

### **MODALITÉS DE LA RÉGLEMENTATION DES CLAUSES D'INDEXATION DE PRIX EN FRANCE, ALLEMAGNE, BELGIQUE ET LUXEMBOURG**



**MODALITÉS DE LA RÉGLEMENTATION  
DES CLAUSES D'INDEXATION  
DE PRIX EN FRANCE, ALLEMAGNE,  
BELGIQUE ET LUXEMBOURG**

Les « Perspectives de Politique Économique » reprennent des rapports, études, recherches ou actes de colloques réalisés ou édités par les collaborateurs du Ministère de l'Économie et du Commerce extérieur ou par des experts d'institutions associées.

Les opinions exprimées dans ces publications sont celles des auteurs et ne correspondent pas nécessairement à celles du Ministère de l'Économie et du Commerce extérieur du Gouvernement.

Pour toute requête ou suggestion, contactez l'Observatoire de la Compétitivité du Ministère de l'Économie et du Commerce extérieur du Grand-Duché de Luxembourg.

**Ministère de l'Économie et du Commerce extérieur  
Observatoire de la Compétitivité**

19-21, Boulevard Royal  
L-2449 Luxembourg

Tél. (+352) 247 84155  
Fax (+352) 26 86 45 18  
info@odc.public.lu  
www.competitivite.lu

Mai 2012  
ISBN 978-2-919770-07-6

Cette publication est téléchargeable sur le site  
[www.competitivite.lu](http://www.competitivite.lu)

## Préface

Au cours des dernières années, le Luxembourg a connu un taux d'inflation relativement élevé et généralement supérieur à la moyenne de l'Union européenne (UE) et de nos pays voisins.

L'inflation est la résultante de plusieurs blocs de variables qui interagissent: l'évolution de la masse monétaire, la demande, les coûts, les structures de production ou encore les prix à l'importation. Mais le mécanisme particulier de l'indexation automatique des prix laisse planer un doute sur l'impact additionnel provenant de potentiels effets d'auto-allumage, c'est-à-dire l'entretien de l'inflation par la répercussion automatique des hausses des prix. Dès lors que celles-ci donnent lieu à une adaptation automatique des prix, elles généreront à nouveau de l'inflation supplémentaire, ce qui entretient une boucle. Lors d'un choc externe sur les prix à la consommation, par exemple à travers une hausse des prix pétroliers, un tel mécanisme d'indexation automatique pourrait engendrer plus d'inflation qu'un mécanisme de formation des prix basé uniquement sur un système davantage basé sur la négociation. Cette situation a amené un certain nombre d'observations sur des dispositions institutionnelles, de nature légale et réglementaire, qui permettraient d'atténuer les effets d'accélération d'une telle boucle.

À cet effet, une étude juridique a été commanditée auprès du cabinet d'avocats « ChristmannSchmitt ». Le domaine d'analyse qui a été retenu se limite aux seuls mécanismes conventionnels et automatiques d'adaptation du prix des prestations contractuelles, tandis que les mécanismes légaux d'indexation comme par exemple l'indexation automatique des salaires, ainsi que les clauses de révision non automatique, ont été exclus du champ de l'étude. Celle-ci comprend notamment une analyse, dans une approche de droit comparé, des modalités de la réglementation des clauses d'indexation de prix au Luxembourg et dans nos pays voisins. Elle tend également à déterminer quelle serait l'opportunité d'endiguer voire de limiter la liberté de stipuler des clauses d'indexation automatique de prix dans les relations contractuelles et élabore des recommandations en vue d'une potentielle réforme de la législation luxembourgeoise. Ce travail d'envergure vise à nourrir les réflexions engagées sur les clauses d'indexation automatiques à travers l'approche comparative qui a été retenue. Les auteurs proposent également une réforme du cadre juridique pour limiter les effets des clauses d'indexation automatiques de prix dans une optique de « dirigisme économique ».

Cette analyse est menée dans le cadre de l'Observatoire de la formation des prix, qui a été créé en septembre 2010 suite à des discussions entre le gouvernement et les partenaires sociaux sur l'évolution de la situation économique et sociale, et ceci en vue d'accroître la transparence de l'évolution des prix à la consommation et de ses principales composantes. Cet observatoire a été intégré au ministère de l'Économie et du Commerce extérieur, qui est en charge de la coordination du « Plan d'action contre une inflation excessive », et ces travaux sont suivis par la commission « formation des prix » du Conseil de la consommation. Cette dernière est composée des représentants de consommateurs, des représentants des organisations patronales et des représentants du gouvernement.

J'espère que cette étude permettra d'alimenter un débat constructif et fructueux dans le cadre du dialogue social.

**Etienne Schneider**

Ministre de l'Économie et du Commerce extérieur



**Modalités de la réglementation des clauses d'indexation de prix en France, Allemagne, Belgique et Luxembourg**

**SOMMAIRE**

Présentation du groupe d'étude  
Présentation du rapport  
Synthèse du rapport

**Introduction – considérations préliminaires**

**Domaine de l'étude**

**A. Mécanismes conventionnels**

**B. Mécanismes d'adaptation automatique**

- a) Exclusion des clauses de révision non automatique
- b) Distinction au sein des clauses d'adaptation automatique

**Méthodes de l'étude - présentation générale et historique des réglementations nationales de l'indexation**

- a) Le droit français
- b) Le droit allemand
- c) Le droit belge
- d) Le droit luxembourgeois

**Chapitre I : Les objectifs de la réglementation des clauses d'indexation**

**Section 1 : Les enseignements du droit comparé**

**A. Les objectifs de la réglementation française**

**B. Les objectifs de la réglementation allemande**

**C. Les objectifs de la réglementation belge**

**D. La question au regard du droit européen**

**Section 2 : Les objectifs à retenir dans la réglementation luxembourgeoise**

**Chapitre II : Le domaine de la réglementation**

**Section 1 : Les enseignements du droit comparé**

**A. Le domaine de principe de la réglementation**

- a) Le droit français
- b) Le droit allemand
- c) Le droit belge

**B. Les réglementations dérogatoires**

## a) Le droit français

1. Contrats exclus de l'application de l'article L 112-2 du Code monétaire et financier
2. Contrats soumis à une réglementation spéciale

## b) Le droit allemand

1. Catégories de contrats pouvant stipuler des clauses d'indexation
2. Contrats soumis à une réglementation spéciale

## c) Le droit belge

1. Absence de réglementation excluant les clauses d'indexation
2. Contrats soumis à une réglementation spéciale

**Section 2 : Le domaine à retenir en droit luxembourgeois****A. Les exclusions pures et simples****B. Les régimes spéciaux**

- a) Indexation dans le gaz naturel
- b) Indexation dans le contrat de bail d'habitation
- c) Indexation dans le contrat de bail mixte
- d) Indexation dans le cadre des marchés publics
- e) Indexation dans les contrats de vente d'immeubles à construire

**Chapitre III : Contenu de la réglementation des indexations****Section 1 : Les enseignements du droit comparé****A. Le droit français**

- a) Structure de la réglementation française
- b) Critères de licéité des indices

**B. Le droit allemand**

- a) Structure de la réglementation allemande
- b) Critères de licéité des indices

**C. Le droit belge**

- a) Structure de la réglementation belge
- b) Critères de licéité des indices

**Section 2 : Les critères à retenir en droit luxembourgeois****A. Critères extérieurs au contrat****B. Indices ou évolutions portant sur des facteurs internes au contrat****C. Indices réputés licites**

**Chapitre IV : Sanctions du non-respect de la réglementation**

**Section 1 : Les enseignements du droit comparé**

**A. Le droit français**

- a) La nullité
- b) Substitution d'un indice licite à un indice illicite

**B. Le droit allemand**

**C. Le droit belge**

- a) La nullité
- b) Une sanction spécifique : la réduction

**Section 2 : Les sanctions à retenir en droit luxembourgeois**

**A. Pour les contrats entre professionnels ou entre deux non-professionnels**

**B. Pour les contrats entre professionnels et consommateurs**

**Conclusion : synthèse des recommandations**

**Tableau synoptique des recommandations**

## **Modalités de la réglementation des clauses d'indexation de prix en France, Allemagne, Belgique et Luxembourg**

### **Présentation du groupe d'étude**

L'équipe est composée de quatre personnes.

#### **En droit luxembourgeois, Maître Bertrand Christmann**

Bertrand Christmann est avocat à la Cour et membre du barreau de Luxembourg.

Il concentre notamment son activité en droit des contrats et en droit de la responsabilité, matières qu'il enseigne depuis 1997 au sein des Facultés de droit de Strasbourg et de Luxembourg.

Il enseigne les techniques contractuelles depuis 2007 en Master ingénierie juridique et financière à l'Université de Strasbourg.

Il a été chercheur à la Faculté de droit de Strasbourg de 1997 à 2001, période durant laquelle il a enseigné le droit commercial et des sociétés. Il a également été chercheur – chef de projet du Centre de recherche public Gabriel Lippmann (Luxembourg) de 1999 à 2000.

#### **En droit français, Monsieur le Professeur Pascal Ancel**

Pascal Ancel est Professeur agrégé à l'Université du Luxembourg.

Il est Professeur des Universités en France depuis 1983 et a enseigné successivement à Dijon, à Lyon (Université Jean Moulin Lyon 3) et à Saint-Etienne (Université Jean Monnet). Il a été Doyen de la Faculté de droit de cette dernière université de 1992 à 1999, puis directeur du Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID, CNRS) de 2000 à 2010.

Pascal Ancel est un spécialiste du droit des contrats et du droit des sûretés. Il enseigne cette dernière matière en France depuis une vingtaine d'années et c'est dans ce domaine qu'il a produit ses écrits les plus importants.

Il a été membre, en 2003 et 2004, du groupe Catala sur la réforme du droit des obligations en France.

Depuis quelques années, il s'intéresse spécialement au contrat dans une optique comparatiste.

#### **En droit allemand, Maître Fabienne Kutscher-Puis**

Fabienne Kutscher-Puis est avocate aux barreaux de Düsseldorf et de Paris, spécialiste en droit de la consommation et en droit des contrats commerciaux.

Fabienne Kutscher-Puis a été chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Münster de 1995 à 2006 et à l'Université de Strasbourg de 2002 à 2008.

#### **En droit belge, Maître Xavier Dieux**

Xavier Dieux est avocat au sein du cabinet Willkie Farr & Gallagher LLP à Bruxelles.

Il est docteur en droit. Après avoir enseigné la théorie du droit et le droit des obligations, il enseigne désormais le droit commercial et le droit financier.

Professeur à l'Université libre de Bruxelles, il est, depuis 2009, membre de l'Académie royale de Belgique.

### **Présentation du rapport**

Maître Bertrand Christmann (Avocats associés ChristmannSchmitt) a été missionné par le Ministère de l'économie et du commerce extérieur pour étudier une possible réglementation des clauses d'indexation en droit luxembourgeois.

À cette fin, Maître Bertrand Christmann a réuni une équipe de professeurs et d'avocats spécialisés en droit des contrats, chacun dans leur droit national (français, allemand et belge), en vue d'enrichir les réflexions par une approche de droit comparé.

Après plusieurs échanges destinés à coordonner l'approche et la finalité commune des travaux, chaque membre du groupe a rédigé un premier mémorandum pour son droit national. L'ensemble des contributions a été envoyé à tous les membres participant au projet, aux fins d'analyse et d'éventuels commentaires.

Une première réunion du groupe s'est tenue à Luxembourg, le lundi 14 novembre 2011. À l'issue de cette réunion, une grille d'évaluation synthétique a été réalisée, comprenant les différents points à aborder dans l'étude en cours.

La grille complétée, une seconde réunion a été organisée, le vendredi 13 janvier 2012, au cabinet d'avocats Lang & Rahmann, à Düsseldorf, Allemagne.

Cette réunion a abouti à une homogénéisation ainsi qu'à une répartition des tâches à effectuer en vue d'un dépôt du rapport pour commentaires auprès du Ministère de l'économie et du commerce extérieur fin janvier 2012.

Le rapport débute par une synthèse opérationnelle, se poursuit par les développements détaillés et s'achève par un tableau synoptique des recommandations.

### **Synthèse du rapport**

La présente étude a pour objectif d'analyser, dans une approche de droit comparé, les réglementations française, allemande, belge et luxembourgeoise des clauses d'indexation de prix.

Le domaine retenu se limite, dès lors, aux seuls mécanismes conventionnels et automatiques d'adaptation du prix des prestations contractuelles. Les mécanismes légaux d'indexation et les clauses de révision non automatique sont, quant à eux, exclus du champ de l'étude.

Ce travail vise à nourrir les réflexions engagées dans le cadre de l'Observatoire de la formation des prix, récemment créé par le gouvernement, contre une inflation excessive.

Il vise, notamment, à déterminer quelle serait l'opportunité d'interdire ou de limiter la liberté de stipuler des clauses d'indexation automatique entre professionnels et consommateurs.

Une large place est faite, dans ce contexte, à une présentation historique des réglementations nationales et de leurs justifications originelles.

Il apparaît ainsi que l'objectif principal recherché par les législations nationales étudiées est d'ordre économique, visant à éviter que l'augmentation des prix dans un secteur de l'économie ne se répercute dans d'autres secteurs, ce qui nourrirait une « *spirale inflationniste* ».

À côté de ce but économique, la réflexion engagée au Luxembourg vise aussi à protéger les consommateurs contre l'effet de clauses qui aboutiraient à une augmentation trop importante du prix de la prestation.

Le groupe d'étude retient cette préoccupation contemporaine de protection du consommateur, mais est d'avis que la réglementation des clauses d'indexation ne devrait pas être limitée aux seuls contrats de consommation.

Une telle limitation conduirait, en effet, à permettre le libre jeu des clauses d'indexation dans la chaîne de contrats conclus entre les professionnels à l'exception de celui, en « *bout de chaîne* », qui contracterait avec le consommateur final.

Le groupe d'étude recommande de réfléchir à une réglementation générale des clauses d'indexation, en prenant en compte le fait qu'aucun des systèmes juridiques étudiés n'interdit purement et simplement l'indexation conventionnelle.

La comparaison des droits nationaux fait ressortir deux grandes approches possibles : soit la consécration d'un principe d'interdiction général des clauses d'indexation, suivi d'exceptions limitées, soit, à l'inverse, le maintien du principe de liberté de stipuler de telles clauses, avec une série de limitations.

C'est cette seconde approche qui a la préférence du groupe d'étude. Elle repose sur les enseignements que l'on peut tirer de l'évolution historique des régimes d'interdiction de principe en vigueur en France et en Allemagne mais qui, dans les faits, ont été progressivement vidés de leur substance.

Le maintien de la liberté de stipuler les clauses d'indexation paraît également davantage en phase avec la tradition libérale du Luxembourg dans ces matières.

Concernant les régimes dérogatoires, une distinction pourrait être faite, en droit luxembourgeois, entre les exclusions simples et les régimes spéciaux résultant d'autres textes déjà en vigueur (notamment, baux d'habitation, marchés publics et ventes d'immeubles à construire).

La question principale serait alors de déterminer les critères de licéité exigés des indices choisis.

La comparaison des systèmes en vigueur dans les pays voisins a révélé la pertinence, mais aussi les limites, des critères en application. Le groupe n'a, dès lors, retenu aucun de ces systèmes. Il propose néanmoins de s'en inspirer sur certains aspects.

Le groupe d'étude a privilégié, pour plus de simplicité et de lisibilité, une approche pragmatique, adaptée à une logique de protection du consommateur.

L'objectif est aussi d'anticiper et d'encadrer au maximum les contestations des clauses d'indexation qui seront développées devant les juridictions en cas de contentieux.

Les mécanismes d'autorisations ou de contrôles administratifs des clauses d'indexation, ainsi que les critères de licéité trop complexes ou multiples, ont été écartés.

Le groupe est également défavorable à une généralisation d'un système qui ferait varier le prix d'une prestation en fonction d'un ou de plusieurs éléments qui entrent effectivement dans le calcul de ce prix, notamment les coûts en amont (en application du droit des marchés publics au Luxembourg).

Le groupe préconise de favoriser les indices officiels déjà appliqués au Luxembourg et qui sont listés par le STATEC.

Dans le but d'inciter les professionnels à y recourir, ces indices bénéficieraient d'une présomption de licéité qui pourrait être irréfragable.

Au-delà, seraient licites, les indices en relation directe avec l'objet du contrat, entendu non seulement comme les prestations stipulées, mais aussi comme l'objectif poursuivi par les parties.

La dernière partie de l'étude est logiquement consacrée aux sanctions en cas de non-respect de la réglementation. Cette question est déterminante, en ce qu'elle commande très directement l'efficacité de cette dernière.

Le groupe est d'avis que cette question devra, le cas échéant, être réglée explicitement par la loi. Sur le fond, le groupe suggère une sanction différenciée pour les contrats conclus entre professionnels et ceux conclus avec un consommateur.

Dans le premier cas, la sanction serait la nullité absolue de droit commun. Dans le second cas, il paraît approprié de prévoir un système plus rigide, par l'assimilation des clauses d'indexation illicites aux clauses abusives.

## **Introduction – considérations préliminaires**

### **Domaine de l'étude**

Il existe une grande variété de mécanismes juridiques permettant de faire varier le montant d'une prestation monétaire en fonction de l'évolution des circonstances économiques. Dans la présente étude, nous nous sommes limités à l'étude des mécanismes d'indexation conventionnelle, c'est-à-dire des clauses d'indexation, en adoptant toutefois une conception large de cette notion. Plus précisément, notre étude portera sur les mécanismes **conventionnels** et **automatiques** d'adaptation du prix des prestations contractuelles.

#### **A. Mécanismes conventionnels**

Notre étude porte sur des **clauses**, des mécanismes **conventionnels** de variation de prix. Nous nous plaçons dans des hypothèses où, la loi n'ayant rien prévu, ce sont les contractants eux-mêmes qui prévoient la modification du prix contractuellement fixé en fonction des circonstances extérieures. Nous excluons donc de notre étude les mécanismes légaux d'indexation des salaires ou des rentes, qui sont actuellement en discussion au Luxembourg, sinon dans leur principe, du moins dans leurs modalités.

En revanche, nous ne limiterons pas *a priori* nos investigations aux seuls contrats de consommation, principalement visés dans la demande d'étude qui nous a été faite. En effet, comme nous le développerons ci-après, nous avons constaté que, dans aucun des droits nationaux dont nous avons fait l'étude, la législation sur les clauses d'indexation n'est limitée à ces seuls contrats, et nous plaiderons en faveur d'une réglementation à domaine plus large.

