletin :** l'effet de la mesure gouvernementale d'interdiction de recevoir du public, générale et temporaire et sans lien direct avec la destination contractuelle du local loué, ne peut être, d'une part, imputable aux bailleurs, de sorte qu'il ne peut leur être reproché un manquement à leur obligation de délivrance, d'autre part, assimilé à la perte de la chose au sens de l'article 1722 du code civil.

En statuant ainsi, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, qui d'ailleurs, cite son arrêt de principe du 30 juin 2022 (n° 21-20127), confirme la position adoptée le 30 juin dernier par les trois arrêts qui ont décidé que les périodes d'interdiction d'accueil du public ne pouvaient exonérer les locataires du paiement de leur loyer comme n'étant pas constitutives :

- d'une inexécution de l'obligation de délivrance du bailleur,
- d'un cas de force majeure,
- d'une perte de la chose.

Dans la présente affaire, il s'agissait d'une décision qui avait été rendue en référé ayant condamné la locataire par provision à payer les loyers au motif que l'obligation n'était pas sérieusement contestable.

Au cas particulier, la cour d'appel, pour se prononcer comme elle l'avait fait, avait relevé que l'interdiction de recevoir les clients résultait de raisons étrangères aux locaux loués qui n'avaient subi aucun changement et que les mesures d'interdiction, qui ne sont ni du fait, ni de la faute du bailleur, ne constituent pas une circonstance affectant le bien emportant perte de la chose louée.

Cette position de la Cour de cassation est donc maintenue malgré les vives critiques d'une partie de la doctrine reprochant à la Cour de cassation d'avoir adopté une solution politique et économique plutôt qu'une solution juridique.

On peut penser néanmoins que cette position de la Cour de cassation est fermement arrêtée puisque la troisième chambre civile a rendu le même jour un second arrêt publié également au bulletin (n° 22-12753) se prononçant en sens identique. Le bail consenti à l'exploitant d'une résidence étudiante prévoyait qu'en cas de circonstance exceptionnelle et grave (telles qu'incendie de l'immeuble, etc.) affectant le bien et ne permettant pas une occupation effective et normale... le loyer... ne sera pas payé jusqu'au mois suivant la fin du trouble de jouissance.

La cour d'appel statuant en référé avait condamné la société locataire au paiement des loyers par provision alors que celle-ci invoquait la disposition du bail prévoyant qu'en cas de circonstances exceptionnelles et graves (telles qu'incendie de l'immeuble, etc.), affectant le bien et ne permettant pas une occupation effective et normale... le loyer... ne sera pas payé jusqu'au mois suivant la fin du trouble de jouissance. La société locataire soutenait que les circonstances exceptionnelles liées à la pandémie de Covid-19 et les mesures gouvernementales prises pour en juguler son expansion qui avaient imposé l'état d'urgence sanitaire rentraient dans les prévisions contractuelles ainsi stipulées.

Or, pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel écartant l'argumentation de la société locataire, la Cour de cassation relève que la société locataire ne caractérisait pas en quoi les mesures prises pendant la crise sanitaire constituaient une circonstance affectant le bien.