« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LE LOYER DU BAIL COMMERCIAL, FACTEUR DE RIGIDITÉ DU STATUT DES BAUX COMMERCIAUX

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE

Référence de publication : Droit et Patrimoine, Nº 215, 1er juin 2012

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,

contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE LOYER DU BAIL COMMERCIAL, FACTEUR DE RIGIDITÉ DU STATUT DES BAUX COMMERCIAUX

I - LA FIXATION ORIGINAIRE DU LOYER ET EN COURS DE BAIL A - La liberté conventionnelle initiale : une liberté orientée

I - LA FIXATION ORIGINAIRE DU LOYER ET EN COURS DE BAIL B - L'étau de la révision triennale

II - FIXATION DU LOYER LORS DU RENOUVELLEMENT DU BAIL COMMERCIAL A - La vigueur réaffirmée de la règle du plafonnement

II - FIXATION DU LOYER LORS DU RENOUVELLEMENT DU BAIL COMMERCIAL B - La réduction des cas de déplafonnement

Dans le contexte actuel de crise économique mondiale, les difficultés des entreprises sont accrues pour celles qui ne sont pas propriétaires de leurs locaux d'exploitation. Le loyer constitue une charge fixe qui peut s'avérer très lourde et qui peut conduire à mettre en danger l'activité économique du preneur.

Le loyer reste donc un élément très sensible au sein du bail commercial et il s'avère crucial pour les deux parties. Cependant, le statut des baux commerciaux a pour finalité essentielle de protéger le preneur en raison de l'importance que revêt le local pour l'exploitation. Le rapport de force favorable au bailleur a justifié la protection du preneur en tant qu'exploitant du fonds de commerce (1) . Il en résulte des mesures favorables aux preneurs afin de rétablir l'équilibre de la relation : des dispositions d'ordre public empêchent le bailleur de modifier à sa guise le contenu du contrat, tout particulièrement en matière de loyer. Les règles légales de révision et de renouvellement protègent le preneur de hausses excessives de loyer.

Si le dispositif a pu être adapté au contexte économique des années 1950, les lacunes sont nombreuses, ce qui suscite un important contentieux. Le droit des baux commerciaux n'a pas été suffisamment modernisé et il a peu évolué depuis le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 (JO 1er oct.), ce qui le rend inadapté au contexte économique actuel (2) . Ainsi, le loyer du bail commercial est l'un des points sur lesquels la rigidité du statut des baux commerciaux se manifeste nettement.

La complexité caractérise le mode de détermination du loyer révisé ou renouvelé en l'absence d'accord des parties. En outre, l'encadrement légal du loyer apparaît trop strict et freine l'évolution du loyer durant le bail commercial : le loyer apparaît quasiment figé au sein de la relation contractuelle et les effets de l'écoulement du temps ne sont pas rectifiés grâce au statut. Les règles légales de révision et de renouvellement avaient pour but de réactualiser le loyer : pourtant, les variations du montant du loyer paraissent bien limitées et ne permettent pas le plus souvent la fixation à la valeur locative. Aussi le loyer du bail commercial apparaît déconnecté de la réalité économique du fait de cet encadrement légal dépassé qui conduit à un blocage des loyers : le statut des baux commerciaux ne permet plus d'assurer la correspondance entre le loyer et la valeur locative. Ce dispositif légal s'applique au détriment d'un niveau réaliste des loyers et d'une analyse économique du bail commercial (3) .

Face à une organisation libérale de l'économie, le caractère rigide et complexe de l'encadrement du loyer apparaît anachronique, et les parties sont de plus en plus incitées à en éluder l'application. Une libération du loyer du bail commercial apparaît souhaitable afin que le loyer reflète la réalité économique et qu'il puisse permettre aux parties un ajustement en période de crise : or l'adaptabilité fait aujourd'hui défaut au loyer du bail commercial.

Plus encore, la tendance majeure du droit positif en matière de loyer du bail commercial est l'accentuation de la rigidité du statut des baux commerciaux qui se fait globalement en faveur du preneur : ce dernier voit sa protection renforcée par la loi ainsi que par la jurisprudence. Cette protection est notable tant lors de la conclusion et de l'exécution du bail commercial (I) que lors de son renouvellement (II).

I - LA FIXATION ORIGINAIRE DU LOYER ET EN COURS DE BAIL

La détermination du prix du loyer repose sur la liberté des parties (A), alors que la révision du loyer s'insère dans le dispositif légal contraignant de la révision triennale (B).

A - La liberté conventionnelle initiale : une liberté orientée

Lors de la conclusion du bail commercial, les parties fixent librement le prix du loyer, ainsi que l'ampleur future de son évolution.

