

*Les associés et les collaborateurs de Blatter, Seynaeve et Associés souhaitent à chacun de leurs clients et lecteurs une très heureuse année 2019 et les remercient pour leur confiance et leur fidélité.  
Que cette nouvelle année soit douce, paisible et riche en bonheur et réussite.*

## 1 / Actualité du cabinet

**Le cabinet a la qualité d'organisme de formation professionnelle enregistré à la DIRRECTE IDF. Il peut assurer formations, séminaires et conférences directement auprès des entreprises et des professionnels du droit.**

---

## 2/ Jurisprudence et commentaires

- **Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 décembre 2018, n° 17-28055 : indemnité d'occupation, TVA, valeur locative et taxe d'enlèvement des ordures ménagères.**

Cet arrêt, quoiqu'il ne soit pas destiné à être publié au bulletin, présente un intérêt certain tant les questions auxquelles il apporte des réponses sont multiples.

La première question était celle de l'application de la TVA à l'indemnité d'occupation provisionnelle due par le locataire maintenu dans les lieux en application de l'article L. 145-28 du code de commerce dans l'attente du paiement de l'indemnité d'éviction à la suite du congé avec refus de renouvellement qu'il avait reçu.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir relevé que les baux en cause stipulaient que le loyer serait majoré de la TVA et retenu que le maintien dans les lieux de la société locataire jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction s'opérait aux clauses et conditions des baux expiré, de sorte que la cour d'appel a exactement déduit que la société locataire ne pouvait s'exonérer du paiement de la TVA due sur cette indemnité. C'est l'application correcte de la règle exprimée par l'article L. 145-28 du code de commerce selon laquelle le maintien dans les lieux s'opère aux conditions et clauses du contrat expiré. L'indication selon laquelle l'indemnité d'occupation est déterminée conformément aux dispositions des sections 6 et 7, compte tenu de tous éléments d'appréciation, ne remet pas en cause le régime fiscal qui a pu être convenu par les parties.

La deuxième réponse concerne le principe même de la fixation de l'indemnité à la valeur locative et sa date d'application.

La cour d'appel avait en effet donné mission à l'expert, traditionnellement désigné dans ce genre d'affaire de limiter l'évaluation de la valeur locative à compter seulement du 30 mars 2015, alors que le congé avait été délivré pour le 29 septembre 2007 (date du terme d'usage en Provence), soit pour le 23 mars 2008, selon l'exposé du moyen alors que les bailleurs n'avaient pas formé de demande et que par conséquent l'indemnité d'occupation statutaire devait être égale, selon la cour d'appel, au montant du dernier loyer contractuel jusqu'à la date à laquelle la bailleresse avait sollicité la fixation de cette indemnité.

L'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence est cassé, la Cour de cassation énonçant que « *l'indemnité d'occupation, qui est distincte du loyer auquel elle se substitue de plein droit dès la résiliation du bail jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction, doit, à défaut de convention contraire, correspondre à la valeur locative des lieux* ».

La substitution de plein droit de l'indemnité d'occupation au loyer de manière rétroactive à la date d'effet du congé a déjà été jugée par la Cour de cassation (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 fév. 2016, n° 14-28091).

---

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation ajoute que, à la différence de l'article L. 145-11 du code de commerce, relatif au point de départ du prix du bail renouvelé, le point de départ de l'indemnité d'occupation ne dépend pas de la demande du bailleur.

Enfin, sur le troisième point, la Cour de cassation maintient sa jurisprudence sur le caractère exclusivement contractuel de l'obligation au remboursement de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères : la cour d'appel en condamnant la locataire au remboursement de la taxe des ordures ménagères a violé l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, après avoir constaté que les baux ne contenaient aucune stipulation spécifique visant expressément cette taxe, bien qu'il s'agisse d'un service dont profite le locataire (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 juin 2012, n° 11-17114, AJDI 2012, p. 37, obs. J.-P. Blatter) et alors que, au contraire, elle est expressément visé au titre des charges récupérables en matière de bail d'habitation par le décret numéro 87-713 du 26 août 1987.

Il convient donc de se garder de toute confusion entre ces deux régimes statutaires.

**Jean-Pierre Blatter**

- **Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 novembre 2018, n° 17-23058, diffusé sur internet, à paraître au bulletin et destiné au rapport annuel : Dans une clause d'indexation irrégulière au regard de l'article L. 112-1 du code monétaire et financier, seule doit être extraite la partie réputée non écrite, dès lors qu'elle n'entraîne pas une distorsion tout au long du bail, résultant de la volonté des parties**

Par cet arrêt, la Cour de cassation semble avoir achevé le revirement de sa jurisprudence et avoir abouti à la solution qui fixe désormais les règles s'agissant des clauses d'indexation irrégulières qui a agité la jurisprudence depuis plusieurs années, plus précisément depuis que la crise économique s'est instaurée.