#### **B. Mécanismes d'adaptation automatique<sup>1</sup>**

##### **a) Exclusion des clauses de révision non automatique**

Notre étude porte, ensuite, sur les clauses **d'indexation**, qui ne sont qu'une variété particulière des clauses de révision ou d'adaptation. L'indexation est un **mécanisme d'adaptation automatique**, qui se distingue fondamentalement des clauses par lesquelles les contractants prévoient simplement une possible adaptation de leur contrat en cas d'évolution des circonstances, soit en s'obligeant, dans un tel cas, à renégocier les conditions de leur contrat, soit en s'en remettant à la décision d'un tiers (juge, arbitre, mandataire commun). Il ne nous est pas paru opportun d'étudier ici ce type de clauses, dont la validité est admise par la plupart des ordres juridiques nationaux, et qui ne font courir de risques particuliers ni à l'économie, ni aux contractants. Tout au contraire, ces clauses, en permettant l'adaptation des contrats déséquilibrés par la suite de l'évolution des circonstances, sont de nature à favoriser l'exécution du contrat par le contractant victime du déséquilibre. C'est, du reste, pour cette raison que la majorité des droits nationaux (en dehors toutefois du cercle franco-belgo-luxembourgeois) tend aujourd'hui à admettre, même en l'absence de clause, la révision judiciaire du contrat pour imprévision.

Les clauses de révision non automatique ne deviennent dangereuses que lorsque l'un des contractants se voit conférer le pouvoir unilatéral de modifier le contrat ; mais le droit luxembourgeois contient déjà des moyens de lutter contre ce type de clauses, soit en droit commun avec la notion de condition potestative, soit en droit de la consommation dans le cadre de la réglementation des clauses abusives<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sur la distinction des différents mécanismes, Voir. G. ROUHETTE, La révision conventionnelle du contrat, *RIDC*, 1986, p. 369-408.

<sup>2</sup> Article L 211-3 10 du Code de la consommation, qui déclare abusives les clauses « *prévoyant la détermination du prix au moment de la fourniture ou des fournitures successives ou permettant au stipulant de l'augmenter, même en considération de critères objectifs, si le consommateur n'a pas corrélativement le droit de résilier le contrat lorsque le prix définitif devient excessif pour le consommateur par rapport à celui auquel il pouvait s'attendre lors de la conclusion du contrat* ».

Nous n'envisagerons donc ici que les clauses de révision automatique du prix des prestations contractuelles, qui présentent des dangers à la fois du point de vue économique (en ce qu'elles peuvent avoir un effet inflationniste) et parce qu'elles peuvent exposer l'un des contractants à des augmentations inconsidérées de prix. Ce sont ces clauses qui, dans de nombreux droits nationaux, font l'objet d'une réglementation spécifique. Précisément, il s'agit ici de se demander s'il convient de la transposer au Luxembourg.

## **b) Distinction au sein des clauses d'adaptation automatique**

Il existe deux formes de clauses de révision automatique.

Les clauses d'indexation *stricto sensu* font varier automatiquement la prestation de l'un des contractants en fonction d'un indice extérieur, général (ex. niveau général des prix et/ou des salaires) ou spécial (ex. cours de l'or, d'une monnaie étrangère, prix d'une marchandise déterminée).

Mais il existe aussi des clauses qui font varier le prix d'une prestation en fonction de celui d'un ou plusieurs éléments qui entrent effectivement dans le calcul de ce prix (ex. clause de variation du prix d'une marchandise fabriquée à partir du pétrole en fonction de l'augmentation de coût de fabrication de la marchandise induite par l'évolution du prix du pétrole). Ces clauses, qui portent sur les coûts et non directement sur les prix, ne sont pas à proprement parler des clauses d'indexation, même lorsque la modification prévue opère de façon automatique. Il ne nous est, cependant, pas apparu possible de les exclure du champ de notre étude dans la mesure où, on le verra, l'une des voies qui peut s'ouvrir au législateur serait précisément de n'autoriser que ce type de clause de variation des coûts en interdisant les clauses d'indexation *stricto sensu* : c'est la voie suivie par le droit belge, et c'est l'une des voies que nous suggère l'acte de mission en envisageant une « *potentielle indexation automatique (révision de prix) se limitant exclusivement à l'effet des variations constatées dans ceux des facteurs des prix de revient qui ont changé, sur base d'une formule de révision (inspirée de l'Art. 104 de la loi sur les marchés publics)* ».

## **Méthodes de l'étude**

Ce travail est essentiellement une étude de droit comparé. Nous avons étudié les clauses d'indexation et/ou de révision automatique dans les trois pays voisins du Luxembourg : la France, l'Allemagne et la Belgique.

Après une présentation générale de la réglementation et de son histoire, nous avons réfléchi, dans ces trois droits, à ses objectifs, à son domaine, à sa structure, aux critères de licéité des différentes clauses, et, enfin, aux sanctions du non-respect de la réglementation. Sur chacun de ces points, après avoir mis en balance les avantages et les inconvénients des solutions retenues, nous avons fait un certain nombre de préconisations à l'intention du gouvernement luxembourgeois. Elles sont présentées *in fine* de manière synthétique.

La réglementation de l'indexation est étroitement liée à des considérations de politique économique. Sans les méconnaître, nous n'avons pu faire ici qu'œuvre de juristes. Nous ne pouvons pas nous prononcer de manière précise sur les effets économiques de telle ou telle solution. C'est pourquoi nous pensons que ce travail devrait être complété par une étude d'économistes sur le sujet.

## **Présentation générale et historique des réglementations nationales de l'indexation**

### **a) Le droit français**

Jusqu'à la fin des années 1950, en France, il n'existait pas de réglementation des clauses d'indexation. Celles-ci, après une période d'incertitude, avaient été finalement considérées comme licites par la Cour de cassation, en application du principe de la liberté contractuelle. La jurisprudence

posait, cependant, des limites s'agissant des clauses d'indexation sur une monnaie étrangère, qui n'étaient considérées comme licites que dans les contrats emportant des paiements internationaux.

À la fin des années 1950, au moment de l'instauration de la V<sup>e</sup> République, dans un contexte de lutte contre l'inflation, le gouvernement décida de poser un principe général d'interdiction des clauses d'indexation, sous réserve de certaines exceptions : sont interdites, en principe, les indexations sur un indice général, et ne sont permises que les indexations sur un indice spécial en relation directe avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties. Cette réglementation, introduite par une ordonnance du 30 décembre 1958, et modifiée par une ordonnance du 4 février 1959, n'a jamais été remise en cause dans son principe, même lorsque, par l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, on introduisit en France le principe de la liberté des prix et de la concurrence. Cependant, les ordonnances de 1958-1959 ont été modifiées à plusieurs reprises, et les diverses modifications introduites vont toutes dans le même sens : celui d'une restriction du domaine de la réglementation. Si l'on considère, par ailleurs, que la jurisprudence a toujours interprété de manière restrictive l'interdiction posée en 1958 et, de manière large, les exceptions qui lui sont apportées, on peut affirmer que la réglementation française est très largement en trompe-l'œil, et que l'indexation conventionnelle est, aujourd'hui, largement permise en France. C'est pourquoi certains auteurs se sont demandé s'il ne fallait pas abandonner cette réglementation, jugée trop complexe, donc source d'insécurité juridique, alors qu'elle semble aujourd'hui largement ineffective<sup>3</sup>.

Lors de la création, en 2001, du Code monétaire et financier, les textes relatifs à l'indexation ont été introduits aux articles L 112-1 et suivants de ce code. Il existe cependant, en dehors du code précité, différents textes spéciaux relatifs à l'indexation dans certains contrats.

Pendant les premières années de son application, la réglementation des clauses d'indexation a suscité un abondant contentieux. De très nombreux arrêts de la Cour de cassation sont venus préciser le sens des textes. Cette activité jurisprudentielle semble s'être calmée : depuis 10 ans, on ne compte guère que 10 arrêts de la Cour de cassation (généralement non publiés) qui se sont prononcés sur la question. Il est cependant difficile de dire si cette faible activité des tribunaux est le signe d'une ineffectivité de la réglementation (dont les parties ne songeraient plus à faire sanctionner la violation) ou si, plutôt, elle est le signe que la réglementation est désormais bien assise en droit français, qu'elle est généralement respectée, et ne suscite plus de difficulté d'interprétation.

## b) Le droit allemand

En Allemagne, dès 1948, sous l'influence des forces alliées, le législateur a réglementé les clauses d'indexation en posant le principe de leur interdiction sous réserve d'autorisation dans certaines conditions par la *Bundesbank* ou les *Landeszentralbanken*<sup>4</sup>. Ce régime d'interdiction de principe avec autorisation administrative avait pour objectif déclaré de lutter contre l'inflation et de se prémunir contre une dévaluation du Deutsche Mark.

Lors de l'introduction de l'euro le 1<sup>er</sup> janvier 1999, la disposition régissant les clauses d'indexation contenue dans la loi monétaire a été abrogée<sup>5</sup>. Alors que la *Bundesregierung* prévoyait initialement la suppression de l'interdiction générale des clauses d'indexation<sup>6</sup>, le régime d'interdiction avec autorisation administrative a toutefois été maintenu à la suite des débats parlementaires par crainte de favoriser l'inflation<sup>7</sup>. Ce régime fut finalement supprimé en 2007 dans le cadre d'une réforme

---

<sup>3</sup> F. DION et C. THIÉRACHE, Faut-il abroger les ordonnances de 1958 et 1959 sur l'indexation ?, D 1995, p. 55.

<sup>4</sup> *Währungsgesetz* du 20 juin 1948, § 3, WiGBL. Beil. Nr. 5, 1.

<sup>5</sup> *Euro-Einführungsgesetz* du 9 juin 1998, article 9.

<sup>6</sup> *Bundestag-Drucksache* 13/9347, 55.

<sup>7</sup> *Preisangaben- und Preisklauselgesetz* du 3 décembre 1984, BGBl. I 1984, 1429, appliquée dans les conditions fixées par la *Preisklauselverordnung* du 23 septembre 1998, BGBl. I 1998, 3043 ; la validation de clauses d'indexation était confiée au *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle*.

législative de grande ampleur visant à alléger les formalités administratives auxquelles sont soumises les entreprises allemandes<sup>8</sup>. Une nouvelle loi, la *Preisklauselgesetz* du 7 septembre 2007, pose le principe de l'interdiction des clauses d'indexation basées sur des indices étrangers aux produits ou prestations faisant l'objet du contrat, puis assortit ce principe de nombreuses exceptions. La vérification de la validité de la clause d'indexation est désormais confiée aux parties sous le contrôle des tribunaux ; une autorité administrative n'a plus à connaître des stipulations des contrats. Le régime peut être considéré comme stable, la jurisprudence relative à ces clauses se faisant rare. Elle était, d'ailleurs, quasiment inexistante sous l'empire de la législation antérieure du fait de la compétence dévolue à l'administration. Mais il faut relever que les rédacteurs d'actes, notamment les notaires, continuent de s'appuyer sur la pratique administrative ayant prévalu jusqu'en 2007 et ayant fait l'objet de directives publiées.

### c) Le droit belge

Avec le développement de la statistique et la création d'indices économiques divers, il est devenu courant d'inclure dans les contrats des clauses d'indexation qui prévoient la révision automatique du prix du contrat en fonction de la variation d'un ou de plusieurs indices.

Ainsi, en période d'instabilité monétaire notamment, les dispensateurs de crédit (prêteurs, vendeurs à crédit, etc.) et les participants à des opérations à moyen ou à long terme cherchent à se protéger contre l'érosion monétaire.

Historiquement, en Belgique, dès l'époque où les juridictions, divisées, discutaient âprement de la validité des clauses monétaires, des décisions – rares car la solution semblait d'ores et déjà incontestée – se prononçaient en faveur de l'efficacité pleine et entière des clauses d'indexation<sup>9</sup>. Cette règle devint certaine lorsque la Cour de cassation précisa le caractère et la portée de l'article 1895 du Code civil et des lois monétaires.

La légalité des clauses d'indexation trouve donc sa source dans les décisions de la Cour de cassation autorisant l'aménagement du principe du nominalisme monétaire, contenu au sein de l'article 1895 du Code civil.

Ce principe donne priorité à des considérations d'intérêt général (la stabilité de la monnaie et de l'étalon monétaire) par rapport à des considérations d'équité économique (la protection des particuliers contre les variations monétaires susceptibles d'affecter leurs relations, notamment contractuelles, surtout lorsque celles-ci sont à long terme).

Néanmoins, il est apparu que la dépréciation de la monnaie ou sa dévaluation nuisent au créancier en réduisant le pouvoir d'achat de la somme qu'il va recevoir. Les parties devaient, dès lors, s'efforcer de pallier ces inconvénients par des clauses contractuelles appropriées.

La Cour de cassation a donc tranché en faveur de l'admission de cette solution, en 1929 et 1932, en admettant la légalité des clauses valeur-or et des clauses valeur monnaie étrangère<sup>10</sup>. Un arrêt de la Cour de cassation de 1945 confirme cette jurisprudence libérale au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

En réglementant certaines des clauses aménageant le principe du nominalisme monétaire, soit de manière permanente, soit de manière occasionnelle et limitée, dans le cadre de la politique économique, le législateur en a nécessairement reconnu la validité de principe.

---

<sup>8</sup> *Zweites Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft* du 7 septembre 2007, BGBl. I 2007, 2246.

<sup>9</sup> Gand, 12 avril 1922, *J.T.*, 1923, p. 408 (implicite) ; Comm. Tournai, 26 juillet 1928, *Pas.*, 1929, III, p. 15.

<sup>10</sup> Cass., 30 mai 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 206 ; Cass., 12 mai 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 167 ; Cass., 1<sup>er</sup> mars 1945, *Pas.*, 1945, I, p. 128.

La licéité de ces clauses résulte donc d'une construction jurisprudentielle. Ainsi, aucune législation de portée générale concernant des clauses d'indexation n'existe, pour l'heure, en droit belge.

Parmi les interventions législatives y relatives, l'on retrouve la loi du 30 mars 1976 relative au redressement économique, la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, la loi du 29 décembre 1983 introduisant l'article 1728bis du Code civil en matière de bail et la loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire. Ces différentes réglementations feront l'objet de développements *infra*.

#### **d) Le droit luxembourgeois**

En droit luxembourgeois, il n'existe pas de réglementation générale concernant les clauses d'indexation.

Ainsi, contrairement au droit français et au droit allemand, aucun principe d'interdiction généralisée des clauses d'indexation n'a été consacré.

À ce jour, les mécanismes conventionnels qui nous intéressent sont donc parfaitement licites et ne reposent que sur la liberté des parties aux contrats.

Il existe cependant différents textes spéciaux relatifs à l'indexation stipulée dans certains contrats, notamment ceux qui portent sur le gaz naturel, le bail d'habitation, le bail mixte, les marchés publics et la vente d'immeubles à construire.

Ces réglementations spéciales seront étudiées dans la deuxième section du second chapitre de cette étude.

Le droit luxembourgeois connaît, en revanche, une réglementation fournie sur les mécanismes d'indexation légale. Cette dernière n'entre pas dans le champ de cette étude et ne sera donc pas développée.

Nous tenons cependant à la disposition du Ministère une synthèse de l'historique de cette réglementation, reproduite succinctement en bas de page<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> L'échelle mobile est introduite au Luxembourg pour la première fois en 1921. C'est dans le cadre du statut du personnel des chemins de fer (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 1921) et de la loi sur le traitement des fonctionnaires de l'État (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1921) qu'intervient l'adaptation des rémunérations au coût de la vie. En 1924, une nouvelle loi modifie celle de 1921. Cette loi est à nouveau modifiée en 1925. Ce qui est notable ici est l'introduction d'un seuil en fonction de la valeur-or (communément dénommée « la clause du franc-or »). En 1926, l'adaptation au coût de la vie est prise en considération concernant les indemnités pour charge d'enfants.

Pendant la Seconde Guerre Mondiale (1940-1944), les salaires et traitements, après un alignement sur le régime allemand, sont bloqués par l'occupant. Après la Libération, l'adaptation est réintroduite. Cependant, le caractère automatique n'est pas explicite dans l'arrêté grand-ducal du 20 juin 1945. Il faut attendre un arrêté du 14 janvier 1946 pour voir officiellement intervenir ce caractère automatique.

Contrairement au schéma de l'ancien indice élaboré par l'Office de Statistique, les éléments composant le nouvel indice sont fixés via un règlement d'administration publique. Trois lois subséquentes l'ont modifié et ont relevé les traitements.

Les salariés du secteur parapublic jouissent des mêmes régimes. L'échelle mobile a également rapidement été appliquée dans le secteur privé. Une telle clause a été retrouvée dans un contrat collectif signé entre les patrons imprimeurs et les ouvriers du livre dès 1933. Depuis, la clause d'échelle mobile a connu une expansion considérable au sein des contrats collectifs.

## **Chapitre I : Les objectifs de la réglementation des clauses d'indexation**

Une réglementation des clauses d'indexation peut être conçue dans deux objectifs différents, même s'ils peuvent apparaître comme complémentaires. On peut d'abord penser une telle réglementation dans un but de dirigisme économique : il s'agit d'éviter que l'augmentation des prix dans un secteur donné de l'économie ne se répercute dans d'autres secteurs par l'effet des stipulations contractuelles, faisant varier le prix d'une prestation en fonction des hausses du prix d'autres prestations, faisant en quelque sorte effet « boule de neige ».

Au-delà, la réglementation peut également être inspirée par le souci de préserver la valeur de la monnaie nationale. Mais on peut aussi voir, dans la réglementation de l'indexation conventionnelle, une technique de protection du contractant qui pourrait, par le jeu de la clause, devoir subir une augmentation trop importante du prix de la prestation. En théorie, l'objectif de protection peut viser tous les contractants tenus à une prestation monétaire, mais, dans les législations contemporaines, on mettra plus particulièrement en avant la protection des consommateurs. Selon l'objectif plébiscité, la réglementation ne sera pas nécessairement conçue de la même manière.

L'objectif poursuivi prioritairement peut d'abord influencer le domaine de cette réglementation : alors que l'objectif de dirigisme économique semble postuler un domaine d'application tout à fait général (incluant aussi bien les contrats entre entreprises que ceux passés avec le consommateur final), une réglementation ayant pour objectif prioritaire de protéger les consommateurs pourrait s'accommoder d'une restriction de son champ d'application aux seuls contrats de consommation (même si, comme nous le montrerons plus loin, ce ne serait pas forcément une bonne idée).

Du point de vue de son contenu, une réglementation visant d'abord à éviter la spirale inflationniste contiendra nécessairement une interdiction des références à des indices généraux (sur le niveau général des prix et des salaires, par exemple) ou à des indices tirés d'autres secteurs que ceux dans lequel le contrat est conclu (ex. il convient absolument d'interdire, dans cette optique, l'indexation d'un contrat de vente de blé sur le coût de la construction, puisqu'un tel indice aboutirait à répercuter l'augmentation du coût de la construction sur le prix du pain). En revanche, cet objectif économique n'aboutit pas nécessairement à interdire les indexations internes à un secteur, alors que ces indexations sont tout aussi nuisibles si l'on ne considère que l'intérêt du consommateur final. Enfin, l'objectif poursuivi peut commander le régime de la sanction des clauses d'indexation illicites, notamment sur le point de savoir quel contractant peut soulever la nullité, si le juge peut la soulever d'office, ou si cette nullité peut être couverte.

### **Section 1 : Les enseignements du droit comparé**

D'une manière générale, notre étude montre que c'est principalement l'objectif économique, et non l'objectif de protection des consommateurs, qui a inspiré les législations nationales en la matière. C'est également cet objectif économique qui semble inspirer les autorités communautaires. Cependant, l'objectif de protection des consommateurs peut être présent à l'arrière-plan et inspirer certaines solutions particulières. La question doit être également posée au regard du droit européen dans la mesure où elle peut avoir une incidence sur la compétence des législateurs nationaux à maintenir ou à introduire dans leur droit des dispositions relatives à l'indexation.