Lors de la conclusion du contrat, la fixation initiale du loyer est libre ainsi que de l'ensemble des obligations pécuniaires. Les parties ne sont soumises à aucune contrainte, dès lors que le preneur consent à payer le prix de loyer exigé par le bailleur (4) . La liberté contractuelle permet également aux parties de prévoir le versement d'un pas-de-porte au profit du bailleur. Il s'agit d'une somme payée par le locataire lors de l'entrée dans les lieux et conservée définitivement par le bailleur pour compenser le bénéfice du droit au renouvellement. Par ailleurs, le preneur peut se voir imposer d'autres obligations financières telles que le versement d'un dépôt de garantie. Mais surtout, le contrat peut transférer au preneur les charges accessoires relatives à divers coûts d'exploitation, d'entretien et de réparation du local loué, charges incombant en principe au bailleur : ce transfert de charges s'effectue par accord des parties sur le fondement des articles 1719 et 1720 du Code civil. Le bailleur a parfois tendance à transférer de nombreuses charges sur le locataire : dans ce cas, ces charges, parfois qualifiées d'exorbitantes par l'article R. 145-8 du Code de commerce, constituent un facteur de diminution de la valeur locative qui servira de critère dans le dispositif légal (5) .

Les obligations pécuniaires du preneur peuvent donc s'avérer lourdes dès lors qu'il y aura consenti : la liberté règne à ce stade-là de la relation locative et peut permettre d'instaurer un équilibre entre les droits et les obligations des parties. Le statut des baux commerciaux est donc théoriquement neutre à ce niveau de fixation initiale du loyer, même si en pratique le bailleur tentera d'anticiper les sacrifices financiers qu'il subira en cours de bail.

Le libre choix des parties concerne par ailleurs les modalités d'évolution du loyer, grâce notamment aux indices proposés par le législateur.

Les parties peuvent adopter un loyer fixe ou préférer le moduler grâce à une clause de variabilité du loyer qui peut être une clause d'échelle mobile qui fait évoluer le loyer en fonction d'un indice choisi par les parties. Il peut par ailleurs s'agir d'une clause-recette qui détermine le loyer en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le preneur. Cette clause présente un intérêt réciproque, le preneur ne payant qu'un loyer modéré lorsqu'il débute son activité, ce qui permet d'alléger les frais de l'installation ; alors qu'il paiera un loyer plus important au fur et à mesure que son activité

se développe. En outre, en cas de difficultés, le loyer sera en principe réajusté au niveau de l'activité. Il existe alors un important aléa quant au montant du loyer, notamment à l'égard du bailleur dans l'hypothèse d'une dégradation de l'activité du preneur. C'est pourquoi les parties limitent souvent les risques en associant au chiffre d'affaires un minimum garanti : on parle alors de « loyer binaire ».

Ces clauses ont longtemps été répandues dans les centres commerciaux avant de connaître un développement plus large. Leur validité a été affirmée par la jurisprudence qui a également consacré leur autonomie à l'égard du statut : en présence d'une clause-recette, le mécanisme légal de révision du loyer n'est pas applicable et les parties ne peuvent pas s'en prévaloir (6) . Les parties opteront plus fréquemment pour une clause d'indexation dite aussi « clause d'échelle mobile » : la variation du loyer se fera en fonction d'un indice de référence. L'intérêt de la clause est de permettre une meilleure adaptation du loyer selon la variation de l'indice choisi par les parties : le loyer ne sera pas en principe déconnecté de la réalité, même si le jeu des nouveaux indices ne permet pas une adaptation suffisante du loyer à la valeur locative. Une difficulté pour les parties réside dans le choix de l'indice applicable à leur convention.

S'agissant du choix d'un indice valable, les parties sont libres à condition de respecter les dispositions de l'article L. 112-2, alinéa 1er, du Code monétaire et financier : en particulier, les parties doivent choisir un indice en relation directe avec l'objet du bail ou avec l'activité de l'une des parties. Le législateur a déterminé des indices présumés être en relation avec une convention relative à un immeuble bâti : à ce titre, de manière classique, la clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction (ICC) est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti.

Longtemps, l'ICC a constitué la seule présomption retenue par la loi. Mais son évolution a conduit à une hausse considérable des loyers, et cette augmentation avait été préjudiciable pour les preneurs (7) . Aussi fut-il imaginé de proposer de nouveaux indices plus stables afin de pondérer l'ICC.

L'indice trimestriel des loyers commerciaux (ILC), publié par l'INSEE, fut adopté par la loi de modernisation de l'économie no 2008-776 du 4 août 2008 (JO 5 août) et est visé désormais aussi par l'alinéa 1er de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier.

