La mise en œuvre de l'article L.145-39 du Code de commerce à l'initiative du bailleur, du miracle au mirage

Conformément aux dispositions de l'article L.145-39 du Code de commerce, le loyer peut être révisé à la valeur locative dès lors que celui-ci a évolué de plus de 25% depuis sa dernière fixation contractuelle ou judiciaire par le jeu d'une clause d'échelle mobile.

La mise en œuvre de cette disposition du statut des baux commerciaux s'est multipliée à la suite d'une période d'envolée de l'Indice du Coût de la Construction, notamment pour les baux ayant pris effet à partir de 2002-2003, et a parfois introduit une déconnexion entre les loyers de marché et les loyers indexés. Le contexte baissier actuel a favorisé l'application de cet article, qui présente l'avantage d'opérer immédiatement une correction ou un rattrapage en cours de bail.

L'initiative d'appliquer l'article L.145-39 du Code de commerce a souvent été prise par les preneurs dans les hypothèses où le loyer indexé était supérieur à la valeur locative de marché. La mise en œuvre de ce dispositif correcteur a ainsi pu permettre de ramener les loyers de bureaux vers les locatives de marché et alléger les comptes d'exploitation des preneurs.

A titre d'illustration, le loyer de bureaux « *prime* » dans Paris Quartier Central des Affaires pris à bail en 2002 sur une base faciale de 675 €/ m² aura progressé en 2008, par le jeu de l'indexation, à 870 €/ m², soit une progression de +29% depuis la prise d'effet du bail. A la même date, le loyer « *prime* » était compris entre 670 € et 700 €/ m², permettant une baisse immédiate du loyer d'environ -20%.

Le surloyer généré par l'indexation est alors écrasé par le retour à la valeur locative. En période de trésorerie tendue, on ne peut que s'en féliciter.

En 2011, au terme contractuel du bail, le loyer aura en toute hypothèse vocation à faire l'objet d'une fixation à la valeur locative en présence d'un usage exclusif de bureaux.

A la différence des bureaux, qui bénéficient du retour à la valeur locative en fin de bail par application de l'article L.145-36 du Code de commerce, les commerces ont pu faire l'objet de d'applications de l'article L.145-39 du Code de commerce à l'initiative des bailleurs.

Ainsi, en présence d'un loyer indexé inférieur à la valeur locative en renouvellement, l'article L.145-39 du Code de commerce permet, dès la notification de la demande de révision, que le loyer soit porté à la valeur locative.

Supposons à présent le renouvellement d'un bail commercial aux indices en 2002 pour une durée de 9 années sur une base unitaire indexée annuellement de 300 €/ m²P. Le loyer indexé en 2008 s'élèvera à la somme de 387 €/ m²P, dépassant ainsi le seuil des 25% depuis sa dernière fixation contractuelle. Le bailleur est alors fondé à solliciter la fixation immédiate du loyer à la valeur locative que nous retenons par hypothèse à hauteur de 550 €/ m²P.

Ici, la faiblesse du loyer est corrigée par la fixation à la valeur locative, au bénéfice du bailleur. On serait tenté de dire que le loyer est ainsi déplafonné....

En d'autres termes, l'aubaine immédiate est-elle pour autant durable ?

Dans l'hypothèse ci-dessus, le loyer est porté à la somme de 550 €/ m²P en 2008 et ce, jusqu'au terme du bail en 2011. A cette date, en l'absence de motifs de déplafonnement tirés de travaux réalisés par le preneur ou financés par le bailleur, de modification notable de la destination contractuelle ou des facteurs locaux de commercialité, le loyer en renouvellement aura vocation à être fixé suivant la variation de l'indice. Nous supposons que le loyer plafond en 2011 s'établira à 400 €/ m²P, niveau inférieur à la valeur locative à cette même date.

Le plafonnement édicté par l'article L.145-34 du Code de commerce fait renaître un loyer inférieur à la valeur locative, courant alors sur les 9 années du bail renouvelé. La réjouissance du bailleur n'aura été qu'éphémère.