#### **A. Les objectifs de la réglementation française**

La législation française générale sur les clauses d'indexation, celle qui résulte de l'ordonnance du 30 décembre 1958, modifiée par celle du 4 février 1959, avait incontestablement pour but, à l'origine, d'éviter la spirale inflationniste, et même, plus précisément, de préserver la valeur de la monnaie. Cette réglementation a, en effet, été conçue au moment de l'instauration de la V<sup>e</sup> République, à une époque où le franc français était fortement menacé. Elle est à peu près contemporaine du passage en France de l'Ancien franc au Nouveau franc, réalisé par une division nominale par 100 de l'unité monétaire. À l'époque, du reste, l'idée de protection des consommateurs était totalement absente des considérations de politique juridique en France.

La finalité de direction de l'économie a été ultérieurement reconnue par la Cour de cassation, dans un arrêt de 1988 où elle commande le caractère absolu de la nullité d'une clause illicite<sup>12</sup>. Il faut sans doute considérer que cette finalité a évolué au fil du temps : il ne saurait plus être question, aujourd'hui, de protéger la valeur de la monnaie, en raison de la mise en place d'une monnaie européenne qui a fait sortir cette question de la compétence des États. Et l'on peut, à cet égard, s'étonner de la place qu'occupe cette réglementation dans la législation française : les ordonnances de 1958-1959 ont été intégrées, en 2001, dans le Code monétaire et financier, au sein du Livre 1<sup>er</sup> relatif à la monnaie.

La finalité dominante de la réglementation des clauses d'indexation en France n'en reste non moins une finalité économique, en ce qu'il s'agit principalement d'éviter la spirale inflationniste, et pas (sinon à la marge) de protéger certaines catégories de contractants. Aussi bien n'a-t-il jamais été question, à notre connaissance, de faire une place à ces textes dans le Code de la consommation (où l'on trouve pourtant d'autres règles à la finalité ambiguë comme, par exemple, les règles sur l'usure). Il faut cependant signaler qu'en France, certaines réglementations spéciales de l'indexation conventionnelle semblent avoir plus nettement comme but la protection de telle ou telle catégorie de contractants contre une hausse excessive des prix : il en va ainsi de la réglementation spécifique aux baux commerciaux (art. L 145-33 et suivants du Code de commerce) et aux baux d'habitation (dernièrement modifiée par une loi de 2008 « pour le pouvoir d'achat »), et, de manière encore plus nette, de la loi du 6 juillet 1990 qui limite la variation du prix des prestations d'établissements hébergeant des personnes âgées.

Par ailleurs, à regarder dans le détail de la réglementation de droit commun, l'on s'aperçoit que certaines solutions sont à géométrie variable selon que le contrat est conclu entre professionnels ou entre un professionnel et un consommateur : il en va ainsi pour l'indexation dans les contrats de prêt bancaire, qui a été très largement libéralisée lorsque le prêt est à finalité professionnelle, alors qu'elle demeure soumise à une réglementation restrictive lorsque le prêt est destiné à un consommateur<sup>13</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'on signalera que, dans le cadre de la discussion devant le Sénat français d'une nouvelle loi de protection des consommateurs, a été adopté un amendement prévoyant que « *pour les personnes physiques, tout prêt libellé dans une monnaie ne peut être remboursable que dans cette même monnaie* »<sup>14</sup>, ce qui aboutit sans doute à interdire, dans ces prêts, une indexation sur une monnaie étrangère, alors qu'elle serait normalement licite<sup>15</sup>. On voit donc qu'en droit français, même s'il n'est pas prioritaire, l'objectif de protection des consommateurs est parfois présent, à l'arrière-plan, dans certaines dispositions.

## B. Les objectifs de la réglementation allemande

À l'instar de la législation française, l'objectif poursuivi par le législateur allemand lors de l'introduction d'un régime d'autorisation des clauses d'indexation était de maîtriser l'inflation et, parallèlement, de garantir la stabilité de la nouvelle monnaie après la seconde guerre, le Deutsche Mark. Force est de constater que le mécanisme de validation des clauses mis en place en 1948, et qui a perduré jusqu'en 2007, n'a que peu contribué à faire du Deutsche Mark la monnaie forte sur laquelle l'économie allemande de l'après-guerre a fondé sa croissance.

Et pourtant, lors de l'introduction de l'euro en 1999, c'est à nouveau la crainte présumée des Allemands de voir leur monnaie s'affaiblir qui a décidé le parlement allemand – soutenu non seulement par les partis politiques de toutes couleurs, mais également par les fédérations représentatives d'intérêts – de maintenir l'interdiction des clauses d'indexation avec autorisation

---

<sup>12</sup> Cass. Com, 3 novembre 1988, D 1989, p. 93, note MALAURIE Ph. et somm. 234, obs. AUBERT J.-L..

<sup>13</sup> Cf. *infra*.

<sup>14</sup> Texte adopté par le Sénat le 22 décembre 2011, article 10bis LC, II.

<sup>15</sup> Cf. *infra*.

administrative et, par là, de faire échec aux projets du gouvernement de supprimer complètement un régime d'interdiction des clauses d'indexation<sup>16</sup>. Ainsi que les observateurs de l'époque le notent, les arguments utilisés de part et d'autre ne reposaient, cependant, que très peu sur une analyse économique fondée, mais bien plus sur des impressions non vérifiables des craintes de la population<sup>17</sup>.

Il semble, finalement, que l'opinion publique allemande n'était pas prête, au moment de l'abandon de sa monnaie au profit de la nouvelle monnaie européenne, à abroger également un mécanisme présenté comme visant la protection des particuliers contre l'inflation.

Lorsque, enfin, le régime de l'autorisation administrative des clauses d'indexation a été supprimé en 2007, aucune discussion générale n'a eu lieu ; la suppression n'a pas été problématisée, mais a été noyée parmi les très nombreuses dispositions adoptées afin d'alléger l'appareil administratif allemand.

Les commentateurs n'ont pas non plus critiqué cette suppression et se sont contentés de regretter la caducité des lignes directrices adoptées par l'administration allemande. De plus, s'il le fallait, le gouvernement allemand a bien souligné, dans les motifs de la loi, qu'une réglementation de l'indexation était maintenue pour des raisons tenant à la politique de stabilité, des prix et de protection des consommateurs (« *aus stabilitäts-, preis- und verbraucherpolitischen Gründen* »<sup>18</sup>).

À cet effet, les motifs de la loi allemande se réfèrent expressément au rapport annuel 2004 de la Banque Centrale Européenne pour appuyer la décision du maintien du régime de l'indexation. Si la protection des consommateurs est bien mise en exergue lors de la réforme allemande de 2007, force est de constater que ni les débats parlementaires, ni ultérieurement les observations des commentateurs de la loi n'ont précisé en quoi une interdiction des clauses d'indexation peut renforcer la protection des consommateurs.

Le régime allemand s'applique, en effet, indifféremment de la qualité de consommateur ou d'entreprise des parties aux contrats, le but principal affiché de la réforme de 2007 étant de supprimer certaines contraintes administratives pesant sur les entreprises.

Néanmoins, il faut noter que la loi de 2007 a tout de même consacré une disposition particulière aux contrats de consommation en subordonnant la validité des clauses d'indexation au respect des principes de clarté de rédaction et d'équilibre des clauses.

### **C. Les objectifs de la réglementation belge**

La Belgique ne connaît pas de réglementation générale relative aux clauses d'index; la liberté contractuelle reste de mise en cette matière, le but étant de permettre aux parties contractantes de se protéger contre le principe du nominalisme monétaire. Partant de ce postulat, les réglementations sont sectorielles. Le gouvernement a également la possibilité d'intervenir sur les prix.

En intervenant sur les prix, le gouvernement peut ajuster les défaillances du système de l'offre et de la demande qui ne produirait pas le prix juste ou souhaité. Cette intervention s'avère nécessaire tant en matière de concurrence d'entreprises qu'en ce qui concerne le pouvoir d'achat de la population. En Belgique, cette prérogative appartient au ministre des affaires économiques.

L'importance d'une réglementation concernant les prix se fait d'autant plus ressentir lorsque d'autres mécanismes de contrôle des prix, tels que la politique de concurrence ou la politique de la consommation, ne réussissent pas à produire le prix correct. En ce sens, la législation sur les prix

---

<sup>16</sup> Schmidt-Räntsch, *Wertsicherungsklauseln nach dem Euro-Einführungsgesetz*, NJW 1998, 3166.

<sup>17</sup> Schmidt-Räntsch, *Wertsicherungsklauseln nach dem Euro-Einführungsgesetz*, NJW 1998, 3171.

<sup>18</sup> *Bundesrat Drucksache 68/07*, 68.

comme instrument de régulation est subordonnée aux réglementations portant sur la concurrence et la protection des consommateurs.

La loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix constitue la base de la régulation des prix en Belgique. Cette loi fut modifiée à plusieurs reprises.

En outre, la protection du consommateur est au cœur de la législation belge, comme en témoigne la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du commerce et à la protection du consommateur, qui réglemente la matière des clauses d'indexation dans les contrats de consommation.

Il y est prévu que les clauses d'indexation qui ne respectent pas le prescrit de la loi doivent être considérées comme abusives, en ce qu'elles créent un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur.

L'article 74 de la loi du 6 avril 2010 reprend 33 clauses et conditions qui sont considérées par la loi comme étant systématiquement abusives. Il s'agit de clauses d'une présomption irréfragable, de telles clauses étant donc en tout cas interdites et nulles.

Ainsi, est nulle la clause permettant à l'entreprise d'augmenter unilatéralement le prix ou de modifier les conditions au détriment du consommateur sur la base d'éléments qui dépendent de sa seule volonté, sans que le consommateur ait le droit, dans ces cas, avant que le nouveau prix ou les nouvelles conditions s'appliquent, de mettre fin au contrat sans frais ou dommages-intérêts et sans lui laisser un délai raisonnable à cet effet.

Sont néanmoins autorisées :

- a) « Les clauses d'indexation de prix pour autant qu'elles ne soient pas illicites et que le mode d'adaptation du prix soit explicitement décrit dans le contrat ;
- b) Les clauses selon lesquelles l'entreprise de services financiers se réserve le droit de modifier le taux d'intérêt dû par le consommateur ou dû à celui-ci, sans aucun préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge de l'entreprise l'obligation d'en informer le consommateur dans les meilleurs délais et que celui-ci soit libre de résilier immédiatement le contrat. »

Cette disposition est beaucoup plus précise que l'ancienne qui n'interdisait que de faire varier le prix en fonction d'éléments dépendant de la seule volonté du vendeur.

Le nouveau libellé offre plus de souplesse, l'entreprise pouvant malgré tout se réserver de modifier le prix tout en reconnaissant au consommateur le droit, dans ce cas, de mettre fin au contrat<sup>19</sup>.

Afin d'éviter les abus, un délai raisonnable doit s'écouler entre le moment où l'entreprise informe le consommateur de sa décision de modifier le prix et le moment auquel les nouveaux prix ou les nouvelles conditions s'appliquent à lui et où il peut manifester sa décision de mettre fin au contrat.

Une loi importante modérant la liberté d'introduire des clauses d'indexation au sein de conventions est celle du 30 mars 1976 relative au redressement économique. Ses travaux préparatoires précisent qu'à l'époque, le gouvernement estimait que l'indexation automatique des prix industriels et commerciaux contribuait à accélérer l'inflation et menaçait, dès lors, la position concurrentielle de la Belgique.

---

<sup>19</sup> T. HEREMANS, *La nouvelle loi relative aux pratiques du commerce et à la protection du consommateur : tout sur l'ancien et le nouveau régime*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 224.

De plus, elle provoque un déséquilibre entre les secteurs, certains bénéficiant d'une adaptation automatique de leurs prix et tarifs alors que la plupart des autres sont soumis à la procédure de déclaration de hausse de prix.

En conséquence, le gouvernement interdit toute indexation des prix industriels et commerciaux en fonction de l'indice des prix de détail ou d'un autre indice.

Cela ne veut pas dire qu'il s'oppose à toute formule d'adaptation des prix ou tarifs. Ces clauses sont toutefois limitées quant au montant et aux modalités (Cf. *infra*).

La loi du 29 décembre 1983 insère l'article 1728*bis* dans le Code civil et vise à réglementer l'adaptation du loyer au coût de la vie. Cet article concerne la modification des loyers en fonction du coût de la vie et ne veut nullement porter atteinte à la liberté dont disposent les parties de convenir du loyer de base, d'une part, ni de lier ce loyer au coût de la vie, d'autre part.

La loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire interdit de lier le capital à un index. Sinon, en effet, les règles impératives concernant la variabilité du paiement périodique d'intérêts pourraient être contournées. Par une indexation du capital, la charge globale périodique pourrait varier suivant l'index choisi, ce qui est contraire aux règles de protection de l'emprunteur (règles précisées dans cette même loi). Une dérogation existe, nous la développerons *infra*.

## E. La question au regard du droit européen

Depuis l'introduction de l'euro, dans les États qui ont adopté la monnaie unique, le pouvoir monétaire n'est plus exercé par l'État, il relève désormais du Système européen des banques centrales et de la Banque centrale européenne (BCE).

Plusieurs auteurs s'étaient demandé si la réglementation des clauses d'indexation, en ce qu'elle participe de la politique monétaire, était encore de la compétence des États<sup>20</sup>. Cependant, si une telle opinion peut-être soutenue pour les clauses monétaires *stricto sensu* (clauses prévoyant la variation en fonction du cours d'une monnaie étrangère), il paraît difficile d'interdire aux États de réglementer des clauses qui peuvent aussi avoir pour objectif de protéger certaines catégories de contractants ou d'assurer une certaine stabilité des prix.

Consultée par la France en 2004 sur un projet de loi visant à assouplir la législation française en matière d'indexation (en l'autorisant sans limite dans les prêts consentis par les établissements de crédit), la BCE n'a aucunement remis en cause la compétence des États membres pour réglementer les clauses d'indexation. Certes, dans son avis du 3 juin 2004, la BCE cite un avis antérieur de l'Institut monétaire européen (IME) selon lequel, « *en ce qui concerne les missions de politique monétaire, les dispositions nationales relatives aux clauses d'indexation ne sont plus nécessaires* ». Cependant, elle met ensuite plutôt en garde le législateur français contre l'assouplissement projeté en relevant que « *la généralisation de l'indexation dans le cadre de la détermination des salaires et des prix est susceptible d'engendrer une rigidité excessive dans le système de prix relatif et risquerait d'entretenir les spirales inflationnistes* ». Ce sont donc bien des objectifs de politique économique qui sont ici mis en avant. S'il est, ensuite, question de l'endettement excessif que le recours aux clauses d'indexation dans les contrats de crédit est de nature à provoquer, c'est uniquement parce que cet endettement serait, en retour, de nature à entraîner, de la part des consommateurs, une demande d'une indexation plus nette des salaires sur les prix. De même, les entreprises dont la charge de la dette serait accrue auraient tendance à facturer des prix plus élevés à leurs clients consommateurs. Ce qui est ici visé, c'est donc plus l'effet «boule de neige» des clauses d'indexation que les répercussions négatives sur telle ou telle catégorie de contractants.

---

<sup>20</sup> G. GRUBER, L'euro et les clauses d'indexation, D 1999, p. 258 ; N.-H. AYMERIC, L'incidence de l'euro sur le traitement juridique des devises, RTD com. 2005, p. 197.

Il paraît donc encore possible de concevoir nationalement une réglementation des clauses d'indexation qui ne soit pas seulement destinée à protéger certaines catégories de contractants, mais qui poursuive aussi un objectif économique de stabilisation des prix.

## **Section 2 : Les objectifs à retenir dans la réglementation luxembourgeoise**

L'objectif principal recherché par les différentes législations nationales étudiées est économique, essentiellement de lutte contre les spirales inflationnistes. Cette même préoccupation est présente dans les démarches initiées au Luxembourg.

À côté de cet objectif économique, la réflexion engagée au Luxembourg vise très clairement à protéger les consommateurs contre le jeu de clauses qui aboutiraient à des augmentations importantes du prix de la prestation.

Le groupe d'étude retient pleinement cette préoccupation contemporaine de protection du consommateur, mais n'est pas d'avis que la réglementation des clauses d'indexation doit être limitée aux seuls contrats de consommation. Une telle limitation conduirait, en effet, à permettre le libre jeu des clauses d'indexation dans la chaîne de contrats conclus entre les professionnels, à l'exception de celui, en « bout de chaîne », qui contracterait avec le consommateur final.

Ces conséquences, plus économiques que juridiques, pourraient être utilement analysées par une étude complémentaire menée par des économistes.

Le groupe d'étude propose donc de réfléchir à une réglementation qui poursuit, à la fois, l'objectif général de lutte contre l'inflation en induisant le moins de « distorsions » dans le jeu du marché et celui de protection des intérêts catégoriels des consommateurs dans le cadre des contrats de consommation.

## **Chapitre II : Le domaine de la réglementation**

### **Section 1 : Les enseignements du droit comparé**

Dans les systèmes juridiques français, belge et allemand, l'on peut observer que le domaine de droit commun de la réglementation est défini de manière relativement large, sans distinguer entre les contrats de consommation et les contrats entre professionnels ou entre particuliers. Le domaine des réglementations spéciales apparaît, en revanche, très hétérogène d'une législation à l'autre.

#### **A. Le domaine de principe de la réglementation**

##### **a) Le droit français**

La réglementation des clauses d'indexation, telle qu'elle figure actuellement dans le Code monétaire et financier, est applicable par principe à toutes les « *dispositions statutaires ou conventionnelles* » (art. L 112-2 du Code monétaire et financier). L'expression « *dispositions statutaires* » vise spécialement les conventions collectives ou les contrats-type élaborés par l'administration. Quant à la formule « *dispositions conventionnelles* », elle vise par principe tous les contrats, qu'ils soient de droit public ou de droit privé, qu'ils soient entre entreprises, entre particuliers, ou entre professionnels et consommateurs. Ce domaine très large correspond à l'objectif de dirigisme économique qui a été antérieurement relevé. Seuls sont exclus de la réglementation les actes unilatéraux (ex. testaments).

##### **b) Le droit allemand**

La loi allemande applicable aux clauses d'indexation, la *Preisklauselgesetz* (dont l'intitulé complet est « *Gesetz über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden* ») édicte le principe général de l'interdiction et détermine le champ concret d'application de la loi en définissant les clauses qui, selon la conception allemande, ne sont pas considérées comme des clauses d'indexation et sont donc hors application de la loi.

Tout d'abord, la loi ne s'applique qu'aux dettes d'argent et aux clauses d'indexation convenues dans des contrats et non stipulées dans des actes unilatéraux.

Par ailleurs, la loi contient une définition précise des clauses considérées comme clauses d'indexation. Aux termes du § 1 alinéa 1 *Preisklauselgesetz*, le montant de dettes d'argent ne doit pas être déterminé directement et automatiquement par le prix ou la valeur d'autres biens ou prestations qui ne sont pas comparables aux biens ou prestations faisant l'objet du contrat<sup>21</sup>.