Sa composition est le reflet de la stabilité recherchée puisqu'il est composite et intègre en effet plusieurs éléments, à savoir l'indice des prix à la consommation (50 %), l'ICC (25 %) et l'indice du chiffre d'affaires du commerce de détail (25 %). Le recours à cet indice est subordonné à l'exercice d'une activité commerciale ou artisanale, à l'exception de celles exercées dans des locaux à usage exclusif de bureaux, y compris les plates-formes logistiques (8) .

Parce que l'ILC n'a qu'un domaine d'application limité, un indice trimestriel des loyers des activités tertiaires (ILAT) a été créé par la loi no 2011-525 du 17 mai 2011 (JO 18 mai) de simplification et d'amélioration du droit, complétée par le décret d'application no 2011-2028 du 29 décembre 2011 (JO 30 déc.) (9) .

L'adoption de cet indice fut mouvementée et est intervenue après la conclusion d'un protocole d'accord le 11 mars 2009 entre des associations de locataires et de bailleurs (10) .

Depuis son entrée en vigueur le 31 décembre 2011, l'ILAT peut être adopté par les parties à un bail relatif à un immeuble bâti dans lequel s'exercent des activités tertiaires autres que les activités commerciales ou artisanales. Le décret no 2011-2028 du 29 décembre 2011 vise notamment les activités des professions libérales et celles effectuées

dans des entrepôts logistiques pour des baux régis ou non par le statut des baux commerciaux, à usage de bureaux ou consentis à une entreprise industrielle ainsi que des baux professionnels. Ainsi, en matière de baux commerciaux, l'ILAT semble compléter l'ICC pour des baux portant sur des locaux à usage exclusif de bureaux et sur des locaux industriels.

Le périmètre de ces activités tertiaires visées par l'ILAT implique les professions libérales et toutes celles qui ne sont pas visées par l'ILC : des incertitudes existent néanmoins sur ce périmètre d'application (11) .

À l'image de l'ILC, l'ILAT est un indice également composite qui intègre l'indice des prix à la consommation (50 %), l'indice du coût de la construction (25 %) et l'évolution du PIB (25 %).

Ainsi, le loyer du bail commercial peut être indexé sur l'un des trois indices visés par la loi : les parties peuvent librement désigner l'indice de leur choix en fonction de l'activité exercée par le preneur. Les augmentations de l'ILC et de l'ILAT sont plus modérées que celle de l'ICC (12) . La pondération recherchée par le législateur est effective et bénéficiera directement aux preneurs en diminuant l'augmentation corrélative de leur loyer.

La difficulté du choix de l'indice résolue, les parties doivent ensuite déterminer les modalités de mise en œuvre de la clause d'échelle mobile, et précisément la périodicité de ces clauses. En effet, selon l'alinéa 2 de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier, est réputée non écrite toute clause d'un contrat de bail prévoyant que la variation de l'indice sera calculée sur une période supérieure à celle s'écoulant entre chaque révision.

Un contentieux récent est né à propos de la périodicité dans la clause d'indexation du fait de la nécessaire identité de la périodicité entre les indices de base et de référence et les dates de révision (13) . Or la difficulté résulte du choix par les parties d'une périodicité différente de celle inscrite à l'article L. 112-1, alinéa2 : cette rédaction parfois maladroite de la périodicité fait encourir la sanction de l'inexistence de la stipulation, et génère une incertitude grave quant à la licéité des clauses d'échelle mobile (14) .

La création de nouveaux indices est une mesure favorable aux preneurs puisqu'une meilleure stabilité des indices créés leur permet de ne pas subir des variations excessives de l'indice du coût de la construction lors des révisions triennales ou des renouvellements. Par ce nouveau choix offert aux parties, c'est une modération de l'augmentation du loyer qui est recherchée : la législation a été modifiée dans un sens favorable à la protection du locataire. Cette protection est particulièrement manifeste lors de la révision triennale du loyer.

B - L'étau de la révision triennale

Durant l'exécution du bail, la révision est soumise à un dispositif très contraignant d'ordre public prévu aux articles L. 145-33, et L. 145-37 à L. 145-39 du Code de commerce. La révision triennale s'appliquent aux loyers ordinaires par opposition aux loyers indexés, et peut être réalisée à l'amiable ou par révision judiciaire.

Selon l'article L. 145-38 du Code de commerce, « *la demande en révision ne peut être formée que trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé. De nouvelles demandes peuvent être formées tous les trois ans à compter du jour où le nouveau prix sera applicable* ». Une demande est donc formulable tous les trois ans à compter du jour où le nouveau loyer sera applicable. Chaque partie peut être l'auteur de la demande, et il s'agit en pratique le plus souvent du bailleur qui formulera une demande de révision à la hausse du loyer, le contexte économique actuel pouvant amener des preneurs à solliciter une révision à la baisse du loyer. Le dispositif de la révision triennale s'articule autour d'un principe largement théorique de fixation du loyer révisé

à la valeur locative : puis d'une exception à ce principe par le plafonnement du loyer et d'une exception à l'exception qui consiste à déplafonner le loyer et à le fixer à la valeur locative.