Il restait à déterminer si la révision du loyer à la valeur locative pouvait entraîner le déplafonnement du loyer à l'échéance au motif d'une modification notable des obligations respectives des parties.

Le jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 16 décembre 2009 (RG : 09/08387) a apporté une réponse dans une hypothèse où, à la suite d'une demande de renouvellement notifiée avant le seuil des 12 années, le bailleur avait répondu par une demande de révision à la valeur locative sur le fondement de l'article L.145-39 du Code de commerce. Dans le cadre de la procédure de renouvellement, le bailleur avait ensuite sollicité la constatation d'une modification notable des obligations respectives des parties pour ouvrir droit au déplafonnement.

Cet argument n'a pas prospéré, le Juge des Loyers ayant estimé qu'en l'absence d'accord amiable sur le loyer ainsi porté à la valeur locative, la procédure de révision du loyer ne constituait pas une modification notable des obligations respectives des parties au sens de l'article L.145-34 du Code de commerce.

Il ressort de ce jugement que le bailleur ne bénéficiera d'un loyer porté à la valeur locative que pendant la durée résiduelle du bail (dans l'espèce jugée, quasi-nulle), le loyer plafond ayant vocation à reprendre ses droits à l'échéance du bail.

Le raisonnement juridique et ses fondements seront laissés à des commentateurs plus autorisés.

Précisons simplement que le loyer devra correspondre à la valeur locative de marché à la date de la demande de révision, étant observé que la clause d'accession, qui bénéficie le plus souvent au bailleur en fin de bail, n'aura alors pas produit effet. Les locaux devront être appréciés à la date de prise d'effet du bail, les travaux et améliorations devant rester étrangers à la fixation du loyer.

La conséquence du report de l'accession est susceptible d'influer sur la pondération retenue pour les locaux, notamment pour les nouvelles locations où le preneur adapte et configure les lieux loués aux besoins de son commerce.

On retient ainsi que le défaut d'accord amiable entre les parties sur le loyer révisé ne permet pas de caractériser la modification notable de leurs obligations respectives. Un regard extérieur aux strictes dispositions du Code de commerce pourrait s'interroger sur la cohérence

entre le dé plafonnement obtenu lorsque la taxe foncière augmente considérablement à la charge de l'une ou l'autre des parties, mais refusé lorsque le loyer progresse ou diminue de plus de 25%. Certes, dans le premier cas, la modification des obligations respectives trouve son origine dans la Loi, expressément visée par l'article R.145-8 du Code de commerce. Dans le second cas, elle trouve son origine dans la convention qui, elle, n'y est pas visée. Dans les deux hypothèses, les parties subissent pourtant un facteur extérieur modifiant l'équilibre contractuel initial, sans conclure d'accord amiable.

La portée de ce jugement s'illustre également en matière d'éviction où le bailleur, dans l'hypothèse d'une activité transférable et d'une fenêtre des +25% ouverte avant l'échéance contractuelle, pouvait légitimement penser réduire le préjudice à indemniser lié à la perte du droit au bail en notifiant une demande de révision préalablement au congé avec refus de renouvellement et offre d'indemnité d'éviction. Il pouvait alors espérer voir le loyer porté durablement à la valeur locative, réduisant le droit au bail au sens du différentiel de loyer.

On sait désormais que le loyer sera ramené au loyer plafond, préservant ainsi le différentiel de loyer générateur du droit au bail et n'entamant pas le quantum de l'indemnité principale.

On retiendra enfin que la valeur vénale des murs de commerces demeure ici indifférente à la fixation temporaire du loyer à la valeur locative. Seul un flux net et pérenne a vocation à être capitalisé, le surloyer temporaire pouvant éventuellement être traité en plus-value financière. Les à-coups des loyers perçus par les bailleurs sont de nature à susciter l'intérêt des services vérificateurs pour le contrôle de l'impôt sur le revenu et de l'ISF.

Gageons que les conseils sauront faire preuve de pédagogie auprès de leurs clients, notamment étrangers, pour expliquer l'évolution très juridique et assurément chaotique de leur loyer.

Benjamin ROBINE

Expert immobilier