

Éditô

...en immobilier

En ce début d'année 2016, toute la presse juridique se préoccupe de la réforme du droit des obligations après qu'aient été abordées les lois Alur, Pinel et Macron (pour ne citer qu'elles).

Toutefois, nous ne délaissons pas notre revue régulière de jurisprudence et souhaitons aujourd'hui attirer votre attention sur deux décisions de la Cour de cassation, qui, en dehors de toute réforme législative, nous obligent à revoir nos automatismes et certaines clauses de nos contrats.



Caroline
Champion Thiry



Denis
Salama

I. Baux cOmmerciaux :

... c'en est fini de l'indexation qui ne joue conventionnellement qu'à la hausse.

On s'en doutait depuis quelques temps, en tout cas à Paris (CA Paris, 12 juin 2013 n°11/12178) et à Versailles (CA Versailles, 10 mars 2015 n°13/08116).

Aujourd'hui, on en est certain, car c'est la Cour de cassation qui le dit pour la première fois dans une **décision de la 3^{ème} chambre civile du 14 janvier 2016 (n°14-24.681 S c/ Sté Tahiti)**.

« Attendu, d'une part, qu'est nulle une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse ; qu'ayant relevé, par motifs adoptés, que la clause excluait, en cas de baisse de l'indice, l'ajustement du loyer prévu pour chaque période annuelle en fonction de la variation de l'indice publié dans le même temps, la cour d'appel, qui a exactement retenu que le propre d'une clause d'échelle mobile était de faire varier à la hausse et à la baisse et que la clause figurant au bail, écartant toute réciprocité de variation, faussait le jeu normal de l'indexation, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;
Attendu, d'autre part, que, sans dénaturer la convention, la cour d'appel, qui a apprécié souverainement le caractère essentiel de l'exclusion d'un ajustement à la baisse du loyer à la soumission du loyer à l'indexation, a pu en déduire que la clause devait être, en son entier, réputée non écrite. ».

Trois éléments sont à retenir de cette affaire :

- **Une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse « est nulle ».**

- **La clause d'indexation peut être « réputée non écrite » en son entier, si l'exclusion de l'ajustement à la baisse du loyer a un caractère essentiel à l'indexation.**

- **Le silence du locataire pendant de nombreuses années ne vaut pas renonciation à invoquer le caractère illicite de la clause.**

C'est ce que rappelle la Cour d'appel dans l'arrêt attaqué : « le fait pour la SARL Tahiti d'avoir payé le loyer réclamé et révisé en fonction de la clause d'indexation sans avoir protesté avant 2010 ne saurait valoir renonciation à se prévaloir du caractère illicite de la clause ».

Quelle est la sanction : nullité ou réputé non écrit ?

La Cour d'Appel s'était fondée sur l'article L.112-1 alinéa 2 du Code Monétaire et Financier pour déclarer non écrite la clause d'indexation, car elle entraîne selon elle une distorsion entre la période de variation du loyer et la période s'écoulant entre deux révisions en raison du maintien du loyer en vigueur en cas de baisse de l'indice.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et donc approuve la Cour d'Appel d'avoir ainsi statué, mais en sanctionnant par la nullité la clause d'indexation, car elle exclut la réciprocité de la variation.

Or ce principe de réciprocité est celui exigé par l'article L 145-39 du Code de commerce, également d'ordre public (et sanctionné depuis la loi Pinel par le réputé non écrit), mais il n'est toutefois pas visé par la Cour de cassation dans cette décision !

Alors qu'en est-il ? Sur quel fondement et pour quelle sanction aujourd'hui un locataire peut-il demander au Juge d'invalider la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse ? ●●●

●●● La réponse a son importance, car si c'est la nullité, l'action doit être introduite dans les cinq ans suivant la conclusion du bail ; si c'est le réputé non écrit, l'action n'est enfermée dans aucun délai de prescription.

Quelles sont les conséquences ?

En tout état de cause – qu'il s'agisse de nullité ou de réputé non écrit – **tout locataire dont le contrat de bail contient une telle clause peut maintenant demander au Juge d'invalidier la clause d'indexation en son entier aux fins d'obtenir :**

(i) que son bailleur ne puisse plus indexer le loyer pour le futur, et

(ii) que son bailleur soit condamné à lui restituer le trop perçu de loyer jusqu'à cinq ans en arrière (action en répétition de l'indu prescrite suivant l'article 2224 du Code Civil).

Il faut néanmoins garder à l'esprit que le bailleur conserve la faculté de demander en justice une révision triennale dans les conditions de l'article L 145-38 du Code de commerce.