En théorie, la révision triennale a pour but de faire correspondre le loyer révisé à la valeur locative des lieux loués (15) : la valeur locative reste la référence pour tout loyer révisé ou. renouvelé, qu'il soit ou non indexé (16) . Cependant, le loyer ne sera fixé à la valeur locative qu'autant que cette valeur se situera entre le loyer actuel et le plafond de l'indice. La loi fixe les critères de détermination de la valeur locative en cas de désaccord des parties, et retient cinq critères : les caractéristiques du local, la destination des lieux, les obligations respectives des parties, les facteurs locaux de commercialité et les prix pratiqués dans le voisinage. Les juges et les experts sont tenus par ces critères mais sont libres d'adopter le mode de calcul le plus adapté et d'en déduire le montant du nouveau loyer. Les juges ont une marge d'appréciation importante d'autant que la Cour de cassation n'exerce pas de contrôle sur ce calcul de la valeur locative. La fixation des loyers par les juges peut donc conduire à des solutions variées en raison de la marge d'appréciation dont dispose le juge (17) . Il en résulte en pratique une valeur locative « judiciaire » nettement inférieure à la valeur locative du marché.

Mais ce principe est aussitôt contrecarré par une finalité essentielle du dispositif légal qui est de protéger le locataire contre une augmentation excessive du loyer : le plafonnement du loyer intervient pour éviter un alourdissement excessif des charges d'exploitation du fonds de commerce (18) . Ainsi, les loyers non indexés ne sont pas révisés et fixés à la valeur locative en cas d'augmentation importante de cette valeur locative (19) : « (...) *la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice* (...) *intervenue depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer* ». Ce n'est que par dérogation aux dispositions de l'article L. 145-33 du Code de commerce, et « *à moins que ne soit rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative* », que le plafonnement sera écarté. Le déplafonnement du loyer apparaît donc être exceptionnel.

Il faut néanmoins réserver le cas des loyers comportant une clause-recette qui ne sont pas concernés par le système de la révision légale. La révision légale est exclue en présence d'une stipulation d'une clause-recette. La Cour de cassation a en effet refusé d'assimiler les clauses-recettes à des clauses d'indexation sur le chiffre d'affaires, et elle les soustrait du mécanisme de la révision et du renouvellement du statut des baux commerciaux (20) . La clause-recette est entièrement régie par la convention des parties et les décisions de la Cour de cassation en matière de clauses-recettes sont rendues au visa de l'article 1134 du Code civil.

De manière surprenante, le sort des loyers indexés est différent : la révision du loyer est possible indépendamment de l'échéance triennale dès que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire (21) . Or la révision conventionnelle des loyers indexés prévue par l'article L. 145-39 du Code de commerce s'ajoute au dispositif de la révision légale : cette révision spéciale n'exclut pas la révision légale qui peut toujours être demandée par l'une des parties.

Il se produit un important décalage du loyer révisé par rapport à la réalité des prix du marché, car la valeur locative n'intervient pas à titre principal dans le calcul du loyer révisé mais uniquement pour mesurer la portée de la modification matérielle des facteurs locaux de commercialité. La crédibilité du statut implique plus de vérité dans la

fixation du loyer révisé. Cette sclérose du loyer pendant l'exécution du bail commercial est maintenue lors de son renouvellement.

II - FIXATION DU LOYER LORS DU RENOUVELLEMENT DU BAIL COMMERCIAL

Déjà considéré comme un transfert de valeur économique vers le preneur, le renouvellement du bail commercial est caractérisé par une accentuation du déséquilibre favorable au preneur tant en matière de plafonnement du loyer renouvelé (A) qu'à l'égard des cas réduits de déplafonnement (B).

A - La vigueur réaffirmée de la règle du plafonnement

Le bail renouvelé est en principe identique au précédent, sous réserve du loyer qui peut être augmenté ou baissé librement par les parties. Le dispositif légal de renouvellement visé par l'article L. 145-34 du Code de commerce n'est pas d'ordre public (22) . De manière surprenante, les parties font rarement usage de cette liberté contractuelle pour prévoir un dispositif de renouvellement différent de celui prévu par la loi : c'est toutefois le cas des loyers comportant une clause-recette qui ne sont pas régis par les dispositions du statut des baux commerciaux (23) .