Le fondement de ce contentieux se trouvait dans l'article L. 112-1 du code monétaire et financier qui énonce que « *est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive et notamment des baux et location de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision* ». On s'est déjà longuement expliqué sur l'histoire de cet article (voir en ce sens J.-P. Blatter, *Traité des baux commerciaux*, 6<sup>ème</sup> éd., le Moniteur, 2017, n° 933 s.).

La Cour de cassation a tout d'abord jugé que les clauses d'indexation se référant à l'indice fixe ne contreviennent pas à l'article L. 112-1 du code monétaire et financier dès lors qu'il y a concordance entre la période de variation de l'indice et celle de la variation du loyer (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 déc. 2014, n° 13-25034, Bull. civ. III, n° 161).

Si ensuite la Cour de cassation a posé le principe de la nullité d'une clause d'indexation qui ne varierait qu'à la hausse (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 janv. 2016, n° 14-24681, publié au bulletin) et a approuvé l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait réputé nulle en son entier, pour cause d'indivisibilité, la clause d'indexation comportant cette interdiction de baisse du loyer, elle a précisé ensuite le fondement purement jurisprudentiel de cette règle qu'elle avait énoncée (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 fév. 2018 n° 17-40069 17-40070 17-40071 17-40072 17-40073 17-40074 17-40075).

L'évolution de la jurisprudence s'est poursuivie par deux arrêts ultérieurs.

Tout d'abord dans un arrêt du 17 mai 2018 (n° 17-15146, publié au bulletin) la Cour de cassation a jugé qu'une demande de révision sur le fondement de l'article L. 145-39 du code de commerce faite à une autre date qu'à la date contractuellement fixée, que la révision du loyer ne pouvait elle-même organiser la distorsion prohibée par la loi et qu'il appartenait au juge d'adapter le jeu de la clause d'échelle mobile à la valeur locative, ce qui avait conduit à dire que cette adaptation doit se faire tant en ce qui concerne la nouvelle date d'indexation que le nouvel indice qui doit désormais servir de référence.

Ensuite, dans un arrêt du 13 septembre 2018 (n° 17-19525 publié au bulletin) la Cour de cassation a écarté toute distorsion volontaire, qui seule entraîne la réputation non écrite de la clause d'indexation, alors que le renouvellement né du droit de repentir

du bailleur n'était pas intervenu à la date anniversaire du bail, la haute cour jugeant que « *la distorsion retenue ne résultait pas de la clause d'indexation elle-même mais du décalage entre la date de renouvellement du bail intervenue le 1<sup>er</sup> février 2006 et la date prévue pour l'indexation annuelle du loyer fixé au 1<sup>er</sup> janvier 2006* ». Elle mettait ainsi l'accent sur le caractère nécessairement volontaire de la distorsion interdite par l'article L. 112-1 du code monétaire et financier.

Enfin, l'arrêt du 29 novembre semble clore définitivement toute possibilité de dérives telles que nous les avons connues dans les années passées, aboutissant à déclarer non écrites des clauses d'indexation en leur entier en l'absence pourtant de volonté des parties de créer la distorsion interdite par la loi.

En l'espèce, la cour d'appel avait déclaré non écrite en son entier, la clause d'indexation du loyer au motif qu'elle prévoyait une période de variation de l'indice de juillet 1999 à juillet 2000 supérieure à la durée de sept mois s'étant écoulée entre la prise d'effet du bail du 1<sup>er</sup> juin 2000 à la première révision du loyer au 1<sup>er</sup> janvier 2001.

La distorsion était certaine mais en vérité elle distorsion n'affectait que la première année du bail, ou plus exactement ses sept premiers mois, sans créer de distorsion pour les années suivantes.

Dans ce cas, nous avons toujours soutenu que la clause ne pouvait être affectée en son entier et qu'il convenait de pratiquer, comme en chirurgie, une exérèse de la partie infectée, en l'espèce le jeu de la clause d'indexation illicite pour la première année du bail.

C'est bien ce que juge la Cour de cassation en cassant l'arrêt alors que « *seule la stipulation qui crée la distorsion prohibée est réputée non écrite et que la clause prévoyait un premier ajustement, illicite mais ponctuel, tenant à la prise d'effet du bail en cours d'année civile, tandis que les périodes de référence suivantes avant la même durée.* ».

L'arrêt, puisqu'il est de cassation est précédé d'un chapeau explicatif visant l'article L. 112-1 du code monétaire et financier, selon lequel « *en application de ce texte, est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive tel que le bail commercial, prévoyant la prise en compte, dans l'entier déroulement du contrat, d'une période de variation indiciaire supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision* ».

On le voit, la Cour de cassation réécrivant l'article L. 112-1 en précise la portée : la clause ne sera réputée non écrite que si elle prévoit la prise en compte *dans l'entier déroulement du contrat*, c'est-à-dire pendant toute sa durée une période de variation indiciaire supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision.

Tel serait le cas d'une clause qui déciderait, par exemple, que l'indexation annuelle s'opérerait sur la variation de l'indice mesurée sur quinze mois.