Par ailleurs, le législateur allemand place expressément certaines clauses conduisant à l'adaptation automatique du prix en dehors du champ d'application de la réglementation des clauses d'indexation<sup>22</sup>. Figurent notamment, parmi ces clauses, celles selon lesquelles les sommes dues sont ajustées en fonction de l'évolution des facteurs de coûts du créancier. Elles pourront être valablement stipulées, mais ne permettront une adaptation proportionnelle du prix que dans la limite de l'évolution des coûts du producteur cocontractant. De plus, dans l'hypothèse où la clause figure dans les conditions générales du producteur, l'intégralité des éléments entrant dans le calcul doit ressortir, clairement, de la clause en application du principe de transparence applicable en la matière<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> À savoir dans le texte allemand : « *Der Betrag von Geldschulden darf nicht unmittelbar und selbständig durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind* ».

<sup>22</sup> § 1 al. 2 *Preisklauselgesetz*. Sont visées les clauses de révision par une partie ou un tiers (*Leistungsvorbehaltsklauseln*), les clauses de révision en fonction de l'évolution des facteurs de coûts du créancier (*Kostenelementenklauseln*) et les clauses de réduction du prix (*Ermäßigungsklauseln*).

<sup>23</sup> *Transparenzgebot* du § 307 al. 1 BGB.

### c) Le droit belge

La licéité de ces clauses résulte de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation.

Ces clauses sont très utilisées dans la pratique contractuelle. Leur application est générale et la liberté des parties est grande. Elle a, par exemple, aussi été confirmée en matière de pension alimentaire après divorce par deux arrêts du 27 février 1975<sup>24</sup> et 21 mars 1975<sup>25</sup>, avant d'être confirmée par le législateur au moyen d'une modification de l'article 301 du Code civil.

Cette solution n'est néanmoins pas applicable à tous les contrats. Le législateur est, en effet, intervenu pour réglementer ces dispositions contractuelles dans des conventions de plus en plus nombreuses telles que le prêt, les baux, les assurances et les contrats commerciaux et industriels.

Ces clauses concernent néanmoins surtout les obligations de somme ; elles visent à tempérer la rigueur du principe supplétif du nominalisme monétaire en mettant les parties à l'abri des fluctuations monétaires.

## B. Les réglementations dérogatoires

### a) Le droit français

Il faut bien distinguer deux séries de contrats : ceux qui sont exclus de l'application de la réglementation restrictive de l'article L 112-2, et pour lesquels l'indexation est libre ou plus ouverte qu'en droit commun ; ceux qui, à l'inverse, sont soumis à une réglementation spéciale, résultant d'autres textes, et généralement plus restrictive.

#### 1. Contrats exclus de l'application de l'article L 112-2 du Code monétaire et financier

L'article L 112-2 exclut lui-même de son champ d'application un certain nombre de contrats, pour lesquels l'indexation est libre ou pour lesquels le régime normal est assoupli. Ce sont :

1.1. Les contrats relatifs à des dettes d'aliments (art. L 112-2 al. 3)<sup>26</sup> ; échappent également à l'application de l'article L 112-2 du Code monétaire et financier les *rentes viagères*, assimilées aux dettes d'aliments par la loi n° 63-699 du 13 juillet 1963 (art. L 112-2 al. 4).

1.2. Les titres de créances mentionnés au 2 du II de l'article L 211-1 du Code monétaire et financier ainsi que les contrats financiers mentionnés au III du même article. Cette disposition trouve son origine dans une loi de 1998 qui avait permis l'indexation de ces titres et contrats sur le niveau général des prix. Passé dans le 1° de l'article L 112-3 lors de la création du Code monétaire et financier, le texte en a été retiré par l'ordonnance du 8 janvier 2009, qui a permis l'indexation de ces instruments financiers sans aucune limite : ce principe de liberté est aujourd'hui affirmé par l'article L 112-3-1 du Code monétaire et financier.

1.3. Les contrats énumérés par l'article L 112-3 : pour ces contrats, l'indexation n'est pas complètement libre, mais on peut indexer sur le niveau général des prix (alors que c'est normalement interdit). Si l'on met à part certains contrats de bail (sur lesquels nous reviendrons en 2.2.), il s'agit de contrats bancaires : d'une part, de contrats de dépôts à finalité d'épargne pour le client (ex. livret A, livret de développement durable, compte d'épargne-logement...), d'autre part, à l'inverse, de contrats

---

<sup>24</sup> Pas., I, 668.

<sup>25</sup> Pas., I, 745.

<sup>26</sup> Rép. min. à QE, JOAN Q., 24 juin 1959, p. 999 ; Rép. min. à QE, JOAN Q., 11 févr. 1961, p. 160.

de prêt consentis par les établissements de crédit à leurs clients (art. L 112-3 8°). Cette dernière dérogation, qui résulte d'une loi n°2004-804 du 9 août 2004, mérite d'être soulignée, car elle réduit de manière considérable la portée de la réglementation française : dans les premières décennies d'application de la réglementation française, c'était sur l'indexation dans les prêts que se concentrait l'essentiel du contentieux. C'est à propos de cette dérogation que le Ministère français de l'économie et des finances avait consulté la BCE en 2004, et il a été tenu compte de cet avis dans la rédaction finale du texte. En effet, à l'origine, le projet prévoyait d'autoriser l'indexation sur l'inflation de tous les contrats de prêt consentis par les établissements de crédit, quelle que soit la personnalité de l'emprunteur. Il s'agissait de mettre en cohérence le régime des prêts consentis par les banques avec celui des titres financiers, où l'indexation sur le niveau général des prix était possible depuis 1998. Peut-être sensible aux dangers d'une libéralisation totale, soulignés par la BCE, le législateur français a finalement décidé de restreindre le domaine d'application de la disposition aux « *prêts accordés aux personnes morales ainsi qu'aux personnes physiques pour les besoins de leur activité professionnelle* ». Les prêts aux consommateurs restent donc soumis au régime général. C'est l'un des rares points sur lesquels la réglementation française fait la distinction selon la personnalité du contractant.

## 2. Contrats soumis à une réglementation spéciale

De très nombreux contrats sont soumis à une réglementation spéciale, généralement plus restrictive que le droit commun. On peut citer, sans souci d'exhaustivité : les baux d'habitation, les baux commerciaux, les marchés publics, les contrats d'hébergement des personnes âgées dans des établissements spécialisés...

### 2.1. Baux commerciaux

La réglementation figure aux articles L 145-33 et suivants du Code de commerce. La loi régit la variation des loyers lors de chaque renouvellement. Elle permet, par ailleurs, à chacune des parties de demander au juge la révision triennale du montant des loyers. Selon l'article L 145-38, « *la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel du coût de la construction ou, s'ils sont applicables, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L 112-2 du code monétaire et financier, intervenue depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer* ». La voie choisie est donc celle du plafonnement des augmentations (ou des diminutions) possibles du loyer. Cette procédure de révision n'interdit cependant pas aux parties d'introduire dans le bail une clause d'indexation, à condition que l'indice choisi soit licite au regard du droit commun de l'indexation. Or, en matière de baux commerciaux, la réglementation de l'indexation dans le Code monétaire et financier a été considérablement assouplie ces dernières années. Les alinéas 2 et 3 de l'article L 122-2 édictent, dans ce domaine, des présomptions de licéité de plusieurs indices (Cf. *infra*), et l'article L 122-3 prévoit que peuvent être indexés sur le niveau général des prix « *les loyers prévus par les conventions portant sur un local d'habitation ou sur un local affecté à des activités commerciales ou artisanales relevant du décret prévu au premier alinéa de l'article L 112-2* »<sup>27</sup>.

### 2.2. Baux d'habitation

Un régime spécifique est prévu par la loi du 6 juillet 1989, qui constitue aujourd'hui le droit commun des baux d'habitation en France. Il s'agit d'un régime de plafonnement des augmentations qui peuvent être demandées au locataire à l'expiration de chaque année du bail, si le contrat prévoit une révision annuelle. L'augmentation du loyer des baux d'habitation ou à usage mixte résultant de la révision ne

---

<sup>27</sup> Il s'agit du décret n° 2008-1139 du 4 novembre 2008. Les activités visées sont « *les activités commerciales y compris celles exercées par les artisans* » à l'exclusion des « *activités commerciales exercées dans les locaux à usage exclusif de bureau, y compris les plates-formes logistiques, ainsi que des activités industrielles au sens de l'article L 110-1 (5o) du Code de commerce* ».

peut excéder un indice IRL, qui correspond à la moyenne, sur les douze derniers mois, de l'évolution des prix à la consommation hors tabac et hors loyer.

### 2.3. Baux ruraux

Les règles de fixation du fermage sont prévues par les articles L 411-1 et suivants du Code rural. Ces textes imposent de calculer le fermage en fonction de certaines denrées dont la liste limitative est fixée par la loi.

### 2.4. Marchés publics

Le Code des marchés publics pose les conditions de la révision du prix des marchés publics aux articles 17 et 92. Les prix peuvent également être actualisés par application d'une formule d'actualisation contenue dans le décret n° 79-992 du 23 novembre 1979 et la circulaire du 23 novembre 1979.

### 2.5. Contrats d'hébergement des personnes âgées

Les prix des prestations de ces contrats sont fixés librement au départ, mais ils ne peuvent ensuite varier que dans la limite d'un pourcentage fixé chaque année par arrêté du ministre de l'économie, compte tenu de l'évolution des coûts de la construction, des produits alimentaires et des services (Loi n° 90-600, 6 juill. 1990, art. 3 devenu article L 342-3 du Code de l'action sociale et des familles). Encore, l'on est dans un système de plafonnement des hausses.

## b) Le droit allemand

À l'instar du droit français, le droit allemand fait échapper à l'interdiction générale des clauses d'indexation des clauses stipulées dans certaines catégories de contrats en formulant des conditions de validité, particulièrement liées aux choix des indices. Par ailleurs, coexistent, à côté de la *Preisklauselgesetz*, deux régimes particuliers dérogatoires auxquels la loi fait expressément référence.

### 1. Catégories de contrats pouvant stipuler des clauses d'indexation

Ayant disposé qu'en principe, les clauses d'indexation se référant à des biens ou prestations étrangers à ceux prévus au contrat sont interdites, la *Preisklauselgesetz* envisage plusieurs catégories de clauses d'indexation néanmoins valables même si elles se réfèrent à des biens ou prestations étrangers au contrat.

#### 1.1. Clauses prévues dans des contrats conclus à long terme

Par nature, les clauses d'indexation se retrouvent particulièrement dans les contrats de longue durée. La *Preisklauselgesetz* consacre à ces contrats, qu'elle définit et classe en trois catégories, sa plus longue disposition, le § 3. Les trois alinéas de cette disposition envisagent des cas différents d'obligations de paiement étalées dans le temps et désignent les indices susceptibles d'être utilisés par les parties afin d'indexer les obligations de paiement. Dans le premier alinéa, qui vise des paiements étalés dans le temps jusqu'à la survenance de certains événements, référence est faite à l'indice du coût de la vie édité par un *Statistisches Landesamt* et à l'indice des prix à la consommation édité par l'Office statistique de l'Union européenne<sup>28</sup>. Dans le second alinéa, consacré à des

---

<sup>28</sup> Le texte allemand de l'alinéa 1 du § 3 *Preisklauselgesetz* est le suivant : „*Preisklauseln in Verträgen*

1. über wiederkehrende Zahlungen, die zu erbringen sind a) auf Lebenszeit des Gläubigers, Schuldners oder eines Beteiligten, b) bis zum Erreichen der Erwerbsfähigkeit oder eines bestimmten Ausbildungszieles des Empfängers, c) bis zum Beginn der Altersversorgung des Empfängers, d) für die Dauer von mindestens zehn Jahren, gerechnet vom Vertragsabschluss bis zur Fälligkeit der letzten Zahlung, oder e) auf Grund von Verträgen, bei denen der Gläubiger auf die Dauer von mindestens zehn

paiements de rentes viagères et de rentes dues jusqu'à la retraite ou l'achèvement d'une formation professionnelle du créancier, référence est faite, de façon générale, à l'évolution particulière ou générale des salaires et pensions de retraite<sup>29</sup>. Le troisième alinéa a vocation à s'appliquer plus généralement et vise les obligations de paiement étalées sur une durée minimum de 10 ans ou bien les obligations fondées par des contrats ayant une durée minimum de 10 ans. À l'égard de ces contrats, le prix peut être indexé soit sur les prix de biens ou prestations produits ou réalisés et vendus par le débiteur dans son entreprise, soit sur l'évolution à titre particulier ou à titre général des prix ou valeurs de biens immobiliers lorsque le contrat porte sur une exploitation agricole ou forestière<sup>30</sup>.

En plus des prescriptions relatives aux indices à employer, la loi exige que la clause d'indexation détermine suffisamment l'indice utilisé et ne constitue pas un désavantage injuste de l'une des parties. Ces conditions sont prévues au § 2 al. 1 *Preisklauselgesetz* qui dispose comme suit :

*„(2) Eine Preisklausel ist nicht hinreichend bestimmt, wenn ein geschuldeter Betrag allgemein von der künftigen Preisentwicklung oder von einem anderen Maßstab abhängen soll, der nicht erkennen lässt, welche Preise oder Werte bestimmend sein sollen.*

*(3) Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere vor, wenn*  
*1. einseitig ein Preis- oder Wertanstieg eine Erhöhung, nicht aber umgekehrt ein Preis- oder Wertrückgang eine entsprechende Ermäßigung des Zahlungsanspruchs bewirkt,*  
*2. nur eine Vertragspartei das Recht hat, eine Anpassung zu verlangen, oder*  
*3. der geschuldete Betrag sich gegenüber der Entwicklung der Bezugsgröße unverhältnismäßig ändern kann.“*

## 1.2. Clauses prévues dans des contrats donnant un droit de superficie héréditaire (*Erbbaurechtsverträge*)

À l'égard des *Erbbaurechtsverträge*, la *Preisklauselgesetz* subordonne la validité de la clause d'indexation à une durée minimum de 30 ans (§ 4 *Preisklauselgesetz*).

---

*Jahren auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet oder der Schuldner das Recht hat, die Vertragsdauer auf mindestens zehn Jahre zu verlängern,*

*2. über Zahlungen, die zu erbringen sind a) auf Grund einer Verbindlichkeit aus der Auseinandersetzung zwischen Miterben, Ehegatten, Eltern und Kindern, auf Grund einer Verfügung von Todes wegen oder b) von dem Übernehmer eines Betriebes oder eines sonstigen Sachvermögens zur Abfindung eines Dritten*

*sind zulässig, wenn der geschuldete Betrag durch die Änderung eines von dem Statistischen Bundesamt oder einem Statistischen Landesamt ermittelten Preisindex für die Gesamtlebenshaltung oder eines vom Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft ermittelten Verbraucherpreisindex bestimmt werden soll und in den Fällen der Nummer 2 zwischen der Begründung der Verbindlichkeit und der Endfälligkeit ein Zeitraum von mindestens zehn Jahren liegt oder die Zahlungen nach dem Tode des Beteiligten zu erfolgen haben“.*

<sup>29</sup> Le texte allemand de l'alinéa 2 du § 3 *Preisklauselgesetz* est le suivant : *„Preisklauseln in Verträgen über wiederkehrende Zahlungen, die für die Lebenszeit, bis zum Erreichen der Erwerbsfähigkeit oder eines bestimmten Ausbildungsziels oder bis zum Beginn der Altersversorgung des Empfängers zu erbringen sind, sind zulässig, wenn der geschuldete Betrag von der künftigen Einzel- oder Durchschnittsentwicklung von Löhnen, Gehältern, Ruhegehältern oder Renten abhängig sein soll.“*

<sup>30</sup> Le texte allemand de l'alinéa 3 du § 3 *Preisklauselgesetz* est le suivant : *„Preisklauseln in Verträgen über wiederkehrende Zahlungen, die zu erbringen sind*

*1. für die Dauer von mindestens zehn Jahren, gerechnet vom Vertragsabschluss bis zur Fälligkeit der letzten Zahlung, oder*  
*2. auf Grund von Verträgen, bei denen der Gläubiger für die Dauer von mindestens zehn Jahren auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet, oder der Schuldner das Recht hat, die Vertragsdauer auf mindestens zehn Jahre zu verlängern, sind zulässig, wenn der geschuldete Betrag von der künftigen Einzel- oder Durchschnittsentwicklung von Preisen oder Werten für Güter oder Leistungen abhängig gemacht wird, die der Schuldner in seinem Betrieb erzeugt, veräußert oder erbringt, oder wenn der geschuldete Betrag von der künftigen Einzel- oder Durchschnittsentwicklung von Preisen oder Werten von Grundstücken abhängig sein soll und das Schuldverhältnis auf die land- oder forstwirtschaftliche Nutzung beschränkt ist.“*

### 1.3. Clauses prévues dans des contrats liés au mouvement de fonds et de capitaux (*Geld- und Kapitalverkehr*)

Les contrats conclus dans le secteur financier ayant pour objet le transfert, le remboursement de sommes d'argent, tels que des produits financiers et opérations de crédit, peuvent valablement stipuler des clauses d'indexation, également si les indices utilisés sont dépourvus de liens avec les biens et prestations objet du contrat.

Toutefois, à l'égard de contrats conclus avec des consommateurs, les clauses doivent être suffisamment déterminées et ne pas constituer un désavantage injuste de l'une des parties (Cf. *supra* notre point 1.5).

### 1.4. Clauses prévues dans des contrats entre entrepreneurs résidents et non-résidents

Dès 1999, la loi allemande a supprimé toute condition à l'égard des clauses d'indexation stipulées dans des contrats conclus par des entreprises allemandes avec des non-résidents. Ainsi, les entreprises allemandes ne doivent pas être entravées dans leurs activités à l'export. Cette admission générale est prévue au § 6 *Preisklauselgesetz*.

### 1.5. Particularités des contrats de consommation

La *Preisklauselgesetz* ne consacre pas réellement de disposition réglementant généralement les contrats de consommation. Les clauses d'indexation dans les contrats de consommation rentrant dans l'une ou l'autre des catégories visées dans les points précédents sont licites.

Cependant, la loi exige, en plus des conditions propres aux indexations prévues pour les différents contrats, que les clauses soient suffisamment déterminées et ne constituent pas un désavantage injuste de l'une des parties. S'applique, à cet égard, la même disposition que celle citée au sujet des contrats à long terme, à savoir le § 2 al. 2 *Preisklauselgesetz*.

À l'égard des consommateurs, entrent particulièrement en ligne de compte les contrats relatifs aux mouvements financiers et les contrats à long terme.

### 1.6. Clauses prévues dans des contrats d'approvisionnement des forces armées

Les contrats d'approvisionnement des forces armées peuvent valablement stipuler des clauses d'indexation qui doivent toutefois, à titre de condition de validité, se référer à un indice de prix fixé par le *Statistisches Bundesamt*, un *Statistisches Landesamt* ou bien l'Office statistique de l'Union européenne (§ 7 *Preisklauselgesetz*).