Pour un loyer ordinaire, ce n'est qu'en cas de désaccord des parties que le dispositif légal s'imposera au juge. Les contestations, très fréquentes en matière de fixation du loyer révisé ou renouvelé, relèvent de la compétence du juge des loyers commerciaux qui est le président du tribunal de grande instance ou un juge délégué (24) . La procédure de révision des loyers est onéreuse et lente en raison de la désignation fréquente d'un expert ; elle est en outre très formaliste car il est statué sur mémoire (25) .

En vertu de l'article L. 145-33 du Code de commerce, le montant du loyer du bail renouvelé doit correspondre à la valeur locative. Cependant, à l'image du loyer révisé, le loyer du bail renouvelé augmente dans la limite de la variation de l'ICC publié par l'INSEE ou de l'ICL ou de l'ILAT (26) . Par conséquent, le renouvellement est soumis à un plafonnement fixé selon la variation de l'indice applicable : le déplafonnement est possible en cas de modification notable de la valeur locative sans qu'une incidence précise de la modification soit exigée.

À l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), la Cour de cassation s'est prononcée, le 13 juillet 2011, sur la constitutionnalité de l'article L. 145-34 du Code de commerce qui prévoit la règle de plafonnement du montant du loyer des baux commerciaux renouvelés (27) . Le requérant estimait que cette disposition était contraire à la liberté contractuelle, à la libre concurrence ainsi qu'au droit de propriété garantis par la Déclaration des droits de l'homme de 1789. La Cour de cassation considère que la question ne présente pas de caractère sérieux et ne mérite donc pas d'être renvoyée au Conseil constitutionnel.

La Cour de cassation avance au fondement de sa décision deux motifs : la règle du plafonnement ne méconnaît ni la liberté d'entreprendre ni la liberté contractuelle puisqu'elle peut être écartée par les parties, soit qu'elles l'aient exclue de leurs prévisions contractuelles, soit qu'elle se soient accordées sur le montant du loyer du bail renouvelé. Le droit de propriété n'est pas plus mis en cause par la règle du plafonnement du fait que le loyer renouvelé correspond au « *loyer initialement négocié augmenté de la variation indiciaire si l'environnement du bail est resté stable* ». Une première question prioritaire de constitutionnalité avait été posée sur le même article L. 145-34 du Code de commerce, et notamment sur son dernier alinéa que le demandeur estimait contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi et les charges publiques (28) : selon la Cour de cassation, aucune discrimination n'intervient entre les preneurs à bail

commercial, car ils peuvent tous demander le renouvellement à l'expiration du bail d'une durée de neuf ans et ne pas laisser le bail se proroger tacitement au-delà de douze ans.

Par conséquent, la règle du plafonnement est vigoureusement consacrée par la Cour de cassation. Pourtant, en pratique, le plafonnement du loyer est un facteur de déconnection du loyer renouvelé par rapport à sa valeur réelle. Ce phénomène est d'autant plus critiquable que les cas de déplafonnement du loyer renouvelé se réduisent.

B - La réduction des cas de déplafonnement

Lors du renouvellement, le déplafonnement du loyer est possible en présence d'une modification notable de certains éléments de la valeur locative (29) : il s'agit des caractéristiques du local loué, de la destination des lieux, des obligations respectives des parties ainsi que des facteurs locaux de commercialité. Seul est exclu le critère des prix couramment pratiqués dans le voisinage. La jurisprudence a relevé des motifs variés constituant une modification notable justifiant le déplafonnement, tels que la création d'un quartier piétonnier, d'une station de métro, ou encore l'évolution de l'impôt foncier à la charge du bailleur (30) . Jusqu'à présent existait une variété des motifs invoqués par le bailleur pour revendiquer une modification notable d'un élément de la valeur locative. Or cette modification pouvait être favorable ou non au preneur jusqu'à présent, cette circonstance étant indifférente. Un revirement vient de se produire qui conduit à rendre le déplafonnement encore plus exceptionnel. La Cour de cassation a en effet abandonné son analyse neutre de l'effet de la modification notable sur le commerce considéré au profit d'une approche favorable au preneur : dans plusieurs arrêts récents apparaît l'exigence d'un impact bénéfique sur l'activité exercée. La Cour de cassation réduit donc les cas de déplafonnement du loyer renouvelé, tout d'abord par un arrêt du 13juillet 2011 : au visa des articles L. 145-33 et L. 145-34, elle conditionne en effet le déplafonnement du loyer au fait que la modification des facteurs locaux de commercialité constatée présente un intérêt pour le commerce exploité par le locataire (31) . La cour d'appel est censurée au motif qu'elle n'a pas recherché si la modification des facteurs locaux de commercialité présentait un intérêt pour le commerce considéré : elle a admis le déplafonnement en retenant l'impact de la modification des facteurs locaux de commercialité, qu'il soit favorable ou défavorable, et en l'espèce il était défavorable au locataire. Cette solution avait déjà été affirmée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation à l'occasion de travaux réalisés par le bailleur en cours du bail expiré : elle avait alors décidé que le déplafonnement du nouveau loyer était subordonné au fait que ces travaux, en l'espèce l'installation d'un ascenseur, aient eu une incidence favorable sur l'activité exercée par le preneur, ce qui n'était pas le cas pour un commerce d'enseignement situé au dernier étage de l'immeuble (32) .

