

Lille le 27 décembre 2007

La validité de la clause d'échelle mobile dans le bail commercial ?

Introduction :

L'indice INSEE du Coût de la Construction a progressé de plus de 25% entre l'indice des deuxièmes trimestres de 2001 à 2007, de sorte qu'il pourrait être actuellement opportun pour l'ensemble des bailleurs et leurs conseils de demander la révision judiciaire du loyer prévue par l'article L145-39 sans tenir compte du loyer actualisé ou du loyer initialement fixé, considérant toute clause de révision comme une clause d'échelle mobile...

Cette situation ferait échec à la règle du plafonnement des loyers instauré par l'article L.145-33 du code de commerce et permettrait dans les quartiers à très forte commercialité d'obtenir une révision judiciaire des loyers, à tout moment du bail, parfois bien supérieure au loyer déjà indexé.

Par l'évolution actuelle de cet indice ce mécanisme constituerait en quelque sorte un autre « échappatoire » au plafonnement après celui lié, à la durée du bail expiré, à la modification notable des facteurs locaux de commercialité ou à la nature même de l'objet du bail.

Néanmoins Il faut aussi rappeler que par le passé l'indice INSEE du coût de la construction à connu des périodes de baisse et notamment dans les années comprises entre 1994 et 1999 (selon les trimestres).

Ces baisses ont amenées les rédacteurs de baux à introduire des mécanismes contractuels de révision exclusivement à la hausse pour faire échec au mécanisme inverse...

Dés lors ces clauses de révision peuvent elles encore être dénommées clause d'échelle mobile et l'opportunité évoquée ci-dessus est elle encore d'actualité ?

Clause de révision légale, clause de révision contractuelle ou Clause d'échelle mobile... ces trois qualifications aboutissent en pratique à la variation ou à l'augmentation périodique du loyer selon l'indice choisi. Cependant des nuances importantes voire fondamentales existent selon la qualification retenue...

La situation légale en l'absence de toute clause au contrat de bail commercial (art L 145-37) :

La révision légale est de droit, en l'absence de toute clause contractuelle (C.com. art. L. 145-37 et L. 145-38).

Le décret du 30 septembre 1953 dans son article 27 (D. n°53-960, 30 sept. 1953, art. 27) organisait une évolution des loyers commerciaux tous les trois ans et à la condition que la variation des conditions économiques ait fait évoluer la valeur locative des lieux de plus d'un quart. Puis, une loi du 12 mars 1956 (L. n°56-245, 12 mars 1956) a lié le droit à la révision à l'évolution des indices économiques qui devaient avoir varié de plus de 15 % pour que soit ouvert le droit à révision à la période triennale. C'est la loi du 12 mai 1965 (L. n°65-356, 12 mai 1965, JO 13 mai 1965) qui a fixé les règles actuelles de la révision triennale la plafonnant à l'évolution de l'indice Insee du coût de la construction.

Cette révision est prévue par le statut à l'article L. 145-37 du code de commerce : le droit est donc ouvert aux deux parties même en l'absence de toute clause contractuelle y faisant allusion dans le bail : ce droit est souvent rappelé sous la forme « le loyer sera révisé selon les conditions légales en vigueur ».

L'article L. 145-15 du code de commerce vise l'article L. 145-38 parmi les textes d'ordre public rendant nulle toute clause qui aurait pour objet de faire obstacle à ses dispositions, et interdisant ainsi d'introduire dans le bail une renonciation, ou une réduction de la périodicité ou un aménagement de son montant.

La clause d'échelle mobile :

La clause d'échelle mobile constitue un mécanisme contractuel de révision du loyer, le plus souvent par application, à échéances périodiques, d'un indice économique ou monétaire, tel l'indice I.N.S.E.E. du Coût de la Construction.

La validité d'une telle clause a naturellement été consacrée par la jurisprudence, l'article L.145-39 du Code de commerce s'y référant expressément pour instituer une faculté de révision dérogatoire (*Cass. 3^{ème} civ. 2 juin 1977 n°76-13.199, Girardo c/ Jullien : Bull. civ. III n°241*).

L'Art. L.145-39 du C. com. stipule : « *en outre, et 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* ».