## 2. Contrats soumis à une réglementation spéciale

Il n'existe en droit allemand que deux régimes dérogatoires des clauses d'indexation en dehors de la *Preisklauselgesetz*, à savoir les baux d'habitation et les contrats de fourniture de chauffage urbain.

### 2.1. Indexation dans les baux d'habitation

Traditionnellement, le Code civil allemand contient une disposition réglementant l'indexation des loyers d'habitation, actuellement le § 557b BGB. La *Preisklauselgesetz* n'a pas apporté de modification à cette disposition et y renvoie expressément à titre de régime dérogatoire dans son § 1 al. 3.

Le § 557b BGB a la teneur suivante :

„(1) Die Vertragsparteien können schriftlich vereinbaren, dass die Miete durch den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland bestimmt wird (Indexmiete).

(2) Während der Geltung einer Indexmiete muss die Miete, von Erhöhungen nach den §§ 559 bis 560 abgesehen, jeweils mindestens ein Jahr unverändert bleiben.

*Eine Erhöhung nach § 559 kann nur verlangt werden, soweit der Vermieter bauliche Maßnahmen auf Grund von Umständen durchgeführt hat, die er nicht zu vertreten hat. Eine Erhöhung nach § 558 ist ausgeschlossen.*

*(3) Eine Änderung der Miete nach Absatz 1 muss durch Erklärung in Textform geltend gemacht werden. Dabei sind die eingetretene Änderung des Preisindexes sowie die jeweilige Miete oder die Erhöhung in einem Geldbetrag anzugeben. Die geänderte Miete ist mit Beginn des übernächsten Monats nach dem Zugang der Erklärung zu entrichten.*

*(4) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“*

Effectivement, les baux d'habitation en Allemagne font régulièrement usage de la possibilité d'indexer le loyer sur l'indice des prix du coût de la vie en Allemagne. Une autre indexation n'est pas licite, le § 557b BGB prohibant toute dérogation aux dépens du locataire.

Le § 557b BGB n'a vocation à s'appliquer qu'aux baux d'habitation. Tout autre bail, par exemple à usage professionnel ou commercial, n'entre pas dans le champ de cette réglementation et est régi par les dispositions de droit commun de la *Preisklauselgesetz*, à savoir son § 3.

## 2.2. Indexation dans les contrats de fourniture de chauffage urbain

Le second régime dérogatoire des clauses d'indexation porte sur les contrats de fourniture de chauffage urbain et n'est pas applicable par analogie à d'autres fournitures d'énergie. Le texte applicable est la *Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme*, abrégée *AVBFernwärmeV*, du 20 juin 1980<sup>31</sup>. Le § 24 al. 4 *AVBFernwärmeV* régit les clauses d'indexation de la façon suivante :

*„Preisänderungsklauseln dürfen nur so ausgestaltet sein, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigen. Sie müssen die maßgeblichen Berechnungsfaktoren vollständig und in allgemein verständlicher Form ausweisen. Bei Anwendung der Preisänderungsklauseln ist der prozentuale Anteil des die Brennstoffkosten abdeckenden Preisfaktors an der jeweiligen Preisänderung gesondert auszuweisen.“*

L'indexation doit donc se référer à l'évolution des coûts de production et diffusion de l'énergie, ainsi qu'à la situation particulière sur le marché du chauffage. De plus, la rédaction de la clause d'indexation doit permettre une bonne compréhension des facteurs de calcul.

### c) Le droit belge

#### 1. Absence de réglementation excluant les clauses d'indexation

En principe, la jurisprudence autorisant les clauses d'indexation ne connaît pas d'exception. Il convient de noter qu'en droit belge, il n'existe pas de réglementation interdisant, par principe, de telles clauses.

Néanmoins, et comme nous le développerons *infra*, le législateur est intervenu ponctuellement pour les encadrer.

---

<sup>31</sup> BGBl. I S. 742, modifiée en dernier lieu par la loi du 4 novembre 2010 (BGBl. I S. 1483).

## 2. Contrats soumis à une réglementation spéciale

Différentes réglementations sectorielles constituent des régimes dérogatoires à la licéité de principe des clauses d'indexation.

### 2.1. Les clauses d'indexation des prix industriels et/ou commerciaux

L'article 57 de la loi de redressement économique du 30 mars 1976 limite les effets des clauses de révision comme suit :

- la clause ne peut porter sur le prix final demandé au consommateur; elle doit porter sur les coûts ;
- elle doit avoir trait aux coûts réels constituant les éléments du prix final (salaires, énergie...) à concurrence de l'importance de ces paramètres dans le prix ; toute liaison à un indice soit général (frais généraux, prix à la consommation...) sans rapport avec les coûts en question (ex : augmentation d'un poste, des salaires, en fonction de l'indice relatif aux prix des produits pétroliers) est interdit ;
- la révision n'est autorisée qu'à concurrence de 80% du prix global fixé.

La disposition s'applique *ratione materiae* aux clauses d'indexation de prix industriels ou commerciaux. Elle ne s'applique pas aux loyers, aux rémunérations et prestations sociales, aux honoraires des professions libérales.

*Ratione loci*, la disposition légale s'applique aux contrats conclus entre personnes physiques ou morales résidant en Belgique et portant sur des prestations à exécuter en Belgique. L'on peut se demander si, vu la volonté de limiter les effets de l'inflation sur le territoire belge, la seule condition d'exécution des prestations en Belgique au profit d'un bénéficiaire résidant en Belgique ne suffisait pas à permettre l'application de la loi. Le fait que le prestataire soit ou non résident en Belgique paraît cependant indifférent.

En outre, la distinction entre l'adaptation des prix, d'une part, et leur fixation, d'autre part, n'est pas toujours aisée.

Enfin, puisque la loi vise, dans l'intérêt général du pays, à lutter contre la hausse des prix et l'inflation, la clause touche à l'ordre public économique de sorte qu'elle ne peut avoir pour effet de contribuer à la progression de l'inflation.

En 2002, le Ministère des affaires économiques a préparé un projet de loi visant à abroger cette disposition, notamment dans une optique de protection du consommateur. Il n'a, cependant, pas abouti.

### 2.2. Les baux

L'article 1728 *bis* du Code civil règle l'indexation des loyers sur le coût de la vie. Elle obéit à une série de règles précises qui peuvent se résumer comme suit :

- l'indexation ne pourra être appliquée qu'une fois par année de location, et ce dès l'expiration de la première année ;
- l'indexation pourra être appliquée au plus tôt au jour de l'anniversaire de l'entrée en vigueur du bail (date de la mise à disposition du bien) ;
- l'indexation devra être calculée sur la base des fluctuations de l'indice des prix à la consommation (index santé pour les baux conclus à partir du 1<sup>er</sup> février 1994) ;
- le calcul de l'indexation se fait selon la formule suivante :

<b>Loyer de base x Nouvel indice / Indice de départ</b>
---

### 2.2.1. Les baux à loyer écrits

La loi lie le loyer des baux de résidence principale au coût de la vie, à condition que le bail ait été conclu par écrit. Ce mécanisme d'indexation légale est prévu par l'article 6, 1° de la loi sur les baux relatifs à la résidence principale du preneur.

Ce principe renverse la règle de droit commun suivant laquelle le loyer n'est adapté au coût de la vie que si les parties en ont convenu.

Par cette indexation légale, le législateur a entendu aligner le revenu que constitue, pour le bailleur, le loyer qu'il perçoit sur l'ensemble des autres revenus<sup>32</sup>.

Néanmoins, les parties sont libres d'exclure l'indexation d'un bail écrit. Le législateur n'a, en effet, pas voulu exclure la possibilité pour les parties de conclure un bail écrit non indexé. Une telle clause peut être justifiée par des raisons qui sont personnelles aux parties et dans lesquelles il n'appartient pas au législateur de s'immiscer<sup>33</sup>.

Pour être valable, la clause devrait faire l'objet d'un écrit.

### 2.2.2. Les baux à loyer oraux

Dans les baux oraux, l'adaptation du loyer au coût de la vie n'est pas de droit en vertu de la loi du 13 avril 1997.

Le gouvernement a opté pour cette solution, espérant que cette disposition aura un effet dissuasif quant à la conclusion de baux verbaux.

Notons tout de même que le texte n'exclut pas entièrement l'indexation du loyer d'un bail oral sous réserve de difficultés de preuve. En l'absence d'écrit, la preuve se fera conformément au droit commun ; ainsi, des quittances de loyer ou des versements de loyer peuvent prouver une adaptation annuelle conformément à l'article 1728 *bis* du Code civil<sup>34</sup>.

### 2.2.3. Les baux commerciaux

Les parties à un bail commercial ont la possibilité de prévoir l'indexation du loyer. La loi du 30 avril 1951 étant muette, ce sont les dispositions de droit commun qui vont régir l'indexation des loyers des baux commerciaux.

Conformément à ces principes, l'indexation du loyer ne s'applique qu'en présence d'une clause contractuelle la prévoyant explicitement. Le libellé de la clause est important en ce sens que c'est lui qui détermine si l'indexation opère automatiquement ou nécessite une initiative du bailleur.

Néanmoins, une telle clause ne peut dépasser les montants résultant de l'application de la formule définie à l'article 1728 *bis* du Code civil, sous peine d'être réduite à ce montant<sup>35</sup>.

Il est à noter que les règles qui fixent de manière impérative les modalités de la révision des loyers commerciaux n'empêchent pas que le bail contienne une clause d'indexation<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Doc. Parl., Chambre, sess. 1990-1991, n° 1357/1, p. 10.

<sup>33</sup> Doc. Parl., Chambre, sess. 1990-1991, n° 1357/1, p. 20.

<sup>34</sup> Y. MERCHIERS, *Le bail de résidence principale*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 180.

<sup>35</sup> B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 291 ; M. DAMBRE, *Handboeck algemeen huurrecht*, Brugge, Die Keure, 2006, p. 414 ; C.-E. DE FRÉJART, *Le bail commercial*, Bruxelles, La Charte, 2008, p. 127 ; P. JADOUL, *50 ans d'application de la loi sur les baux commerciaux*, Brugge, La Charte, 2002, p. 74.

<sup>36</sup> Cass., 9 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 29.

Les clauses d'indexation sont véritablement devenues usuelles en matière de baux commerciaux, de sorte qu'elles se retrouvent reprises dans les contrats-type. Il ne paraît plus concevable de priver le bailleur d'une clause d'index qu'il obtiendrait d'un nouveau locataire, sous prétexte que le bail ancien en est exempt<sup>37</sup>.

### 2.3. Les crédits hypothécaires

L'article 16 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire prévoit que le capital, qui doit être mis à la disposition de l'emprunteur en espèces ou en monnaie scripturale, ne peut être lié à aucun index sauf si le crédit est accordé sous forme de prêt sans stipulation d'intérêt; dans ce cas, l'index ne peut être que l'indice des prix à la consommation.

### 2.4. Les contrats d'assurance maladie

La loi du 20 juillet 2007 (qui a pour objectif d'améliorer la situation des assurés en matière d'accessibilité et de continuité de l'assurance soins de santé, incapacité de travail, invalidité et dépendance) a profondément modifié la loi sur le contrat d'assurance terrestre du 25 juin 1992 (LCAT).

Il est notamment institué comme règle de principe, en ce qui concerne les assurances « soins de santé non liées à l'activité professionnelle », dont l'assureur ne peut plus, en cours de contrat, modifier les bases techniques du calcul de la prime (article 138 bis-4 de la LCAT).

Des exceptions sont cependant explicitement prévues par le législateur.

Premièrement, les parties au contrat peuvent toujours décider de commun accord de modifier les bases techniques, et certaines circonstances permettent d'adapter les paramètres du contrat.

Deuxièmement, et plus particulièrement, l'entreprise d'assurance a la possibilité d'indexer chaque année, à la date d'échéance, la prime, la franchise et les prestations.

## **Section 2 : Le domaine à retenir en droit luxembourgeois**

Le groupe d'étude recommande de réfléchir à une réglementation générale des clauses d'indexation.

Au terme du travail de droit comparé et des échanges entre les spécialistes nationaux, un consensus s'est dégagé autour de l'idée qu'il ne serait pas pertinent de réduire le domaine d'une future réglementation de l'indexation en droit luxembourgeois aux seuls contrats de consommation.

Il ne semble pas non plus pertinent de multiplier les régimes spécifiques à certains contrats ou les régimes dérogatoires à une future réglementation générale.

La comparaison des droits nationaux fait ressortir deux grandes approches possibles pour celle-ci : soit la consécration d'un principe d'interdiction général des clauses d'indexation, suivi d'exceptions limitées, soit, à l'inverse, le maintien du principe de liberté de stipuler de telles clauses, avec une série de limitations.

Cette approche repose sur les enseignements que l'on peut tirer de l'évolution historique des régimes d'interdiction de principe en vigueur en France et en Allemagne mais qui, dans les faits, ont été progressivement vidés de leur substance.

---

<sup>37</sup> B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 871.

Le maintien de la liberté de stipuler les clauses d'indexation paraît également davantage en phase avec la tradition plus libérale du Luxembourg dans ces matières.

Concernant les régimes dérogatoires, une distinction pourrait être faite en droit luxembourgeois entre les exclusions simples et les régimes spéciaux résultant d'autres textes.

### **A. Les exclusions pures et simples**

Ce système d'exclusions aurait pour trame de fond ce que l'on retrouve en droit français et en droit allemand.

Cependant, l'étude des différentes législations nationales ne fait pas apparaître des critères communs de référence pouvant servir à l'élaboration d'une liste d'exclusions simples transposables en droit luxembourgeois.

Le groupe ne souhaite pas indiquer de manière aléatoire une liste d'exclusions simples envisageables au Luxembourg.

Dans ce contexte, il conviendra de compléter, lors du travail législatif qui suivra éventuellement, la réflexion sur les différents domaines qu'il serait souhaitable de voir exclure de ce principe de liberté des clauses d'indexation.

### **B. Les régimes spéciaux**

De nombreux contrats sont soumis à une réglementation spéciale au Luxembourg : les contrats de gaz naturel, le contrat de bail d'habitation, le contrat de bail mixte, les marchés publics et les contrats de vente d'immeubles à construire.

#### **a) Indexation dans le gaz naturel**

Il existe un régime spécial concernant l'indexation du prix dans les contrats de fourniture du gaz naturel. Selon l'article 7 (4) de la section II : fournisseur du dernier recours et l'article 8 (4) de la section III : fournisseur par défaut du Mémorial A n° 153 du 21 août 2007 sur l'organisation du marché du gaz naturel, les prix peuvent être soumis à un système d'indexation basé sur un ou plusieurs indicateurs du secteur publiquement accessibles. Ils prennent notamment en considération les coûts élevés des fournitures non prévues.

Le coût du gaz naturel est principalement indexé sur le prix des produits pétroliers (gasoil et fuel), à travers des formules établies dans les contrats d'approvisionnement à long terme.

Cette indexation du prix du gaz naturel sur celui des produits pétroliers permet d'assurer, entre autres, la compétitivité du gaz naturel vis-à-vis des produits énergétiques de substitution. De plus, ce système permet de restreindre le risque que les pays producteurs de gaz naturel fixent de manière arbitraire les prix d'approvisionnement.

Il faut noter que les prix du gaz naturel suivent, par conséquent, en général, la tendance de la moyenne mobile des prix du pétrole sur plusieurs mois, et représentent ainsi l'évolution du marché pétrolier, mais avec, cependant, un certain décalage dans le temps.

D'ailleurs, ni les sociétés de distribution, ni leurs fournisseurs directs n'ont une influence sur ce mécanisme d'indexation des prix du gaz naturel sur les produits pétroliers, car ce mécanisme est établi entre les pays producteurs et les grands gaziers européens.

## **b) Indexation dans le contrat de bail d'habitation**

La loi du 21 septembre 2006<sup>38</sup> sur le bail à usage d'habitation modifiant certaines dispositions du Code civil maintient l'interdiction des clauses d'indexation automatique du loyer prévue dans la loi du 14 février 1955.

En effet, l'article 5 (5) de la loi dispose que :

*« Les clauses de valeur conventionnelles qui diffèrent du régime prévu par la présente loi perdront leur effet à partir du premier terme suivant la date d'une réclamation adressée par lettre recommandée au bailleur »*

## **c) Indexation dans le contrat de bail mixte**

L'article 1728 du Code civil, Livre III, Titre VIII, concernant le contrat de louage, dispose que :

*« Le preneur est tenu de deux obligations principales :*

*1° d'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ;*

*2° de payer le prix du bail aux termes convenus ».*

Dans l'hypothèse où un bail porte sur un local commercial avec appartement, la clause indiciaire ne s'applique qu'au loyer dû pour le local commercial. En effet, cette clause n'affecte pas le loyer de l'appartement (article 4, alinéa 2, de la loi du 14 février 1955 sur les baux à loyer).

L'analyse de la jurisprudence permet de compléter utilement le texte. En cas de contestation, le loyer fixé globalement par les parties devrait être ventilé par le juge sur base, notamment, des indications contenues dans le contrat de bail et des renseignements fournis par les parties au procès<sup>39</sup>.

La clause indiciaire sur le loyer d'un local à usage commercial est, en principe, d'application automatique, sauf s'il existe une disposition contractuelle contraire. Une mise en demeure préalable de la part du bailleur n'est, dès lors, pas nécessaire<sup>40</sup>.

La délivrance continue de quittances sans réserve quant aux sommes dues en vertu de la clause indiciaire a été retenue comme une preuve de la renonciation aux accroissements des loyers échus. Il faut néanmoins nuancer ce propos car cette délivrance ne veut pas dire que le bailleur ait entendu renoncer définitivement à se prévaloir de la clause d'indexation pour les échéances à venir. Dans ce contexte, le bailleur d'un local à usage commercial peut ainsi, à tout moment, exiger l'exécution future de la clause indiciaire<sup>41</sup>.

Depuis 1984, la jurisprudence relative aux baux mixtes a connu un revirement. En effet, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a estimé qu'il n'y a pas lieu, dans certains cas, à ventilation de l'adaptation indiciaire :

*« Lorsque le bail porte sur un magasin avec appartement, le juge peut considérer que les parties avaient l'intention de considérer la location de l'appartement comme accessoire à celle du magasin, et*

---

<sup>38</sup> Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2006.

<sup>39</sup> J.d.P. Luxembourg, 11 novembre 1974, 23, 250.

<sup>40</sup> J.d.P. Luxembourg, 11 novembre 1974, 23, 250.

<sup>41</sup> J.d.P. Luxembourg, 11 novembre 1974, 23, 250.

admettre en conséquence qu'il s'agit d'un bail commercial englobant l'intégralité des lieux loués, dans les hypothèses qui suivent :

- un seul et unique bail a été rédigé pour documenter la location tant du magasin que de l'appartement ;
- l'entrée en jouissance des différentes parties a été concédée pour le même jour ;
- un loyer unique, non subdivisé a été prévu pour les différentes pièces qui forment l'objet du bail ;
- la clause de l'adaptation du loyer au nombre indice, tel que prévu au contrat, s'applique au loyer unique, sans qu'il soit fait une distinction pour le loyer du magasin et pour celui de l'appartement.