Plus récemment, la Cour de cassation impose encore le lien entre le déplafonnement du loyer et l'intérêt du preneur. Selon cet arrêt très important rendu au visa des articles L. 145-33 et L. 145-34 du Code de commerce (33) , seule une évolution favorable des facteurs locaux de commercialité vis-à-vis du preneur peut constituer un motif de déplafonnement. Par ce revirement, la Cour de cassation détermine la consistance de la notion de modification notable et exige désormais des modifications qu'elles soient favorables au preneur pour constituer un critère de déplafonnement (34) . Le lien est clairement établi : une dégradation des facteurs locaux de commercialité ne pourra plus permettre le déplafonnement. La formule de la Cour de cassation ne nous paraît pas équivoque, car l'intérêt est défini comme « *ce qui importe ou ce qui convient à l'utilité d'une personne, d'une collectivité, d'une institution, en ce qui concerne soit leur bien physique ou matériel, soit leur bien intellectuel ou moral, leur honneur, leur considération* » (35) : c'est bien la convenance du preneur qui est recherchée (36) .

Cette nouvelle exigence d'un intérêt pour le commerce considéré de la modification invoquée à l'appui du déplafonnement du loyer n'est pas prévue par l'article L. 145-34 du Code de commerce : il suffit en effet que la modification soit notable, ce qui n'implique nullement son aspect positif ou négatif mais seulement son importance. L'analyse pourrait se revendiquer de l'article R. 145-6 qui prévoit à l'égard des facteurs locaux de commercialité qu'ils « *dépendent principalement de l'intérêt que présente, pour le commerce considéré, l'importance de la ville, du quartier* (...) », sans que ce rattachement soit convaincant.

Cette solution peut en revanche être justifiée en vue de la protection du preneur : ce dernier peut subir une perte de clientèle du fait d'une modification et il paraît alors surprenant d'exiger qu'il paie un loyer augmenté grâce au déplafonnement (37) . Pour autant, la conséquence de cette position de la Cour de cassation est de restreindre encore les cas de libération des loyers, ce qui ne manquera pas de susciter un nouveau contentieux. Ce gel du loyer supprime toute possibilité de rééquilibrage du niveau du loyer, alors même que le bailleur n'a aucune maîtrise de l'évolution de ces facteurs locaux de commercialité. Une extension de cette solution est à craindre aux autres éléments de la valeur locative que sont les caractéristiques du local, la destination des lieux et les obligations des parties : la Cour de cassation devra prendre position sur cette éventuelle extension qui semble logique. Aussi, l'augmentation de l'impôt foncier mis à la charge du preneur ne constituerait pas un intérêt positif pour le preneur ouvrant droit au déplafonnement du loyer.

Le déplafonnement, déjà peu fréquent, tend donc à devenir exceptionnel. Les autres hypothèses de déplafonnement sont en effet très spécifiques et interviennent en cas de déspécialisation, de baux monovalents, en cas de modification des clauses du contrat, lorsque le bail a été conclu pour une durée initiale supérieure à neuf ans, ou lorsqu'il a duré plus de douze ans par le jeu de la tacite reconduction (38) . Le transfert de valeur économique vers le preneur ne pourra plus être compensé lors du renouvellement du bail commercial dans cette hypothèse qui n'était peut-être pas la plus pertinente mais qui offrait au bailleur la faculté de rééquilibrer la convention de longue durée (39)

Excessivement complexe à déterminer et détaché des réalités économiques, le loyer du bail commercial souffre d'un défaut de simplicité et de modernité du statut des baux commerciaux. Le constat est réalisé par l'ensemble des protagonistes (40) et les initiatives ne manquent pas : l'une des dernières fut celle du groupe de travail présidé par Maître Pelletier qui avait fait des propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels en 2004 grâce à quarante propositions visant à restaurer la liberté contractuelle au sein de ces statuts impératifs (41) . Aucune réforme ne fut adoptée à sa suite : comment briser l'éternelle impossibilité de réformer le statut des baux commerciaux en France ? Actuellement, le secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie et des Finances a mis en place un nouveau groupe de travail pour conduire une réflexion sur l'évolution du statut des baux commerciaux (42) . Le chemin sera vraisemblablement long avant d'aboutir à un statut des baux commerciaux qui rende le loyer à la fois plus réaliste et plus adapté aux attentes des parties.