Ainsi, la clause d'échelle mobile s'applique automatiquement et sans formalisme particulier à chaque période (révision annuelle le plus souvent) par le jeu de l'indice choisi pour la détermination d'un loyer révisé.

Mais si le jeu de l'indice choisi aboutit à la détermination d'un loyer révisé supérieur (ou inférieur) de plus du quart avec le loyer initialement prévu au contrat, celui-ci peut être soumis au régime spécial de révision judiciaire de l'article L.145-39 du Code de commerce ; ceci afin d'éviter que le jeu de l'indexation entraîne une variation du loyer sans rapport avec l'évaluation de la valeur locative.

Il est à noter que le loyer de référence pour apprécier l'évolution intervenue est celui fixé initialement (*Cass. com. 20 nov. 1962 n°60-13.018, Merlier c/ Guillermin : Bull. civ. III n°468*) et non le loyer dernièrement révisé. Il peut également s'agir de celui fixé en exécution d'une modification intervenue au cours du bail par la convention des parties (*Cass. 3^{ème} civ. 16 déc. 1992, Cordelier c/ Sté RMB Investissement : Gaz. Pal. 1993, note J-D Barbier*) ; ou celui fixé judiciairement (*Cass. com. 20 nov. 1962, précité*).

La révision judiciaire en présence d'une clause d'échelle mobile est soumise aux formalités imposées en matière de révision triennale, mais n'est soumise à aucune condition de délai, la simple augmentation (ou diminution) de plus du quart rendant la demande recevable, et chacune des parties pouvant se prévaloir tant de l'augmentation que de la diminution.

La clause de révision contractuelle :

Depuis que la monnaie manque de stabilité, les contractants se prémunissent contre les conséquences de son évolution et surtout de son éventuelle d'évaluation, notamment en contractualisant des clauses de révision ou d'indexation. En l'absence de toute réglementation de la clause elle-même (dans le décret du 30 septembre 1953) son fonctionnement dépendra de sa rédaction...

Pour échapper aux conséquences de la baisse de l'indice, les rédacteurs ont mis au point des clauses de révision contractuelles limitant l'ajustement du loyer exclusivement à la hausse, remplaçant la terminologie « variation » par « augmentation » ou précisant que le loyer variera sans pouvoir descendre en dessous du dernier montant payé !

Cette rédaction a été encouragée par le pouvoir réglementaire qui à l'occasion d'une réponse à une question écrite portant sur le point de savoir si le bailleur était en droit, dans un bail d'habitation de ne pas appliquer les baisses d'indice, répondait que la réponse se trouvait dans la rédaction contractuelle de la clause (rép min. n°40721, 8 juillet 1996 JOAN Q, 16 sept 1996, p.4958)...

De l'importance de la qualification à retenir ?

Le statut des baux commerciaux ne crée pas de clause légale d'échelle mobile, ni ne la réglemente, le doute ne relève t'il alors pas plus de l'intitulé de la clause que de son contenu et il semble bien qu'il faille laisser aux effets de l'indice extérieur la possibilité de varier dans les deux sens, le but de cette clause étant de maintenir au loyer son pouvoir d'achat et non de permettre au bailleur de se prémunir contre la dépréciation monétaire...

Dans un passé lointain mais néanmoins très motivé la cour de cassation avait annulé les clauses d'échelle mobile qui ne laissaient pas à l'indice la faculté de réajuster en plus ou en moins le prix indexé, comme contraires à la loi sur le cours forcé et donc à l'ordre public monétaire (Cass. Comm, 15 nov 1950, S. 1951, 1, 131).

L'expert devra donc analyser le contenu de la clause d'indexation figurant au bail pour en déterminer la qualification, relever contradictoirement l'éventuelle confusion et se retourner vers le magistrat le cas échéant pour éclaircir le contenu de sa mission.

Conclusion :

La problématique ne réside t'elle pas plus dans le choix et l'évolution de l'ICC sur la dernière période de 10 ans que dans la confusion des multiples procédures de révision pouvant entre autre conduire à un mixage des modes d'évolution permettant de faire évoluer à la hausse l'indexation mais obligeant lors d'une révision triennale de supporter une éventuelle baisse de loyer.