Un tel bail ayant pour objet un magasin avec appartement à usage d'habitation, est à considérer comme conclu dans la commune intention des parties sous la condition que le magasin ne soit donné en location qu'avec l'appartement et porte ainsi sur un tout inséparable. Il n'y a donc pas lieu à ventilation de l'adaptation indiciaire »<sup>42 et 43</sup>.

#### **d) Indexation dans le cadre des marchés publics**

Selon l'article 104 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 :

« Les adaptations du contrat se faisant à la suite de variations de prix prévues ci-dessus ont pour objet, ou bien d'éviter à l'adjudicataire des pertes dont il ne peut être rendu responsable, ou bien d'éviter la réalisation d'un bénéfice supplémentaire au profit de l'adjudicataire. Ces adaptations constituent des révisions de prix et se limitent par conséquent exclusivement à l'effet des variations constatées dans ceux des facteurs des prix de revient qui ont changé, ainsi qu'aux taxes et charges sociales qui s'y rattachent d'une façon proportionnelle ».

#### **e) Indexation dans les contrats de vente d'immeubles à construire**

Etant donné que les travaux de construction d'un immeuble conséquent s'étalent sur une période de temps prolongée, le promoteur court le risque de voir le coût, non seulement de la main d'œuvre, mais également des matériaux utilisés, augmenter considérablement entre le moment de la conclusion du contrat et de son exécution.

La loi permet, dans ce domaine, les clauses de révision du prix. L'article 1601-5 de la loi du 28 décembre 1976 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie en raison de vices de construction dispose que :

« En cas de vente visée à l'art. 1601 – 4, les contrats prévus aux articles 1601 – 2 et 1601 – 3 ne peuvent être conclus qu'à partir du moment où les autorisations administratives requises pour la construction envisagée auront été obtenues.

Ils doivent être conclus par acte authentique et prévoir, en dehors des indications exigées par les articles 8 et 9 de la loi sur la transcription des droits réels immobiliers :

---

<sup>42</sup> Tr. Arr. Luxembourg, 7 fév. 1984, Durhagen c/ Wormeringer.

<sup>43</sup> Voir aussi J.d.P Luxembourg, 11 janvier 1990.

- a) l'identité du propriétaire du terrain et des constructions ;
- b) la date de la délivrance des autorisations administratives et les conditions dont elles sont affectées ;
- c) la description de l'immeuble ou de la partie d'immeuble vendu et le degré d'achèvement convenu ;
- d) son prix et les modalités de paiement de celui-ci ;
- e) le délai de livraison ;
- f) lorsqu'ils revêtent la forme prévue à l'article 1601 – 3, la garantie de l'achèvement de l'immeuble ou du remboursement des versements effectués en cas de résolution du contrat à défaut d'achèvement, dans les conditions et avec les modalités à fixer par règlement grand-ducal. Cette garantie n'est pas exigée pour les constructions réalisées directement par l'Etat, les communes, les établissements publics et les sociétés dans lesquelles ces collectivités publiques possèdent une participation majoritaire.

Ils doivent mentionner si le prix est ou non révisable et, dans l'affirmative, les modalités de sa révision

[...]

*L'inobservation des dispositions du présent article entraîne la nullité du contrat [...] »*

Aucune réglementation des modalités de révision du prix n'existe.

Les parties ont la plus grande liberté pour déterminer le critère d'adaptation de leur choix. Le seul prérequis est d'indiquer clairement ce critère afin d'éviter toute ambiguïté possible concernant son utilisation.

Selon Messieurs Marc ELTER et Fernand SCHOCKWEILER, « la révision du prix par rapport à l'indice de la construction serait sans doute la plus logique. [...] l'indice du coût de la vie qui présente l'avantage d'une publicité mensuelle peut être jugé sans rapport direct avec le coût de la construction »<sup>44</sup>.

L'adoption de nouveaux régimes dérogatoires est envisageable, en marge de la consécration d'une réglementation générale.

---

<sup>44</sup> M.ELTER et F.SCHOKWEILER, *Copropriété des immeubles bâtis et ventes d'immeubles à construire au Grand-Duché de Luxembourg*, Luxembourg, 1978.

### **Chapitre III : Contenu de la réglementation des indexations**

Aucun des systèmes juridiques étudiés n'interdit purement et simplement l'indexation. Dans tous les cas, certains indices sont licites et d'autres illicites. La question principale, sur le fond, est de savoir quels sont les critères permettant de distinguer les indices licites de ceux qui ne le sont pas. Mais, auparavant, se pose une question, plus formelle, liée à la structure de la réglementation : faut-il poser un principe d'interdiction assorti d'exceptions (l'indexation est illicite sauf si...), ou, à l'inverse, poser un principe de liberté encadrée (les clauses d'indexation sont licites à condition que...). Sur ces deux questions, qui sont étroitement liées, nous examinerons successivement les enseignements du droit comparé avant de formuler nos préconisations en droit luxembourgeois.

#### **Section 1 : Les enseignements du droit comparé**

##### **A. Le droit français**

On se limitera ici à la présentation des règles de droit commun, telles qu'elles figurent aujourd'hui au Code monétaire et financier. L'essentiel des règles tient dans une limitation de la liberté des parties dans le choix de l'indice. On signalera cependant une autre règle, spécifique aux contrats à exécution successive (lesquels constituent le domaine privilégié de l'indexation), qui a trait à la manière dont l'indice choisi doit être appliqué : la loi pose ici l'interdiction de faire jouer l'indice sur une période de référence plus large que le temps effectivement écoulé.

Art L 112-1 al. 2 :

*« Est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment des baux et locations 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. »*

##### **a) Structure de la réglementation française**

En ce qui concerne la **structure de la législation française**, il convient d'abord de relever que le régime ne repose pas sur une autorisation administrative préalable : la licéité des clauses est appréciée *a posteriori* par le juge en cas de contestation.

La réglementation française se présente sous la forme radicale d'une interdiction de l'indexation (art L 112-1 al. 1 du Code monétaire et financier). Cependant, cette formule est trompeuse, car cette interdiction est édictée « *sous réserve* » des articles suivants.

*« Sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article L 112-2 et des articles L 112-3, L 112-3-1 et L 112-4, l'indexation automatique des prix de biens ou de services est interdite ».*

Il est vrai que l'article L 112-2 se présente lui-même sous la forme d'une interdiction « [...] *est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties* ». Dans l'esprit du législateur de 1958, cette formulation signifiait clairement que l'indexation conventionnelle devait rester exceptionnelle. Cependant, par la suite, la jurisprudence a complètement renversé le principe d'interprétation : la Cour de cassation a, en effet, jugé que le principe était celui de la liberté contractuelle, et que les dispositions de l'ordonnance de 1958 devaient être interprétées restrictivement comme dérogoires à ce principe<sup>45</sup>. En outre, la diminution progressive du domaine de

---

<sup>45</sup> Cass. 3e civ., 15 févr. 1972, no 70-13.280, Bull. civ. III, no 100, JCP G 1972, II, no 17094, obs. LÉVY J-Ph., D. 1973, jur., p. 417, note GHESTIN J.

la réglementation (Cf. *supra*) ainsi que l'édition de présomptions de licéité de certains indices (Cf. *infra*) ont complètement fait oublier l'esprit de la législation d'origine. Aujourd'hui, 'on peut dire qu'en France, le principe est la liberté de l'indexation, et les limites sont l'exception.

Il faut observer que, dans le cadre des réglementations spéciales dérogatoires au droit commun (baux, contrats d'hébergement des personnes âgées), la formule choisie est très différente : au lieu de limiter la liberté dans le choix de l'indice, on plafonne le montant des augmentations pouvant survenir au cours de la vie du contrat.

## b) Critères de licéité des indices

En ce qui concerne les **critères de licéité des indices**, l'article L 112-2 pose une double règle :

L'article L 112-2 al. 1 interdit par principe les clauses se référant à des indices généraux : « *est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires* ». Ces indices généraux sont, en effet, les plus inflationnistes. Il faut rappeler cependant que l'indexation sur le niveau général des prix, normalement illicite, est licite dans les contrats énumérés à l'article L 112-3 (et notamment dans les prêts bancaires à finalité professionnelle).

Le texte limite ensuite la liberté des parties dans le choix des indices spéciaux : sont illicites les indices qui n'ont pas de « *relation directe avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties* ». Ici encore, les critères choisis s'inscrivent assez nettement dans la finalité de dirigisme économique de la législation française : il s'agit d'éviter que les hausses intervenues dans un secteur de l'économie se répercutent, par le jeu des clauses d'indexation, dans d'autres secteurs. Cependant, bien que le texte se présente comme une exception au principe d'interdiction, il a constamment fait l'objet, dans tous ses éléments, d'une interprétation large par la jurisprudence.

La notion d'objet du contrat n'est pas entendue au sens du droit civil – cela doit s'entendre, non seulement des prestations prévues au contrat, mais aussi de l'objectif poursuivi par les parties au contrat : on peut ainsi indexer sur le coût de la construction un prêt destiné à l'acquisition ou à la construction d'un bien immobilier<sup>46</sup>. La notion d'objet est donc entendue de manière très libérale, et, sur ce point, la position allemande (Cf. *infra*) semble beaucoup plus stricte.

La notion d'activité d'une des parties s'entend de l'activité professionnelle. Mais il n'est pas nécessaire que cette activité soit l'activité principale d'une des parties<sup>47</sup>. Si le prêt est consenti à deux époux, il suffit que l'indice choisi ait un lien avec l'activité de l'un des deux<sup>48</sup>. Mais l'on considère, par exemple, que la retraite est le prolongement d'une activité professionnelle (indexation possible d'une convention passée par un retraité sur la valeur des points de retraite). Par ailleurs, il faut tenir compte de l'activité au jour du contrat, peu importe qu'elle change par la suite.

La relation directe entre l'indice et l'objet ou l'activité est également entendue très largement. Par exemple, un contrat sans finalité professionnelle peut être indexé sur un indice lié à la profession d'une partie, un prêt consenti à un pâtissier peut être indexé sur le prix des amendes<sup>49</sup>, un prêt consenti à un restaurateur peut être indexé sur le prix de l'eau minérale<sup>50</sup>, l'indexation sur une

---

<sup>46</sup> Jurisprudence constante. Voir par exemple : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 janv. 1974, no 72-13.846, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 14, JCP G 1974, II, n<sup>o</sup> 17806, note LÉVY J.-Ph. ; CA Paris, 15 déc. 1980, Gaz. Pal. 1981, 1, jur., p. 270 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 26 avr. 1988, n<sup>o</sup> 86-12.225.

<sup>47</sup> Cass. 3<sup>er</sup> civ., 15 févr. 1972, no 70-13.280, Bull. civ. III, no 100, JCP G 1972, II, n<sup>o</sup> 17094, obs. LÉVY J.-Ph., D. 1973, jur., p. 417, note GHESTIN J.

<sup>48</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 18 juin 1980, no 78-12.195, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 192.

<sup>49</sup> CA Paris, 2 oct. 1968, JCP G 1969, IV, p. 218.

<sup>50</sup> Cass. com., 31 janv. 1984, n<sup>o</sup> 82-16.533, Bull. civ. IV, n<sup>o</sup> 49.

monnaie étrangère est licite, même s'il s'agit d'un contrat purement interne, dès lors qu'une des parties est un banquier.<sup>51</sup>

Il convient donc de remarquer qu'il n'est pas nécessaire que le bien choisi comme indice ait directement une incidence sur l'évolution des coûts de la prestation : de ce point de vue, la réglementation française se distingue clairement de la position du droit belge qui sera examinée ci-après.

Pour réduire l'insécurité qui pourrait résulter, pour les parties, de l'appréciation de ces critères par le juge, le législateur a posé, postérieurement au texte d'origine, des présomptions de licéité de certains indices particuliers dans certains contrats. Selon les alinéas 3 et 4 de l'article L 112-2 :

*« Est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'Institut national des statistiques et des études économiques ou, pour des activités commerciales ou artisanales définies par décret, sur la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux publié dans des conditions fixées par ce même décret par l'Institut national de la statistique et des études économiques.*

*Est également réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble toute clause prévoyant, pour les activités autres que celles visées au premier alinéa ainsi que pour les activités exercées par les professions libérales, une indexation sur la variation de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques dans des conditions fixées par décret ».*

Il s'agit là de présomptions irréfragables, qui viennent en réalité réduire encore le champ de l'interdiction légale. Ces présomptions n'excluent pas que, pour les opérations considérées, les parties choisissent d'autres indices, mais ceux-ci devront alors être en relation directe avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties.

## **B. Le droit allemand**

### **a) Structure de la réglementation allemande**

Ainsi qu'il a été exposé dans l'historique du droit allemand (Cf. *infra* introduction), le régime allemand a, pendant une cinquantaine d'années, été marqué par un système d'autorisation administrative des différentes clauses d'indexation. Les clauses d'indexation étaient ainsi interdites par principe et devaient être validées au cas par cas par un office fédéral. Dans la pratique, toutes les clauses d'indexation étaient soumises à l'office qui rendait une décision faisant foi entre les parties ; une contestation *a posteriori* de la validité de la clause n'était donc pas envisageable. Il est incontestable que cette procédure de validation était particulièrement lourde et assurément peu compatible avec le principe de la liberté contractuelle. Néanmoins, les praticiens s'en étaient accommodés et, si la procédure était remise en question, ceci était particulièrement le fait de représentants des pouvoirs publics en charge de la procédure, laquelle était gratuite pour les demandeurs.

Depuis 2007, le régime est marqué par une interdiction de principe complétée par de nombreuses exceptions couvrant les contrats de longue durée à l'égard desquels une indexation est utile et légitime. De fait, tous les contrats dans lesquels la question de l'ajustement automatique du prix se pose bénéficient d'une indexation licite, ce qui octroie aux parties une liberté contractuelle relativement large. Néanmoins, le principe reste celui de l'interdiction de l'indexation basée sur des produits ou prestations étrangers à ceux objet du contrat. Il faut, par ailleurs, noter que les contrats de

---

<sup>51</sup> Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-14.406, Bull. civ. IV, n° 98 – Cette solution serait remise en cause si l'amendement proposé dans le cadre de la loi de protection des consommateurs était adopté (Cf. *supra* p. 6 note 9).

consommation, quelle qu'en soit la nature juridique, bénéficient de règles spéciales visant à s'assurer que le consommateur est bien informé de l'indexation convenue et n'est pas particulièrement désavantagé par son fonctionnement.

Il semble que, pour l'instant, l'Allemagne n'est pas prête à libéraliser complètement le régime des clauses d'indexation. La crise actuelle de l'euro devrait, de plus, contribuer à renforcer les craintes des Allemands d'un affaiblissement de la stabilité des prix et, par là, leur attachement à un encadrement législatif des clauses d'indexation.

## **b) Critères de licéité des indices**

La loi allemande sur l'indexation autorise très généralement les indexations basées sur des produits ou prestations objet du contrat. Toute clause n'utilisant donc pas des indices reposant sur des biens ou prestations étrangers aux biens ou prestations objet du contrat est valable et n'entre même pas dans le champ de la *Preisklauselgesetz*.

La loi allemande vise d'ailleurs expressément, au § 1 al. 2 n° 2, ces clauses comme placées en dehors du champ d'application de la réglementation en les définissant comme des clauses mettant en rapport des biens ou des prestations qui sont, pour l'essentiel, similaires ou tout au moins comparables<sup>52</sup>.

L'on peut en déduire que la loi allemande autorise toute indexation se référant à un indice en rapport avec les biens ou prestations objet du contrat. Ce faisant, la loi allemande exige que les biens ou prestations pris en référence soient similaires ou comparables à ceux faisant l'objet du contrat.

La notion de « *biens ou prestations objet du contrat* » est d'interprétation restrictive et n'englobe pas, par exemple, l'activité générale d'une partie à l'image du droit français.

Ainsi, dans un premier temps, il est interdit d'utiliser un indice général couvrant plusieurs biens dont, entre autres, le bien faisant l'objet du contrat.

Or, il faut constater que, sauf contrat de vente dans un secteur industriel précis, les rédacteurs de contrats vont rarement faire évoluer le prix des marchandises en fonction d'un bien et encore moins d'une prestation comparable. Ils se référeront plutôt à un indice général.

C'est la raison pour laquelle ni la doctrine, ni la jurisprudence en Allemagne ne traite de l'indexation basée sur des biens ou prestations comparables à ceux prévus dans le contrat.

Ainsi qu'il a été exposé plus haut (Cf. *infra* chapitre II p 21) la loi allemande désigne, pour chaque catégorie de contrats, les indices licites. Ces indices sont désignés concrètement soit par référence à un indice précis (par exemple, l'indice allemand du coût de la vie), soit par l'indice des prix à la consommation de l'Office des statistiques de l'Union européenne dont les auteurs ne sont pas précisés.

Dans ce cas, les indices sont définis concrètement et, finalement, font référence à des indices généraux tels que l'indice axé sur l'évolution générale des salaires ou retraites.

Enfin, la disposition du Code civil allemand relative à l'indexation des loyers d'habitation n'autorise que l'usage de l'indice du coût de la vie publié par l'Office allemand des statistiques.

---

<sup>52</sup> Le texte allemand est le suivant : „Klauseln, bei denen die in ein Verhältnis zueinander gesetzten Güter oder Leistungen im Wesentlichen gleichartig oder zumindest vergleichbar sind (Spannungsklauseln)“.

## C. Le droit belge

### a) Structure de la réglementation belge

La structure de la réglementation belge a, comme point de départ, la consécration jurisprudentielle des clauses d'indexation par la Cour de cassation, qui précisa le caractère et la portée de l'article 1895 du Code civil (Cf. *supra*).

Les clauses d'indexation sont donc, en principe, permises en droit belge. De plus en plus de réglementations limitent néanmoins cette liberté.

Par exemple, les contrats de crédit hypothécaire ne peuvent être liés à aucun index. La loi prévoit néanmoins l'exception en vertu de laquelle le crédit est accordé sous forme de prêt sans stipulation d'intérêt.

En ce qui concerne les contrats de consommation, trente-trois clauses sont, aux termes de la loi, réputées abusives et déclarées nulles. Ainsi, seule la clause d'indexation répondant aux conditions prévues par la loi est admise.

Dans les contrats d'assurance maladie, le principe est que l'assureur ne peut plus, en cours de contrat, modifier les bases techniques du calcul de la prime. L'indexation de la prime, de la franchise et des prestations est donc l'exception.

On retrouve l'interdiction des clauses d'indexation dans les contrats commerciaux et industriels. L'article 57 §1<sup>er</sup> de la loi du 30 mars 1976 relative aux mesures de redressement économique interdit et frappe de nullité « *toute formule d'indexation des prix industriels et/ou commerciaux des tarifs et des paramètres de formule de fluctuation des prix liés à l'indice des prix, à la consommation ou à tout autre indice* ».

L'article 57 §2 de la même loi prévoit que les clauses de révision de prix ne sont admises que dans la mesure où « *celles-ci ne s'appliquent qu'à concurrence d'un montant maximum de 80% du prix final et se réfèrent à des paramètres représentant les coûts réels, chaque paramètre étant uniquement applicable à la partie du prix correspondant au coût qu'il représente* ».