(1)

D. Houtcieff, Droit commercial, Sirey, 3e éd., 2011, no 550 ; M. Pédamon et H. Kenfack, Droit commercial, Dalloz, coll. « Précis », 3e éd., 2011, no 386 ; F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, Droit commercial, Montchrestien, 10e éd., 2010, nos 621 et s.

(2)

J. Monéger, Le bail du local d'exploitation de l'entreprise, entre les statuts d'hier et les exigences de demain, *in* Mélanges offerts à Jacques Béguin, Litec, 2005, p. 515.

(3)

Analysant les leviers juridiques permettant de réduire la charge locative pour aider le preneur à surmonter la crise économique, v. L. Grosclaude, L'évolution du loyer commercial en période de crise, Droit et ville no 69/2010, p. 108.

(4)

H. Kenfack, L'entrée dans les lieux : le difficile équilibre entre l'économique et le juridique, *in* Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques, CREDA, LexisNexis 2011, p. 167.

(5)

J.-D. Barbier, La déduction des charges exorbitantes, Gaz. Pal. 18 févr. 2012, no 49, p. 11 ; S. Guillaume, Les charges exorbitantes et les clauses et conditions spécifiques, Gaz. Pal. 22 oct. 2011, no 295, p. 18.

(6)

Cass. 3e civ., 7 mars 2001, no 99-17.055, D. 2001, p. 1874, obs. Y. Rouquet.

(7)

J. Monéger et H. Kenfack, Chronique Baux commerciaux, JCP E 2012, no 5, 1094.

(8)

D. no 2008-1139, 4 nov. 2008, JO 6 nov., et C. mon. fin., art. D. 112-2.

(9)

C. mon. fin., art. L. 112-2 et L. 112-3.

(10)

A. Jacquin, Création de l'ILAT : la troisième tentative est la bonne, Gaz. Pal. 1er-2 juill. 2011, p. 10.

(11)

Sur les difficultés d'établir un périmètre clair des activités concernées par l'ILAT, v. A. Jacquin, L'entrée en vigueur de l'ILAT suscite des interrogations, Gaz. Pal. 18 févr. 2012, no 49, p. 20.

(12)

En témoignent les chiffres publiés par l'INSEE pour le troisième trimestre de 2011 : sur une année, l'ICC a augmenté de 6,84, l'ILC de 2,88 et l'ILAT de 2,78.

(13)

Ph.-H. Brault, Les modalités d'application de la clause d'indexation et la portée des dispositions légales, Gaz. Pal. 22 oct. 2011, n° 295, p. 23 ; J. Monéger, La périodicité dans la clause d'indexation du loyer et l'ordre public monétaire, Loyers et copr. 2011, étude 9.

(14)

A. de Galembert, Étude des risques pesant sur la validité des clauses d'indexation dans les baux commerciaux, Rev. loyers 2011, 1re partie, p. 2, et 2de partie, p. 46 ; Ph.-H. Brault, Sur l'indexation du loyer du bail commercial, Gaz. Pal. numéro spécial Baux commerciaux, 1er-5 mai 2009, p. 17 ; Ph.-H. Brault, Baux commerciaux : sur l'aménagement conventionnel de la clause d'échelle mobile : Loyers et copr. 2010, étude 2 ; E. Le Douce-Bercot et F. Nouel, À propos de l'indexation : on ne peut pas avoir mathématiquement raison et juridiquement tort, LPA 10 juin 2011, p. 6 ; C. Denizot, La clause d'indexation sous le contrôle du Code monétaire et financier, AJDI 2011, p. 134 ; F. Planckeel, La sanction des clauses d'indexation illicites, AJDI 2011, p. 337.

(15)

C. com., art. L. 145-33 et R. 145-2 à R. 145-11.

(16)

B. Boccara, La révision triennale, *in* Bruno Boccara et la propriété commerciale, Lamy 2009, p. 309 et s.

(17)

Sur la perplexité des praticiens face à la fixation judiciaire du loyer, A. Jacquin, La méthode judiciaire de fixation des loyers, Gaz. Pal. 22 oct. 2011, n° 295, p. 28.

(18)

A. Reygrobellet, L'adaptation du prix du bail au cours de l'exploitation de l'entreprise, *in* Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques, précité, p. 239.

(19)

C. com., art. L. 145-38, al. 3.

(20)

Cass. 3e civ., 10 mars 1993, n° 91-13.418, Théâtre Saint-Georges, JCP 1993, II, 22089, note F. Auque, RTD com. 1993, p. 638, obs. M. Pédamon : « *la fixation du loyer renouvelé dans l'hypothèse d'un bail comportant une clause-recette échappe aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 et n'est régie que par la convention des parties* » ; la solution, affirmée à l'égard d'un renouvellement de bail commercial, a néanmoins une portée générale étendue à la révision du loyer en cours de bail.

