

CIV. 3

SG

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 23 novembre 2022

Cassation partielle

Mme TEILLER, président

Arrêt n° 809 F-D

Pourvoi n° A 21-18.921

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, DU 23 NOVEMBRE 2022

1°/ M. [O] [G], domicilié [Adresse 3],

2°/ Mme [U] [G], domiciliée [Adresse 4],

3°/ la société Phisa, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 1],

ont formé le pourvoi n° A 21-18.921 contre l'arrêt rendu le 22 avril 2021 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (chambre 1-7), dans le litige les opposant :

1°/ à M. [X] [I],

2°/ à la société [M]-Tamiotti, société civile professionnelle,

ayant tous deux leur siège [Adresse 5],

3°/ à la société FCA Motor village France, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 2],

défendeurs à la cassation.

Les demandeurs invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. David, conseiller, les observations de la SARL Ortscheidt, avocat de M. et Mme [G] et de la société Phisa, de la SCP Alain Bénabent, avocat de la société FCA Motor Village France, de la SARL Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de M. [I] et de la société [M]-Tamiotti, après débats en l'audience publique du 11 octobre 2022 où étaient présents Mme Teiller, président, M. David, conseiller rapporteur, M. Echappé, conseiller doyen, et Mme Letourneur, greffier de chambre,

la troisième chambre civile de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 22 avril 2021) et les productions, par acte authentique reçu le 2 juillet 2007 par M. [I], notaire associé au sein de la société civile professionnelle [M]-Tamiotti (les notaires), M. [W] [G], usufruitier, aux droits duquel se trouve la société Phisa, ainsi que M. [O] [G] et Mme [U] [G], nus-propriétaires, (les bailleurs) ont donné en location à la société Intermap, aux droits de laquelle est venue la société FCA Motor village France (la locataire), un local à usage commercial.
2. Le bail comporte une clause d'indexation annuelle du loyer stipulant que celle-ci ne s'appliquera qu'en cas de variation à la hausse de l'indice de référence.
3. Les 17 et 23 mai 2016, la locataire, se prévalant de l'irrégularité de cette clause, a assigné les bailleurs en paiement d'une certaine somme au titre des loyers trop versés.
4. Les bailleurs ont appelé les notaires en garantie.

#### Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en sa première branche

#### Enoncé du moyen

5. Les bailleurs font grief à l'arrêt de dire non écrite la clause d'indexation contenue dans le bail du 2 juillet 2007, alors « qu'une obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle ; que seule une stipulation prohibée doit être réputée non écrite ; qu'en considérant, par motifs propres et adoptés, que les parties ayant, dans le bail, présenté la clause d'indexation comme une condition essentielle et déterminante, cette clause devrait être réputée non écrite en son entier, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le principe de l'indexation et ses modalités, et que la clause d'indexation, présentée comme déterminante de l'engagement des parties, serait indivisible, sans vérifier si l'obligation stipulée par cette clause aurait pour objet un fait qui dans son exécution ne serait pas susceptible de division, matérielle ou intellectuelle, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'indivisibilité de la clause, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1217 du code civil, dans sa version antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, et de l'article

L. 112-1 du code monétaire et financier. »

#### Réponse de la Cour

Vu l'article l'article 1217 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

6. Aux termes de ce texte, l'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle.

7. Pour réputer non écrite en son entier la clause d'indexation, l'arrêt retient que les parties ayant, dans le bail convenu et signé entre elles, présenté ladite clause comme une condition essentielle et déterminante, celle-ci doit être réputée non écrite en son entier sans qu'il n'y ait lieu de distinguer entre le principe de l'indexation et ses modalités.

8. En se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'indivisibilité, alors que seule la stipulation prohibée doit être réputée non écrite, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

#### Portée et conséquences de la cassation

9. La cassation du chef du dispositif ayant réputer non écrite en son entier la clause d'indexation, entraîne, par voie de conséquence, l'annulation de celui condamnant les bailleurs à restituer à la locataire une certaine somme au titre du trop-perçu de loyers du mois de mai 2011 au mois de mai 2016 qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire.

#### Mise hors de cause

10. En application de l'article 625 du code de procédure civile, il y a lieu de mettre hors de cause les notaires dont la présence n'est pas nécessaire devant la cour d'appel de renvoi.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit non écrite la clause d'indexation contenue dans le bail du 2 juillet 2007 et en ce qu'il condamne in solidum la société Phisa, M. [O] [G] et Mme [U] [G] à payer à la société FCA Motor village France la somme de 305 098 euros outre les intérêts au taux légal à compter du 25 mars 2016, au titre des loyers trop perçus du mois de mai 2011 au mois de mai 2016, l'arrêt rendu le 22 avril 2021, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence autrement composée ;

Met hors de cause M. [I] et la société civile professionnelle [M]-Tamiotti ;