La loi met néanmoins en place un système d'exceptions par lequel le ministre des affaires économiques peut accorder, par secteur, des dérogations tant en ce qui concerne l'importance de la limitation à 80 %, que sur les paramètres de référence, telle qu'elle résulte de la loi du 30 juillet 1971. Une dérogation a été notamment accordée aux sociétés de gardiennage.

La Cour de cassation a, par ailleurs, rappelé des principes contenus dans la loi : « *l'article 57 interdit toute formule d'indexation automatique des prix industriels ou commerciaux sur la base d'un index général mais permet l'adaptation sous d'autres formes même automatiques, lorsqu'il y a un lien entre le coût et le prix, avec un facteur fixe d'au moins 20%* »<sup>53</sup>.

Il faut observer que, dans le cadre des baux de résidence principale conclus par écrit, la formule choisie, bien que réglementée, est différente : le principe de l'indexation est de règle, l'exclusion est l'exception.

De plus, dans les baux commerciaux, les parties ont la liberté de contractuellement prévoir une clause d'indexation.

---

<sup>53</sup> Cass., 10 novembre 1994, Pas. 1994, II, p. 941.

Comme nous le verrons, dans les réglementations spéciales, le choix de l'indice peut être imposé et l'indexation, si elle est permise, peut être encadrée par une formule déterminée.

## b) Critères de licéité des indices

En ce qui concerne le critère de l'indexation licite, nous différencierons le droit commun des réglementations spéciales, nous expliciterons également certains indices courants en droit belge.

### 1. Contrats non soumis à une réglementation spéciale

D'une manière générale, tout rédacteur de contrat est conscient de la nécessité d'adapter le contrat à la hausse des coûts de production ou à la dépréciation monétaire.

Les parties à un contrat ont donc la possibilité d'inclure des clauses d'indexation dans un contrat. Il n'en demeure pas moins qu'elles seront avisées de vérifier la compatibilité de la clause envisagée avec le droit applicable.

Si les parties souhaitent conférer aux clauses de révision de prix des effets automatiques, elles devront donc organiser leur mise en œuvre dans les moindres détails.

Le professeur Van Ommeslaghe souligne d'ailleurs qu' « *il faut [...] recommander une grande précision dans le choix des paramètres et dans l'énoncé d'éventuelles solutions de rechange si certains paramètres cessaient d'être disponibles. À défaut, la clause risque de ne pouvoir être appliquée et elle ne sera en ce cas remplacée par aucune adaptation* »<sup>54</sup>.

Le mécanisme d'indexation suppose qu'un élément variable du contrat soit placé en relation avec une référence désignée par les parties et qu'un système d'adaptation établisse la relation<sup>55</sup>.

Serait, par exemple, frappée de nullité, la vente dont le prix serait indexé en fonction de la conjoncture économique. Le juge pourrait, tout au plus dans un tel cas, par voie d'interprétation, rechercher la formule d'indexation retenue par les parties<sup>56</sup>.

En outre, le principe de la liberté contractuelle permet aux parties de créer un *index-number* conventionnel qui leur serait propre. En effet, les volontés individuelles peuvent tout ce que la loi n'interdit pas. Elles peuvent établir leur critère particulier de référence pour autant, toutefois, que le cours de chaque denrée prise en considération soit officiel ; il ne peut être fait usage des prix pratiques sur un éventuel marché clandestin<sup>57</sup>.

### 2. Types d'indices

De nombreux indices ont néanmoins été développés, les plus usités étant l'indice des prix à la consommation et l'indice dérivé dit « indice de santé ».

Parmi les indices existants, l'indice des prix de détail reste le plus utilisé.

Celui-ci a été instauré à l'initiative du ministre socialiste J. Wauters, au début du XX<sup>e</sup> siècle, en vue de sauvegarder le pouvoir d'achat des travailleurs. Cet indice reflète l'évolution du coût de la vie en

---

<sup>54</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux*, RIDC, 1980, p. 11.

<sup>55</sup> R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, *Rev. Trim. Dt. Civ.*, 1983, p. 11.

<sup>56</sup> A. FORIERS, *Contrats spéciaux*, Tome 1, 15<sup>ème</sup> éd., P.U.B., p. 30.

<sup>57</sup> J. VAN MULLEN, *L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations*, *Ann. Dr. Liège*, 1978, p.102.

Belgique et se calcule sur un ensemble de biens et services représentatifs du niveau général des prix à la consommation. Nous n'entrerons pas dans plus de détails en ce qui concerne l'indexation des salaires des travailleurs qui nous renvoie directement au principe de l'indexation légale (exclu de la présente étude).

Depuis sa naissance, l'index a subi huit réformes. Ces réformes ont entraîné une extension et une pondération des localités, une extension et une pondération des témoins sur base des enquêtes sur le budget des ménages ainsi qu'une extension et une modification des méthodes de calcul des index de certains témoins, comme les voitures.

Il existe également, en droit belge, depuis 1997, l'indice des prix à la consommation harmonisé. Il sert uniquement à contrôler le critère de la stabilité des prix du Traité de Maastricht dans les États membres de l'Union européenne et permet de comparer les chiffres de l'inflation des différents pays de l'Union européenne.

Cependant, la famille de l'index s'est élargie. Outre l'indice national des prix à la consommation, il existe l'indice santé, l'indice des prix à la construction, les indices boursiers, des taux d'intérêt de référence.

L'indice santé a été instauré par l'arrêté royal du 24 décembre 1993 portant exécution de la loi du 6 janvier 1989 de sauvegarde de la compétitivité du pays et fut développé à partir de l'indice des prix à la consommation. L'indice santé est calculé en supprimant 4 types de produits de l'indice des prix à la consommation, à savoir les produits de tabac, les boissons alcoolisées, les essences et le diesel. De ce fait, il évolue moins vite à la hausse que l'indice des prix à la consommation.

L'indice ABEX reflète les changements du prix moyen pour la construction d'immeubles en Belgique.

### 3. Contrats soumis à une réglementation spéciale

Le critère de l'indexation licite au sein des réglementations spéciales est le suivant.

#### 3.1. Les baux

Le calcul de l'indexation se fait obligatoirement selon la formule suivante :

$\text{Loyer de base} \times \frac{\text{Nouvel indice}}{\text{Indice de départ}}$
--

Jusqu'en décembre 1993, l'indexation se basait toujours sur les fluctuations de l'indice des prix à la consommation. Depuis 1994, il faut utiliser obligatoirement l'indice santé.

#### 3.2. Les contrats de consommation

L'intégration d'une clause d'indexation dans un contrat n'est autorisée que si l'indexation de prix n'est pas illicite et que le mode d'adaptation du prix est explicitement décrit dans le contrat.

À défaut, la clause risque d'être considérée comme abusive.

#### 3.3. Les crédits hypothécaires

L'indice que l'on peut contractuellement prévoir dans les crédits hypothécaires ne peut être que l'indice des prix à la consommation.

### 3.4. Les contrats d'assurance maladie

La loi prévoit que la prime, la franchise et la prestation du contrat peuvent être adaptées à la date d'échéance annuelle de la prime sur la base de l'indice des prix à la consommation.

En outre, la prime, la franchise et la prestation peuvent être adaptées, à la date d'échéance annuelle de la prime et sur la base d'un ou plusieurs indices spécifiques, aux coûts des services couverts par les contrats privés d'assurance maladie si et dans la mesure où l'évolution de cet ou de ces indices dépasse celle de l'indice des prix à la consommation.

La méthode de construction de ces indices est faite par le Roi, sur proposition conjointe des ministres qui ont les assurances et les affaires sociales dans leurs attributions, après consultation du Centre fédéral d'expertise des soins de santé. À cet effet, le Roi :

- sélectionne un ensemble de paramètres objectifs et représentatifs ;
- détermine le mode de calcul des valeurs de ces paramètres ;
- détermine les poids respectifs de ces paramètres dans le ou les indices.

Sur la base de la méthode fixée par le Roi, le SPF Économie calcule et publie annuellement au Moniteur belge la valeur de l'indice ou des indices, sur la base des chiffres connus au 30 juin. La publication du résultat se fait au plus tard le 1<sup>er</sup> septembre. Le Roi peut augmenter la fréquence du calcul et de la publication de la valeur de l'indice ou des indices.

### 3.5. Les contrats industriels et commerciaux

Comme nous l'avons souligné *supra*, les clauses de révision de ces contrats sont limitées quant au montant et aux modalités. Premièrement, la clause de révision n'est autorisée qu'à concurrence de 80% du prix final fixé et, deuxièmement, la révision du prix ne peut intervenir qu'en fonction de paramètres qui ont trait aux coûts réels constituant des éléments du prix final (ex. salaires ou énergie) et seulement pour la partie qu'ils représentent dans le prix final.

## **Section 2 : Les critères à retenir en droit luxembourgeois**

L'étude des différents systèmes nationaux en la matière fait apparaître deux approches radicalement différentes quant à la détermination de la licéité de l'indice.

### **A. Critères extérieurs au contrat**

Les indices peuvent être soit extérieurs au contrat et en liaison avec celui-ci, comme en droit français ou en droit allemand. Les indices sont licites dès lors qu'ils ont un lien avec l'objet du contrat ou l'activité d'une ou de plusieurs des parties.

Le groupe d'étude recommande, pour plus de simplicité et de lisibilité, notamment en cas de contentieux, de ne retenir dans cette approche qu'un seul critère, le plus objectif possible.

À ce titre, et au vu de l'expérience française, le critère de l'objet du contrat a très nettement la préférence du groupe d'étude. Le critère de l'activité des parties s'est avéré beaucoup moins précis et plus discuté en jurisprudence.

### **B. Indices ou évolutions portant sur des facteurs internes au contrat**

La seconde approche fait varier le prix d'une prestation en fonction de celui d'un ou plusieurs éléments qui entrent effectivement dans le calcul de ce prix, notamment les coûts en amont.

Ce système se retrouve en droit belge et correspond à la législation concernant les marchés publics d'ores et déjà en vigueur au Luxembourg.

Ainsi, selon l'article 104 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 :

*« Les adaptations du contrat se faisant à la suite de variations de prix prévues ci-dessus ont pour objet, ou bien d'éviter à l'adjudicataire des pertes dont il ne peut être rendu responsable, ou bien d'éviter la réalisation d'un bénéfice supplémentaire au profit de l'adjudicataire. Ces adaptations constituent des révisions de prix et se limitent par conséquent exclusivement à l'effet des variations constatées dans ceux des facteurs des prix de revient qui ont changé, ainsi qu'aux taxes et charges sociales qui s'y rattachent d'une façon proportionnelle ».*

Un critère de proportionnalité est, en l'occurrence, utilisé dans cette formule. En définitive, ce sont donc des facteurs internes au contrat qui sont pris en considération.

Le groupe d'étude est d'avis qu'un tel système est difficile à généraliser à l'ensemble des contrats du fait des difficultés pratiques évidentes de son mode de calcul.

Cette critique est encore renforcée pour les contrats de consommation. Ce système paraît, en effet, peu adapté dans une logique de protection du consommateur, du fait de sa technicité, de sa complexité et de son manque de lisibilité.

### **C. Indices réputés licites**

Le groupe d'étude préconise de favoriser les indices officiels déjà appliqués au Luxembourg. Dans ce contexte, le groupe s'est référé aux indices listés par le STATEC (Institut National de la Statistique et des Études Économiques du Grand-Duché de Luxembourg).

Selon le STATEC, *« un indice mesure la variation dans le temps d'une variable économique par rapport à une période de référence ».*

Un indice peut aussi être défini comme *« un indicateur économique qui mesure l'évolution d'une variable dans le temps, comme par exemple un prix. C'est le rapport de la valeur de cette grandeur à une valeur de référence multiplié par 100 ».* La variation calculée est mesurée en valeur relative et non en valeur absolue.

Une réflexion pourrait être engagée au sein ou en collaboration avec cet organisme en vue d'élaborer éventuellement de nouveaux indices de référence, en lien étroit avec certains secteurs d'activités ou certaines activités économiques identifiées.

Afin d'inciter les professionnels à faire référence à ces indices officiels, ces derniers pourraient bénéficier d'une « présomption de licéité » posée par la loi et qui pourrait être irréfragable. Cela renforcerait notablement la sécurité juridique.

Il ne semble cependant pas souhaitable de limiter la liste des indices admissibles aux seuls indices officiels. Cette liste d'indices officiels ne serait donc pas limitative et les parties conserveraient la liberté de se référer à des indices au mode de calcul convenu.

## **Chapitre IV : Sanctions du non-respect de la réglementation**

### **Section 1 : Les enseignements du droit comparé**

#### **A. Le droit français**

##### **a) La nullité**

La sanction est, en principe, la **nullité de la clause d'indexation**. Cette sanction suscite divers problèmes, qui ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante.

##### 1. La mise en œuvre de la nullité

Quant à la mise en œuvre de la nullité, s'agit-il d'une nullité absolue ou relative ? Après quelques hésitations, la jurisprudence française est fixée dans le sens de la nullité absolue : les deux parties peuvent invoquer la nullité, le juge peut la soulever d'office et il n'y a pas de confirmation possible<sup>58</sup>. Cette solution est en harmonie avec la finalité de la réglementation des clauses d'indexation qui est clairement, en droit français, un objectif de dirigisme économique.

##### 2. L'étendue de la nullité

Quant à l'étendue de la nullité, la question s'est posée de savoir :

Si la nullité concerne la seule clause ou le contrat dans son entier ? On applique le critère traditionnel (la recherche de la volonté des parties et de l'importance que la clause avait pour elles). Cela aboutit à consacrer la validité de principe des clauses d'indivisibilité par lesquelles les parties prévoient que la nullité de la clause entraînera celle du contrat tout entier<sup>59</sup>. Mais, dans le cas particulier de l'article L 112-1 al. 2, la clause est « *réputée non écrite* ». Par ailleurs, en matière de baux commerciaux, la jurisprudence refuse, par principe, de considérer que la nullité de la clause d'indexation entraîne celle de tout le contrat, pour éviter que le locataire commerçant ne soit dissuadé de contester la clause.<sup>60</sup>

Si la nullité de la clause elle-même est nécessairement totale ? Il a été admis qu'en cas de panachage de plusieurs indices, dont certains sont illicites, le juge peut appliquer les seuls indices licites<sup>61</sup>.

##### **b) Substitution d'un indice licite à un indice illicite**

Au-delà, l'on se demande si le juge peut **substituer un indice licite à un indice illicite**. La jurisprudence reconnaît le pouvoir au juge de substituer un indice lorsque l'indice choisi par les parties était erroné ou a ultérieurement disparu (indice ayant cessé d'être publié), dès lors qu'on peut trouver un indice équivalent, et que cette substitution paraît conforme à la volonté des parties<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Cass. Com, 3 novembre 1988, D 1989, p. 93, note MALAURIE Ph. et somm. 234, obs. AUBERT, J.-L.

<sup>59</sup> Cass. com., 27 mars 1990, n° 88-15.092, Bull. civ. IV, n° 93, D 1991, jur., p. 289, note MESTRE J.

<sup>60</sup> Cass. 3° civ., 6 juin 1972, no 71-11.279, Bull.civ. III, n° 369, D. 1973, jur., p. 151, note MALAURIE Ph. ; Cass. 3° civ., 9 juill. 1973, n° 71-12.660, Bull. civ. III, n° 670, D. 1974, jur., p. 24, note MALAURIE Ph.

<sup>61</sup> Cass. 3° civ., 16 juill. 1974, n° 73-11.275, Bull. civ. III, n° 311, D. 1974, jur., p. 681, note MALAURIE Ph.

<sup>62</sup> Cass. 3° civ., 8 oct. 1974, n° 73-12.637, D. 1975, jur., p. 189 ; Cass. 1° civ., 4 déc. 1967, n° 65-13.256, JCP G 1968, IV, p. 7.

Certaines décisions ont admis la même solution en cas de choix d'un indice illicite<sup>63</sup>. Mais cette solution est contestée, car elle pourrait nuire à l'efficacité de la sanction : le créancier qui introduit, dans le contrat, une clause prohibée risque tout au plus que l'indice soit rectifié, il ne risque pas de perdre le bénéfice de l'indexation.

## B. Le droit allemand

Tout d'abord, il convient de relever que le droit allemand ne connaît pas en la forme la distinction entre nullité absolue et nullité relative.

Sous l'empire du régime antérieur à la réforme de 2007, la clause non validée par l'Office allemand était frappée de nullité. Précisément, la clause qui n'avait pas été soumise à l'Office pour validation était considérée, tout d'abord, comme étant nulle (*schwebend unwirksam*) ; sa validation ultérieure par l'Office conduisait, cependant, à une exonération de l'interdiction d'indexation à effet rétroactif. D'autre part, la clause soumise à l'Office mais non validée par ce dernier était frappée de nullité rétroactive (§ 134 BGB). Sauf stipulation contraire du contrat (qui est d'usage en Allemagne), la nullité devait, en principe, s'étendre à l'intégralité du contrat (§ 139 BGB). Les tribunaux admettaient cependant que la bonne foi contractuelle des parties les obligeait à substituer à la clause nulle une clause d'indexation valable<sup>64</sup>.

La *Preisklauselgesetz* a apporté un changement radical des conséquences juridiques de la nullité de la clause. Le § 8 prévoit désormais expressément que la nullité de la clause d'indexation opère, sauf stipulation contraire des parties, à la date à laquelle la nullité a été constatée par une décision judiciaire définitive ; il n'y a donc plus rétroactivité de la nullité, et les paiements effectués sur le fondement de la clause d'indexation nulle ne doivent aucunement être restitués. En allemand, le texte dispose comme suit :

*« Die Unwirksamkeit der Preisklausel tritt zum Zeitpunkt des rechtskräftig festgestellten Verstoßes gegen dieses Gesetz ein, soweit nicht eine frühere Unwirksamkeit vereinbart ist. Die Rechtswirkungen der Preisklausel bleiben bis zum Zeitpunkt der Unwirksamkeit unberührt. »*

Il est évident que, selon les circonstances, des augmentations importantes de prix peuvent avoir lieu pendant une période conséquente sur le fondement d'une clause nulle et que, donc, la nullité prononcée ultérieurement n'est pas réellement sanctionnée. Cet aspect de la *Preisklauselgesetz* fut largement débattu pendant la procédure d'adoption de la loi, des parlementaires invoquant le risque que des clauses d'indexation manifestement nulles soient imposées par le contractant ayant un fort pouvoir de négociation. Cet argument fut cependant rejeté au motif que les parties ont, à tout moment, la possibilité de saisir les tribunaux de l'examen de la clause supposée illicite<sup>65</sup>.

Par ailleurs, se pose toujours la question de l'incidence de la nullité de la clause sur le reste du contrat. À défaut d'une jurisprudence récente sur cette question, les auteurs se réfèrent encore aujourd'hui à l'ancienne jurisprudence imposant aux parties de convenir d'une nouvelle clause valable afin de remplacer la clause déclarée nulle<sup>66</sup>. Néanmoins, il n'est pas acquis que cette jurisprudence soit encore applicable, l'absence de rétroactivité de la nullité plaçant les parties dans une situation

---

<sup>63</sup> Cass. com., 7 janv. 1975, n° 80-11.094, D. 1975, jur., p. 516, note MALAURIE Ph., JCP G 1975, II, n° 18167, obs. GHESTIN J.; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 nov. 1981, n° 80-11.060, Bull. civ. I, n° 332, RTD civ. 1982, p. 601, obs. CHABAS F.; Cass. 3<sup>er</sup> civ., 22 juill. 1987, n° 84-10.548, Bull. civ. III, n° 151; Cass. 3<sup>er</sup> civ., 4 février 1998, n° 96-13305.