(21)

C. com., art. L. 145-39.

(22)

Cet article n'est pas visé par l'article L. 145-15 du Code de commerce dans la liste des textes impératifs.

(23)

Cass. 3e civ. 10 mars 1993, no 91-13.418, précité.

(24)

C. com., art. L. 145-37 et R. 145-23 et s.

(25)

Sur le caractère irrégulier de la procédure du fait que les parties avaient procédé par simples conclusions sans notification de mémoires, Cass. 3e civ., 14 sept. 2011, Loyers et copr. 2011, comm. 322, comm. Ph.-H. Brault.

(26)

C. com., art. L. 145-34, al. 1er.

(27)

Cass. 3e civ., 13 juill. 2011, no 11-11.072 QPC.

(28)

Cass. 3e civ., 5 oct. 2010, no 10-14.091 QPC.

(29)

C. com., art. L. 145-33 (de 1 à 4).

(30)

Cass. 3e civ., 25 juin 2008, no 07-14.682, Bull. civ. III, no 112, D. 2008, p. 1897, obs. Y. Rouquet.

(31)

Cass. 3e civ., 13 juill. 2011, no 10-30.870, Loyers et copr. 2011, comm. 272, obs. E. Chavance.

(32)

Cass. 3e civ., 9 juill. 2008, no 07-16.605, Bull. civ. III, no 123, AJDI 2008, p. 849, obs. J.-P. Blatter, Administrer, nov. 2008, p. 40, obs. J.-D. Barbier, Loyers et copr. 2008, comm. 192, note Ph.-H. Brault, D. 2008, p. 1992, obs. Y. Rouquet, Administrer, oct. 2008, p. 55, obs. D. Lipman-W. Boccara, Rev. loyers 2008, p. 489, no 841, note C. Quément, JCP E 2009, 1041, no 26, obs. H. Kenfack.

(33)

Cass. 3e civ., 14 sept. 2011, no 10-30.825, P + B + R : parmi les nombreux commentaires, v. F. Kendérian, Déplafonnement du loyer de renouvellement et modification notable des facteurs locaux de commercialité : revirement de jurisprudence, JCP E 2012, no 5, 1095 ; H. Kenfack, Déplafonnement : vers la généralisation de la prise en compte des seules modifications favorables au preneur ?, RLDA 2011/65, no 3696, Loyers et copr. 2011, repère 9, obs. J. Monéger, JCP E 2011, 1751, note C. Rouquette-Térouanne, Loyers et copr. 2011, comm. 321, note Ph.-H. Brault, D. 2011, p. 2273, obs. Y. Rouquet.

(34)

V. *contra* Cass. 3e13 juill. 1999, nº 97-18.295, Bull. civ. III, nº 172, JCP G 2000, II, 10277, note F. Auque, JCP E 1999, p. 1923, nº 5, obs. J. Monéger.

(35)

Dictionnaire de l'Académie française, *Vº* Intérêt.

(36)

V. *contra* A. Fossaert-Sabatier, Le prix du bail renouvelé : encadrement ou liberté ?, *in* Rapp. C. cass. 1999, Doc. fr., 2000, p. 157 et s., spéc. p. 163.

(37)

En ce sens, J. Monéger et H. Kenfack, Chronique Baux commerciaux, précité, nº 10 : le recours à d'autres éléments de rééquilibrage du contrat est préconisé.

(38)

C. com., art. L. 145-34*in fine*.

(39)

Pour une analyse critique de ce revirement, J. Monéger, Vieillard ou dépendant ? Telle est la question (À propos des arrêts des 28 juin, 13 juillet et 14 septembre 2011), Loyers et copr. 2011, repère 9 : l'auteur évoque à propos de la solution retenue « *l'erreur sémantique, juridique et économique* ».

(40)

Considérant que « *le statut des baux commerciaux n'est pas un beau vieillard* (...) *il serait sage de reprendre la plume pour concevoir un droit locatif qui conjugue les intérêts de parties liées à long terme* », J. Monéger, Vieillard ou dépendant ? Telle est la question (À propos des arrêts des 28 juin, 13 juillet et 14 septembre 2011), précité.

(41)

Ph. Pelletier, Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels, Doc. fr. 2004 ; G. Lardeux, Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels : le rapport du groupe de travail présidé par Me Pelletier, RDC 2004, nº 4, p. 978.

(42)

Rép. min. à QE nº 104635, JOANQ. 13 sept. 2011, p. 9781.