Condamne la société FCA Motor village France aux dépens exposés par la société Phisa, M. [O] [G] et Mme [U] [G] et condamne ces derniers aux dépens exposés par M. [I] et la société civile professionnelle [M]-Tamiotti ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société FCA Motor village France à payer à la société Phisa, à M. [O] [G] et à Mme [U] [G] la somme globale de 3 000 euros, rejette la demande formée par la société Phisa, M. [O] [G] et Mme [U] [G] et les condamne à payer à M. [I] et à la société civile professionnelle [M]-Tamiotti la somme globale de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être

transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-trois novembre deux mille vingt-deux.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SARL Ortscheidt, avocat aux Conseils, pour M. et Mme [G] et la société Phisa

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

M. et Mme [G] et la société Phisa font grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir dit non écrite la clause d'indexation contenue dans le bail du 2 juillet 2007 ;

1°) ALORS QU'une obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle ; que seule une stipulation prohibée doit être réputée non écrite ; qu'en considérant, par motifs propres et adoptés, que les parties ayant, dans le bail, présenté la clause d'indexation comme une condition essentielle et déterminante, cette clause devrait être réputée non écrite en son entier, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le principe de l'indexation et ses modalités, et que la clause d'indexation, présentée comme déterminante de l'engagement des parties, serait indivisible, sans vérifier si l'obligation stipulée par cette clause aurait pour objet un fait qui dans son exécution ne serait pas susceptible de division, matérielle ou intellectuelle, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'indivisibilité de la clause, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1217 du code civil, dans sa version antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, et de l'article L. 112-1 du code monétaire et financier ;

2°) ALORS QUE seule une stipulation prohibée doit être réputée non écrite ; qu'en considérant, par motifs propres et adoptés, que les parties ayant, dans le bail, présenté la clause d'indexation comme une condition essentielle et déterminante, cette clause devrait être réputée non écrite en son entier sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le principe de l'indexation et ses modalités, et que la clause d'indexation, présentée comme déterminante de l'engagement des parties, serait indivisible, sans vérifier si l'exclusion d'une variation à la baisse était essentielle et déterminante de la volonté des parties, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 112-1 du code monétaire et financier.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

M. et Mme [G] et la société Phisa font grief à l'arrêt réformatif attaqué de les avoir condamnés in solidum à payer à la société FCA Motor Village la somme de 305.098 euros outre les intérêts au taux légal à compter du 25 mars 2016, au titre des loyers trop perçus du mois de mai 2011 au mois de mai 2016 ;

1°) ALORS QUE la décision de réputer une clause non écrite ne peut valoir que pour l'avenir et ne peut prendre effet qu'à compter de la date à laquelle la décision a acquis l'autorité de la chose jugée ; qu'en considérant que l'argument selon lequel la créance n'avait pu naître avant le jugement n'aurait pas été utile s'agissant d'une action fondée sur le caractère non-écrit d'une clause dont l'appréciation relève d'un juge, la cour d'appel a violé l'article L. 112-1 du code monétaire et financier ;

2°) ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QUE par l'effet de la prescription, le locataire ne peut contester le jeu de l'indexation plus de cinq ans avant sa demande et la créance de restitution ne peut être calculée sur la base du loyer initial, mais doit l'être sur celle du loyer acquitté à la date du point de départ de la prescription ; qu'en considérant que la somme de 305.098 euros devait être restituée à la société FCA conformément à la demande et au calcul effectué par cette dernière, quand la société FCA évaluait le montant de sa créance prétendue à partir du « loyer initialement fixé » à 400.000 euros, la cour d'appel a violé l'article 2224 du code civil.

#### TROISIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

M. et Mme [G] et la société Phisa font grief à l'arrêt confirmatif attaqué de les avoir déboutés de leurs demandes à l'encontre de la SCP [I], Levasseur Tamiotti et de Maître [X] [I] ;

ALORS QUE le notaire, tenu d'un devoir de conseil destiné à assurer la validité et l'efficacité des actes auxquels il apporte son concours engage sa responsabilité en n'attirant pas l'attention des parties sur une difficulté tenant à l'incertitude du droit positif et de la validité d'une clause insérée à l'acte ; qu'en considérant qu'on ne pourrait considérer qu'en 2007, le notaire a manqué à son devoir de conseil et d'information dans le contexte du droit positif qui était celui de l'époque, après avoir constaté que les décisions antérieures de la Cour de cassation étaient très anciennes et portaient sur la validité de clauses sans réciprocité, mais dans un contexte totalement différent de dépréciation monétaire et de conformité à la loi sur le cours forcé, que si la Cour de cassation est intervenue en 2016, c'est que la jurisprudence sur la question était divisée, que des discussions doctrinales sont intervenues en 2013-2014, de même que des décisions de juges du fond en sens contraires, que la validité de la clause d'échelle mobile au regard de l'article L. 112-1 al. 2 du code monétaire et financier avait elle aussi été également différemment appréciée, ce dont il résulte, nécessairement qu'en 2007, date à laquelle l'acte litigieux avait été établi, et en l'état de décisions de la Cour de cassation anciennes et intervenues dans un contexte différent de sorte que leur portée était incertaine, la validité d'une clause d'indexation excluant les variations à la baisse était incertaine, ce dont, au minimum, le notaire aurait dû informer les parties, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article 1382 du code civil, dans sa version antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016.