<sup>64</sup> Bundesgerichtshof, 18 octobre 1985, NJW 1986, 932.

<sup>65</sup> V. les références aux travaux parlementaires chez REUL, *Aufhebung der Genehmigungspflicht bei Wertsicherungsklauseln – Das neue Preisklauselgesetz*, MittBayNot 2007, 445.

<sup>66</sup> Voir REUL, *Aufhebung der Genehmigungspflicht bei Wertsicherungsklauseln – Das neue Preisklauselgesetz*, MittBayNot 2007, 451; Kirchhoff, *Das Verbot von Wertsicherungsklauseln im neuen Preisklauselgesetz*, DNotZ 2007, 923.

complètement différente de celle prévalant avant 2007. Les praticiens recommandent en tout cas de prévenir une telle difficulté par une rédaction contractuelle appropriée.

### C. Le droit belge

Les sanctions diffèrent selon les régimes analysés.

#### a) La nullité

##### 1. Contrats non soumis à une réglementation particulière

L'efficacité d'une clause d'indexation suppose que le contrat définisse très précisément ses conditions d'application et que l'indice de référence (indice qui donne lieu à une adaptation) soit établi conformément aux prévisions contractuelles, sous peine de quoi l'objet du contrat pourrait être considéré comme indéterminé.

Un objet non déterminé implique que l'obligation en cause sera annulable. Au départ relative, la nullité a, par la suite, été considérée comme absolue par la Cour de cassation<sup>67</sup>. Cette solution est approuvée par une partie de la doctrine qui fait valoir que l'on ne concevrait pas la confirmation d'un contrat dont l'objet serait impossible ou indéterminé<sup>68</sup>.

La nullité absolue peut être postulée par toute personne intéressée, voire être prononcée d'office par le juge. Une telle nullité n'est pas susceptible de confirmation et est rétroactive.

Les conséquences de la nullité font appel à une appréciation du juge sur deux ordres de questions. Il faut, en premier lieu, déterminer si la nullité va porter sur le contrat tout entier ou seulement sur la clause contraire à l'ordre public.

Toute la convention sera annulée s'il est établi que la clause illicite forme avec les autres dispositions contractuelles un ensemble indivisible ou si elle est un mobile déterminant de la convention.

La pratique contractuelle révèle des cas dans lesquels les parties ont réglé elles-mêmes la question, en stipulant soit que la nullité d'une clause du contrat entraînera la nullité du contrat intégralement, soit qu'au contraire, cette nullité sera limitée à la clause incriminée.

Le juge ne pourrait assurément pas refuser de donner effet à la première stipulation ; celle-ci est d'une incontestable validité, puisqu'elle n'implique aucune restriction aux sanctions de la violation de l'ordre public.

La seconde stipulation ne pourrait, par contre, empêcher l'extension de la nullité au contrat tout entier s'il apparaît que la clause illicite forme un tout indivisible avec ce contrat ou qu'elle en est un mobile déterminant ; le juge pourra toutefois y avoir égard comme indice révélateur de la volonté des parties, pour la détermination de leurs mobiles déterminants et de l'économie générale de la convention<sup>69</sup>.

Il est à noter que le juge pourrait, par voie d'interprétation, rechercher la formule d'indexation retenue par les parties. En ce sens, il a été admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que lorsqu'il a été fait

---

<sup>67</sup> Cass., 9 janvier 1936, *Pas.*, 1936, I, p.110.

<sup>68</sup> P. WÉRY, Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats, *La fin du contrat*, CUP, 2001, vol. 51, n° 9 ; M. VON KUEGELGEN, Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités, in *Les obligations contractuelles*, Ed. J. Barr., 2000, p. 569.

<sup>69</sup> X. DIEUX, Le contrat : instrument et objet de dirigisme ?, in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. J. Barr., 1984, p. 265.

usage d'un indice officiel qui est modifié, la clause conserve son objet et sa raison d'être<sup>70</sup>. Il appartient dès lors au juge de reconstituer empiriquement l'index à l'aide des éléments d'information mis à sa disposition.

## 2. Les contrats de consommation

« *Est autorisée la clause d'indexation de prix qui n'est pas illicite et dont le mode d'adaptation de prix est explicitement décrit dans le contrat* » (sic) (art. 74 2° de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur).

À défaut, la clause sera abusive et toute clause abusive est interdite et nulle (article 75 §1). La nullité est relative et opérera rétroactivement.

Le texte précise, ensuite, que le contrat reste contraignant pour les parties, s'il peut subsister sans les clauses abusives.

## 3. Les contrats commerciaux et industriels

L'article 57 de la loi du 30 mars 1976 relative aux mesures de redressement économique est une disposition qui relève de l'ordre public et, à cet effet, sanctionne toute clause ne respectant pas les conditions précitées de nullité absolue.

La Cour de Cassation a, en cette matière, précisé que : « *lorsque la valeur d'un paramètre d'une clause de révision de prix s'écarte considérablement de la part réelle du coût que le paramètre représente dans le prix fixé au contrat, la clause de révision de prix est nulle* »<sup>71</sup>.

L'on appliquera ici également le régime de droit commun de la nullité absolue.

### **b) Une sanction spécifique : la réduction**

#### 1. Les baux

Les clauses d'indexation dont l'effet excéderait l'adaptation prévue à l'article 1728 *bis* du Code civil sont réductibles à celui-ci.

#### 2. Les crédits hypothécaires

L'article 30 de la loi du 4 août 1992 prévoit que, s'il n'est pas satisfait à l'obligation contenue dans l'article 16 alinéa 1<sup>er</sup>, les droits du prêteur et les obligations de l'emprunteur sont réduits à la partie du capital effectivement payée en espèces ou en monnaie scripturale.

### **Section 2 : Les sanctions à retenir en droit luxembourgeois**

La question des sanctions de la violation de la réglementation est une question déterminante, dans la mesure où elle commande très directement l'efficacité de cette réglementation. Une réglementation, même très restrictive, voit sa portée diminuée si les sanctions de son non-respect ne sont pas suffisamment dissuasives. Ainsi, en droit allemand, où les clauses permises sont relativement limitées, les contractants n'encourent qu'un risque assez minime à insérer dans leur contrat une

<sup>70</sup> Civ. Bruxelles, 19 octobre 1962, *J.T.*, 1963, p. 102 ; Civ. Bruxelles, 21 décembre 1962, *J.T.*, 1963, p. 424.

<sup>71</sup> Cass., 13 septembre 2001, disponible sur <http://www.cass.be>

clause illicite, dès lors que la nullité de la clause n'est pas rétroactive, et que le créancier ne sera donc pas exposé à des restitutions pour la période antérieure à la dénonciation de la clause.

De même, un système où la sanction normale serait, non la nullité de la clause, mais la substitution d'un indice licite à l'indice illicite, se révèle assez peu dissuasif, dans la mesure où le créancier ne risque pas de perdre le bénéfice de l'indexation, et que le seul risque est, pour lui, de se retrouver dans la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il avait choisi un indice conforme à la réglementation. D'un autre côté, cependant, une sanction trop dure et trop rigide peut se révéler disproportionnée par rapport aux intérêts en jeu et catastrophique pour le créancier.

Ces considérations nous incitent, d'abord, à préconiser que la question de la sanction soit explicitement réglée dans la loi (comme elle l'est en droit allemand), et que le législateur ne s'en remette pas (comme en France) à la jurisprudence pour trouver la sanction adéquate (ce qui, surtout au Luxembourg où le contentieux est fortement limité, ouvrirait une période d'incertitude).

Sur le fond, le souci de trouver une solution équilibrée entre la recherche d'efficacité de la sanction et le maintien d'une certaine proportionnalité entre cette sanction et les intérêts à satisfaire, nous amène à suggérer un régime à double vitesse, selon que le contrat en cause est un contrat entre professionnels (ou entre particuliers), ou un contrat entre un professionnel et un consommateur.

Si, d'une manière générale, il ne nous est pas apparu opportun de limiter la réglementation de l'indexation aux seuls contrats de consommation, il nous paraît, en revanche, sérieusement envisageable de prévoir des sanctions plus sévères (donc plus dissuasives) dans les contrats de consommation, dès lors que l'objectif poursuivi n'est pas seulement celui de lutter contre l'inflation, mais aussi celui de protéger le consommateur contre des augmentations trop fortes du prix à payer.

Nous sommes, dès lors, amenés à proposer le système suivant :

#### **A. Pour les contrats entre professionnels ou entre deux non-professionnels**

Pour les **contrats entre professionnels** (ou entre deux non-professionnels), la sanction de l'insertion dans le contrat d'une clause d'indexation illicite relèverait du droit commun des nullités contractuelles (qui est, en la matière, très proche du droit français). Cela signifie :

- que la nullité doit être une nullité absolue, puisqu'elle sanctionne la violation d'une règle ayant pour but la protection de l'intérêt général. Il en résulte, non seulement, que la nullité pourrait être soulevée d'office par les deux contractants, mais qu'elle pourrait être soulevée d'office par le juge ;
- que l'étendue de la nullité ne devrait pas être déterminée par la loi de manière générale, mais laissée à l'appréciation du juge en fonction, à la fois, de la volonté des parties et de leur bonne ou mauvaise foi. En particulier, conformément à une jurisprudence constante, c'est en fonction de la volonté des parties qu'il conviendrait de déterminer si la nullité doit s'étendre à l'ensemble du contrat (dans le cas où la clause était, pour les parties, un élément essentiel de leur convention) ou si elle doit être limitée à la seule clause illicite. Cela postulerait d'admettre la validité de principe des clauses dites d'indivisibilité par lesquelles les parties déclarent que la nullité d'une clause entraîne celle de tout le contrat. Mais le juge devrait pouvoir introduire un correctif, fondé sur l'exigence générale de bonne foi dans les relations contractuelles, s'il constatait, notamment en cas de déséquilibre économique entre les contractants, que cette clause a été dictée par le seul souci de dissuader le contractant faible d'invoquer la nullité de la clause au risque de perdre le bénéfice du contrat tout entier ;
- la même considération de bonne foi pourrait conduire à déclarer irrecevables les demandes en nullité formées par le créancier qui, ayant lui-même introduit la clause illicite, chercherait ensuite à tirer prétexte de cette illicéité pour se débarrasser du contrat. Le juge luxembourgeois pourrait ici s'appuyer sur l'article 6-1 du Code civil sanctionnant l'abus de droit. De même, il convient, à notre sens, de laisser un large pouvoir d'appréciation au juge quant à l'opportunité d'ordonner la substitution d'un indice licite à

un indice illicite : si, d'une manière générale, cette solution peut paraître préférable, et s'il convient d'ouvrir au juge la possibilité de l'ordonner (et aux parties de la prévoir), il ne paraît pas opportun, si on veut conserver un certain caractère dissuasif à la sanction, de lui donner un côté automatique. Le juge devrait donc pouvoir, en fonction du comportement des parties, refuser d'ordonner une telle substitution, et même refuser d'appliquer une clause la prévoyant dans l'hypothèse où il apparaîtrait que les parties (et notamment le créancier bénéficiaire de l'indexation) étaient clairement conscientes de l'illicéité de l'indice. Le même souci d'efficacité de la sanction nous conduit à rejeter la solution du droit allemand qui (dans un contexte, à vrai dire, différent où la nullité est nécessairement totale) prévoit que la nullité de la clause ne joue que pour l'avenir. De notre point de vue, la nullité, comme la substitution d'indice dans le cas où elle serait ordonnée, devraient conserver leur caractère rétroactif.

## **B. Pour les contrats entre professionnels et consommateurs**

Pour les **contrats entre professionnels et consommateurs**, il paraît approprié de prévoir un système plus rigide, donc plus dissuasif. On pourrait songer, à cet égard, à calquer la sanction sur celle des clauses abusives dans les contrats de consommation. Sur le plan de la technique législative, il paraît difficile de faire figurer les clauses d'indexation illicites dans la liste des clauses abusives telle qu'elle est posée par l'article L 211-3 du Code de la consommation : outre qu'il est contradictoire de dire d'une clause qu'elle est à la fois illicite et abusive, la nullité des clauses d'indexation illicites ne serait pas subordonnée à la condition de déséquilibre entre les droits et les obligations au préjudice du consommateur. Mais on pourrait introduire dans le Code un article supplémentaire disposant que les clauses d'indexation illicites introduites dans un contrat entre un professionnel et un consommateur sont assimilées à des clauses abusives. On aboutirait alors au régime de sanction suivant :

- la clause d'indexation illicite serait frappée d'une nullité relative, l'objectif de protection des consommateurs passant ici au premier plan. À première vue, cela semble amoindrir la portée de la sanction, mais en réalité, il n'en est rien. Cela réserverait au consommateur le droit de se prévaloir de la nullité, et éviterait que le professionnel puisse l'invoquer dans le cas où l'indice choisi se révélerait finalement défavorable pour lui. Par ailleurs, le principal inconvénient qui résulterait du caractère relatif de la nullité est aujourd'hui écarté dès lors que, par application de la jurisprudence de la CJUE, le juge peut soulever d'office la nullité d'une clause abusive ;
- comme toute clause abusive, la clause d'indexation illicite serait, dans les contrats de consommation, « nulle et non écrite » (art. L 211-4 du Code de la consommation), ce qui signifie :
  - o d'une part, qu'il s'agit nécessairement d'une nullité limitée à la clause : le consommateur invoquant cette nullité ne risquerait donc pas de perdre le bénéfice du contrat qui la contient ;
  - o d'autre part, que la substitution d'un indice licite à l'indice illicite doit ici être exclue : le professionnel qui aurait introduit dans un contrat de consommation une clause d'indexation illicite perdrait donc, non seulement le bénéfice de cet indice, mais, d'une manière plus radicale, le bénéfice du principe même d'une indexation.

**Conclusion : synthèse des recommandations**

Les recommandations du groupe de travail peuvent finalement être synthétisées comme suit :

1. Le projet de réglementation des clauses d'indexation devrait poursuivre, à la fois, un objectif classique de dirigisme économique pour lutter contre l'inflation et un but de protection accrue du consommateur ;
2. Le groupe ne recommande pas d'adopter une réglementation limitée aux seuls contrats de consommation, mais de travailler à l'élaboration d'une réglementation générale assortie de règles spécifiques aux contrats de consommation ;
3. Le groupe recommande de ne pas interdire par principe les clauses d'indexation, pas même pour les contrats de consommation. Cette approche paraît plus conforme à une certaine tradition libérale luxembourgeoise et en phase avec l'état actuel de fait des réglementations des pays voisins ;
4. Cette règle générale serait assortie de régimes spéciaux de deux types, à savoir des exclusions simples (à définir) et des régimes spéciaux (certains régimes spéciaux existent déjà au Luxembourg, d'autres régimes complémentaires pourraient être envisagés, mais de manière exceptionnelle) ;
5. Le groupe est défavorable à la généralisation d'un système faisant varier le prix d'une prestation en fonction d'un ou plusieurs éléments qui entrent effectivement dans le calcul de ce prix inspiré de l'actuelle législation sur les marchés publics ;
6. Concernant les critères de licéité des indices, le groupe propose de favoriser les indices officiels qui seraient réputés irréfragablement licites sans pour autant interdire aux parties d'y déroger. Dans ce cas, l'indice choisi serait licite dès lors qu'il serait en rapport avec l'objet du contrat ;
7. Le groupe recommande que la sanction d'une indexation illicite soit explicitement régie par la loi. Cette sanction reposerait sur un régime à deux vitesses selon que le contrat est un contrat entre professionnels (ou entre particuliers) ou un contrat entre un professionnel et un consommateur. Dans le premier cas, la sanction reposerait sur le droit commun des nullités avec admission des clauses d'indivisibilité. Dans le cas des contrats de consommation, la sanction serait renforcée par l'assimilation, avec des tempéraments, des clauses illicites à des clauses abusives.

**Tableau synoptique des recommandations**

	<b>Allemagne</b>	<b>Belgique</b>	<b>France</b>	<b>Luxembourg</b>
<b>Objectifs de la réglementation des clauses d'indexation</b>	Particulièrement, maîtrise de l'inflation et protection des consommateurs.	Tempérer la rigueur du nominalisme monétaire, en mettant les parties à l'abri des fluctuations monétaires.	À l'origine, protection de la monnaie. Aujourd'hui, maîtrise de l'inflation.	1. Objectif économique pour lutter contre les spirales inflationnistes 2. Protection du consommateur.
<b>Domaine de la réglementation</b>	Application générale aux dettes d'argent stipulées dans des contrats (et non dans des actes unilatéraux) sans considération de la qualité des contractants. Existence de deux régimes spéciaux.	Application générale à tout contrat (origine jurisprudentielle) mais existence d'interventions législatives sectorielles dérogeant à ce régime.	Réglementation d'application générale à tous les contrats, quel qu'en soit l'objet, et sans distinction selon la qualité des contractants. Mais nombreuses dérogations et réglementations spéciales à certains contrats.	Réglementation générale des clauses d'indexation. Liberté de stipuler les clauses d'indexation avec une série de limitations.
<b>Contenu de la réglementation des indexations</b>	Interdiction générale des clauses d'indexation se référant à des biens ou prestations étrangers à ceux objet du contrat. Validation de clauses d'indexation dans certaines catégories de contrats, avec désignation des indices valables.	Liberté généralisée des clauses d'indexation mais encadrement de cette liberté pour les contrats soumis à une réglementation spécifique (obligation de faire usage d'un indice légalement prévu et/ou d'une formule précise).	Interdiction de principe des clauses contenant des indices généraux (niveau général des salaires ou des prix) ainsi que des clauses se référant à des indices n'ayant pas de lien direct avec l'objet du contrat ou l'activité d'une des parties.	Critère de l'objet du contrat. Indices officiels déjà présents au Luxembourg à utiliser, notamment ceux du STATEC mais liste non limitative.

<p><b>Sanctions du non-respect de la réglementation</b></p>	<p>Nullité de la clause d'indexation devant être sollicitée par une partie, non rétroactive sauf stipulation contraire des parties.</p>	<p>Nullité absolue de la clause avec effet rétroactif. Cas particulier : réduction de la clause si son effet excède l'adaptation prévue par la loi.</p>	<p>Nullité absolue des clauses illicites, s'étendant ou non à tout le contrat selon les cas, avec possibilité, dans certains cas, pour le juge, de substituer un indice licite à l'indice illicite.</p>	<p>1. Contrats entre professionnels (ou entre deux non-professionnels) : droit commun des nullités contractuelles ≠ 2. Contrats entre professionnels et consommateurs : article supplémentaire disposant que les clauses d'indexation illicites sont assimilées à des clauses abusives. Sanction : nullité relative. La clause abusive serait « nulle et non écrite ».</p>
---	---	---	---	--