Première limite : l'intérêt de la révision judiciaire consécutive à l'application de la clause d'échelle mobile suppose que la valeur locative connaisse une progression bien supérieure à 25%... Cela ne concerne évidemment les locaux situés dans des secteurs « à forte commercialité » qui pourraient également faire l'objet d'une procédure de déplafonnement habituelle à l'échéance du bail (alors que l'application de l'échelle mobile intervient à tout moment pendant la durée).

Deuxième limite : la baisse de l'ICC, constatée à de très rares occasions, à inciter certains rédacteurs à protéger les bailleurs d'un risque de « déplafonnement » à la baisse entraînant ainsi involontairement la protection du preneur contre la hausse actuelle...

Cette procédure « échappatoire » à la règle du plafonnement correspond t'elle à l'esprit initial du décret du 1^{er} juillet 1939 ? Il semble que non puisqu'il avait lui-même suscité la naissance de l'ancien article 28 du décret de 1953...

Y a t'il lieu de mettre en valeur l'effet amplificateur de la révision judiciaire en cas de modification de plus de 25% ou faut t'il encourager un effet modérateur considérant l'augmentation suffisante... ?

Dans un premier temps la jurisprudence aboutie a soutenue que la révision à la suite de l'application de l'échelle mobile devait freiner les effets de la clause dans l'intérêt des deux parties et non les aggraver.

Puis la cour de cassation est venue censurer régulièrement ces jurisprudences en permet au bailleur de prétendre à la détermination d'un loyer plus important encore que l'augmentation constatée de plus de 25% considérant que le nouvel article 28 ne comporte aucune disposition de nature à restreindre le pouvoir d'appréciation de la juridiction saisie de la révision d'un bail assorti d'une clause d'échelle mobile.

La solution ne résiderait elle pas à limiter les effets de l'évolution inconsiderée de l'ICC qui devrait encore s'accroître fortement dans les prochaines années ?

Depuis la loi du 9 juillet 1970 (L. n°70-600) l'ICC, seul indice réputé légal, est celui le plus couramment utilisé pour les baux commerciaux.

Même s'il n'est pas le seul indice utilisé à être réputé « en relation directe » avec l'objet d'une convention relative à l'immeuble bâti, d'autres indices pourraient être également utilisés s'ils sont en relation avec l'activité de l'une des parties, seuls sont interdites les indexations fondées sur le SMIC, sur le niveau général des prix, sur le prix des biens, sur les monnaies ou sur l'or.

Déjà pour faire face à l'augmentation excessive de l'ICC il avait été introduit, obligatoirement pour les logements d'habitation (facultativement pour les baux commerciaux), des mécanismes de régulation, notamment l'instauration d'une pondération sur la moyenne des quatre derniers indices depuis 1985 Puis l'indice a même été reconnu inopérant pour les immeubles d'habitation et il a été créé un indice spécifique pour les logements d'habitation (Indice de Révision des Loyers) depuis le 1^{er} janvier 2006 (L. n°2005-841, 26 juill. 2005, JO 27 juill. 2005, art 35).

Ne serait il donc pas souhaitable de proposer pour les baux commerciaux la création d'indices spécifiques qui reflètent au mieux les critères de commercialité, de consommation, d'inflation ou de spécificité de chaque branche d'activité.

Ne serait il pas plus logique pour une boulangerie de voir appliquer une révision judiciaire en application du jeu de la clause d'échelle mobile en cas d'augmentation de plus de 25% du prix du pain ou des matières premières (blé ou farine) plutôt qu'en cas d'augmentation fondée sur l'observation des marchés de construction, eux même orientés par l'évolution exponentielle des prix des matières premières, du à la forte croissance de la consommation mondiale...

Jean-Jacques MARTEL,

D.E.S.S d'aménagement, d'urbanisme et de construction

Professeur à l'Institut de la Construction, de l'Environnement et de l'Urbanisme de l'Université de Lille 2

Expert près la Cour d'Appel de DOUAI

Cabinet MARTEL & Associés

Estimations et stratégies immobilières

12, rue de Cannes à LILLE (59 000)

Tél : 03 20 52 31 89

Fax : 03 20 88 12 21