La distorsion existerait ainsi volontairement « *dans l'entier déroulement du contrat* » et entraînerait la réputation non écrite de la clause.

Dans les autres cas, il suffit de la corriger.

Ainsi vont prendre fin ces actions qui avaient abouti à des condamnations à des remboursements de sommes considérables au profit de certains locataires qui n'avaient pas ressenti la moindre gêne à s'engager dans de pareilles actions.

Il est dommage que les revirements de jurisprudence ne puissent avoir d'effet rétroactif.

Jean-Pierre Blatter

- **Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 novembre 2018, n° 17-27798, diffusé sur internet, à paraître au bulletin : La stipulation selon laquelle le loyer d'un bail commercial est calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur sans pouvoir être inférieur à un minimum équivalent à la valeur locative des lieux loués, n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers pour évaluer lors du renouvellement, la valeur locative déterminant le minimum garanti.**

Par cet arrêt, la Cour de cassation confirme et affine sa jurisprudence du 3 novembre 2016 (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., n° 15-16826 et 15-16827) dans laquelle elle avait décidé que la stipulation selon laquelle le loyer d'un bail commercial est composé d'un loyer minimum et d'un loyer calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le minimum garanti à la valeur locative ; que le juge statue alors selon les critères de l'article L. 145-33 précité, notamment au regard de l'obligation contractuelle du preneur de verser en sus du minimum garanti, une part variable, en appréciant l'abattement qui en découle.

Ainsi se trouvaient cassés deux arrêts de la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Néanmoins, à la suite de ces arrêts, la cour d'appel de Versailles a résisté à la jurisprudence de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 19 septembre 2017 dans lequel elle avait estimé que même si compétence lui en était donné, le juge ne pouvait en pareille circonstance « attribuer au juge une compétence qu'il ne tire que de la loi et de lui imposer, qui plus est, d'appliquer la loi dans les conditions qu'elles-mêmes définissent » (12<sup>ème</sup> ch., n° RG 16/03805).

Cet arrêt est cassé au visa de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, sur la liberté des conventions et leur force obligatoire et de l'article L. 145-33 du code de commerce.

La Cour de cassation reprend le conclusif de ses arrêts du 3 novembre 2016 avec une rédaction légèrement différente qui n'en modifie pas le sens.

Dans les arrêts du 3 novembre 2016 la Cour de cassation a énoncé que le juge des loyers pouvait fixer le minimum garanti à la valeur locative. Dans l'arrêt du 29 novembre 2018, elle énonce que le juge des loyers peut évaluer la valeur locative déterminant le minimum garanti.

La différence est tenue mais tient aussi à la rédaction des baux en cause qui était différente.

Dans les affaires tranchées le 3 novembre 2016, le bail stipulait un loyer composé d'un loyer de base minimum et d'un loyer additionnel représentant 8 % du chiffre d'affaires alors que dans l'affaire jugée le 29 novembre, il s'agissait d'un loyer « dont le montant sera égal à 7 % du chiffre d'affaires annuel hors taxes réalisé par le preneur qui ne pourra être inférieur » à une certaine somme qualifiée de loyer minimum garanti.

Ainsi, dans la première hypothèse, il s'agissait véritablement d'un loyer à deux composantes alors que dans le second cas, il s'agissait d'un loyer calculé à raison d'une clause recette comportant un minimum garanti.

Ceci explique également que dans la présente affaire, n'est pas reprise la solution des arrêts de 2016 selon laquelle le juge apprécie alors l'abattement qui résulte de l'obligation pour le locataire de verser en sus du minimum garanti une part variable, puisqu'il n'y en a pas.

On retiendra de cet arrêt que, dans ce type de baux, si les parties entendent que lors du renouvellement le minimum garanti soit fixé à la valeur locative, il faut nécessairement, d'une part, en convenir, d'autre part, attribuer compétence au juge des loyers qui peut voir sa compétence être prorogée et que, si dans l'hypothèse d'un loyer binaire, le juge peut apprécier l'abattement qui découle de l'obligation pour le locataire de verser en sus du minimum garanti une part variable, tel ne paraît pas être le cas lorsque le loyer est déterminé exclusivement à partir d'une clause recette mais avec un minimum garanti, ce minimum garanti n'étant pas le loyer à proprement parler. C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour de cassation a préféré employer le verbe « évaluer », la valeur locative déterminant le minimum garanti plutôt que le verbe « fixer », mais ces interprétations de la modification du vocabulaire tiennent un peu de la spéculation intellectuelle.

**Jean-Pierre Blatter**

## 03 / Informations pratiques

## Les indices du troisième trimestre 2018 ont été publiés par l'INSEE aux informations rapides du 19 décembre 2018

L'**ILC** s'établit à **113,45** soit une hausse de 2,41 % sur un an .

L'**ILAT** s'établit à **112,74** soit une hausse de 2,16 % sur un an après +1,93 % au trimestre précédent.

L'**ICC** s'établit à **1733** soit une hausse de 3,77 % sur un an (après 2,1% au trimestre précédent).

---