Quant aux futurs locataires, ils devront bien vérifier que les clauses d'indexation des contrats de baux commerciaux qu'ils vont conclure prévoient la réciprocité de la variation !

II . Cession de dr^oit au bail :

... c'en est fini de la condition suspensive de conclusion d'un nouveau bail.

Ce fut la surprise de la fin d'année 2015, celle qu'on n'attendait pas.

En effet, la Cour de cassation, dans une **décision de la 3^{ème} chambre civile du 22 octobre 2015 (n°14-20.096 Sté Enlux c/ Sté Banque Chaix)**, affirme, au visa de l'article 1168 du Code Civil, que **la clause qui subordonne la cession de bail à la signature d'un nouveau bail, prévoit une condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat et doit donc être réputée non écrite.**

La clause est invalidée, mais le contrat est maintenu !

Techniquement, la haute juridiction nous enseigne qu'il ne faut pas confondre la condition - modalité de la convention - de l'article 1168 du Code civil avec la condition - de formation de la convention - de l'article 1108 du Code civil. Or la condition de conclusion d'un nouveau bail porte sur l'objet même du contrat de cession de bail. Et l'objet est une condition de formation du contrat avec le consentement, la capacité et la cause. Donc si l'objet fait défaut, le contrat n'est pas formé. Sauf qu'en l'espèce, la Cour de cassation a préféré déclarer la clause non écrite au visa de l'article 1168 du Code civil, **laissant subsister le contrat de cession valablement formé !**

Il est vrai que dans l'espèce présentée, le bailleur avait d'ores et déjà agréé le cessionnaire et donné son accord à la cession du droit au bail. De plus, il s'agissait d'un bail « tous commerces » qui a priori ne s'opposait donc pas au changement d'activité qu'impliquait la cession. Toutes les conditions de formation du contrat de cession apparaissaient donc réunies.

D'un point de vue pratique néanmoins, cela nécessite de repenser la protection de l'acquéreur. Ce mécanisme de la condition suspensive de conclusion d'un nouveau bail permettait en effet au bénéficiaire d'une promesse de cession de bail de ne conclure la cession qu'avec la certitude d'obtenir un bail neuf, à des conditions souhaitées ou à tout le moins négociées, et donc de n'être pas entièrement soumis aux exigences du bailleur.

Que peuvent prévoir les parties sans pour l'acquéreur encourir le risque que la condition suspensive soit inopérante ?

Certes, il a la possibilité de demander au cédant qu'il se porte fort de la conclusion d'un nouveau bail. Mais **peut-on aujourd'hui encore ériger en condition suspensive l'accord du bailleur sur certaines conditions du nouveau bail ?**

C'est la condition a minima qu'il semble importante de stipuler pour un cessionnaire. Et, prendre le soin de préciser que sans cette condition le cessionnaire n'aurait pas consenti au compromis, permettrait peut être en cas d'invalidité d'entraîner l'inefficacité du contrat dans son ensemble plutôt que de la seule condition suspensive.

Une dernière observation : la réforme du droit des contrats ne semble pas remettre en cause cette jurisprudence (voir les articles 1304 et suivants nouveaux concernant la condition, et les articles 1128 et suivants nouveaux concernant les conditions de formation du contrat).

« Vu l'article 1168 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nîmes, 24 avril 2014), que la société Enlux, titulaire d'un bail commercial portant sur des locaux appartenant à la SCI Capucine I, s'est engagée à le céder à la société Banque Chaix, sous diverses conditions suspensives dont la signature d'un nouveau bail commercial, devant être réalisées le 15 septembre 2012 ; que des pourparlers entre la société propriétaire et la société Banque Chaix se sont prolongées au-delà de cette date ; qu'invitée à signer l'acte de cession le 15 janvier 2013, la Banque Chaix ne s'est pas présentée en invoquant la caducité du compromis ; que la société Enlux l'a assignée aux fins de voir déclarer la vente parfaite et de la voir condamnée au paiement de diverses sommes ;

Attendu que, pour rejeter les demandes de la société Enlux, l'arrêt retient que le juge n'a pas le droit de modifier la loi des parties en appréciant la cohérence des contrats et en procédant à leur réfaction par des considérations propres et qu'il n'y a pas lieu de déclarer non écrite la clause subordonnant la cession de bail à la signature d'un nouveau bail ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la clause qui prévoit une condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat doit être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; Par ces motifs : casse et annule dans toutes ses dispositions ... »