

Memorandum sur la révision du loyer en application de l'article L. 145-39 du Code de commerce

Antoine HINFRAY
Docteur d'État en droit
Avocat aux Barreaux de Paris et Bruxelles
Forestier & Hinfray

Fabien GRABETTE
Avocat au Barreau de Paris
Forestier & Hinfray

Les dispositions d'ordre public des articles L. 145-39 et R. 145-22 du Code de Commerce permettent aux parties à un bail commercial assorti d'une clause d'échelle mobile de solliciter la fixation du loyer à la valeur locative « *chaque fois 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* ».

L'objectif initial de ce mécanisme de révision du loyer en cours de bail était de modérer les effets de la clause d'échelle mobile en évitant que le prix initial « *augmente ou baisse de manière excessive* » (1).

Néanmoins, cette intention n'aurait pu trouver consécration qu'à la condition de définir des seuils – loyers plancher et plafond – susceptibles d'encadrer les effets de cette révision. En l'absence d'un tel dispositif, la déconnexion totale entre le loyer initial et le loyer révisé était inéluctable. La Haute juridiction en a donc tiré la conclusion qui s'imposait : la fixation à la valeur locative peut intervenir à la hausse ou à la baisse, et ce, sans limitation, toute référence au loyer contractuel étant inopérante (2).

L'ironie est cinglante : cette volonté louable de préserver le loyer initial est susceptible de déboucher, lorsque les conditions de la révision sont réunies, sur l'imprévision la plus absolue – écueil de toute relation contractuelle. Le *business plan* élaboré par les locataires sur la durée du bail, tout comme les loyers financiers ou encore les loyers à l'américaine appelés par les bailleurs, peuvent être remis en cause, bien que les parties se soient entendues sur un prix et ses modalités d'actualisation. La commune intention des parties est appelée à s'effacer devant la notion de valeur locative dès lors qu'un seuil d'actualisation, considéré comme raisonnable par la loi, est dépassé.

Compte tenu de l'évolution modérée de l'indice du coût de la construction (ICC), ce mode de révision était, cependant, progressivement tombé dans l'oubli pour ne plus présenter qu'un intérêt théorique.

L'accroissement substantiel de l'ICC à partir de 2006 lui a redonné une actualité, le seuil précité pouvant désormais être atteint au bout de quatre ou cinq années de bail.

Pour autant, et contrairement aux prévisions, le contentieux reste rare. Ce mécanisme de révision semble, en réalité, susciter une certaine méfiance de la part des opérateurs concernés, lesquels privilégient, dans le secret des cabinets d'avocats ou par l'intermédiaire de professionnels sélectionnés, le règlement transactionnel – dans l'acception juridique de cette notion – à une solution judiciaire.

En tout état de cause, compte tenu du caractère quasi-inédit de ce mode de fixation du loyer en cours de bail, il importe d'en définir ses conditions d'application et d'en déterminer ses effets.

I. LES CONDITIONS D'APPLICATION

La révision peut intervenir lorsque le bail comporte une clause d'échelle mobile, dont l'application emporte une variation de plus du quart du loyer par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire.

A – La stipulation d'une clause d'échelle mobile
La clause d'échelle mobile s'entend traditionnellement d'une clause d'indexation automatique du loyer, fondée sur la variation d'un indice selon une périodicité déterminée.

Ladite clause doit donc mentionner les trois caractères suivants :

– un indice : aux termes des dispositions d'ordre public de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier, sont interdites les clauses prévoyant des indexations fondées sur le Smic, sur le niveau général des prix ou des salaires ou encore sur des prix des biens produits ou service n'ayant pas de relation directe avec l'objet du bail ou avec l'activité de l'une des parties. L'ICC, et désormais l'indice sur les loyers commerciaux (ILC) lorsqu'il est applicable, sont réputés en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti. Pour autant, il n'est pas interdit aux parties d'adopter un autre indice, sous réserve de respecter les conditions de l'article L. 112-2 ;

– la périodicité de la variation : l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier répute « *non écrite* »

(1) J.-P. Blatter, Droit des baux commerciaux, éd. Le Moniteur, 4^e éd., n° 543.

(2) Cass. 3^e civ., 15 janvier 1992, Administrer, avril 1992, p. 33, note J.-D. Barbier.

toute clause prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision ». En d'autres termes, si l'indexation est annuelle, la période de variation de l'indice prise en considération ne pourra pas excéder une année ;

– l'automatisme de la révision : les clauses omettent, parfois, de prévoir le caractère automatique de l'indexation. Les juges retiennent, toutefois, la qualification de clause d'échelle mobile dès lors qu'un indice de référence est stipulé et que la périodicité de la variation est précisée⁽³⁾. Le maintien de cette mansuétude n'est bien évidemment pas garanti...

Les praticiens ont élaboré des clauses d'échelle mobile prévoyant que l'indexation ne pourra jouer qu'à la hausse.

Leur validité apparaît incertaine, l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier se référant à la notion de « variation » de l'indice choisi, sans préjuger aucunement du sens de l'évolution dudit indice. On peut donc s'interroger sur la question de savoir si ce type de stipulation n'entrerait pas en contradiction avec la notion même de clause d'échelle mobile telle qu'elle est définie, du moins pour partie, par le texte précité.

De surcroît, une telle clause est susceptible de faire indirectement obstacle à la révision de l'article L. 145-39 du Code de commerce ou, au contraire, de l'actionner artificiellement. Or, ce texte est d'ordre public, de sorte que ses modalités d'application ne peuvent pas être *a priori* contractuellement modifiées.

Nul doute que les juridictions auront l'occasion de se prononcer sur cette délicate question, surtout si le contentieux lié à ce mode de révision venait à s'accroître.

B – La variation de plus du quart du loyer

Le taux de variation, à la hausse ou à la baisse, du loyer constitue une condition purement objective n'appelant pas d'observation particulière : à supposer que loyer initial soit de 100, la faculté de révision sera ouverte aux parties dès lors que le loyer sera porté, par le seul jeu de la clause d'échelle mobile, à moins de 75 ou à plus de 125, et ce, sans condition de délai.

Pour apprécier cette variation, il importe de comparer le loyer en cours « au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire », à savoir le loyer initial, le loyer révisé sur le fondement de l'article L. 145-38 du Code de commerce ou encore le dernier loyer fixé contractuellement⁽⁴⁾. Il est, en revanche, exclu de se référer au loyer résultant des précédentes variations de la

clause d'indexation, sous peine de rendre la révision légale de l'article L. 145-39 totalement inapplicable.

Enfin, ce seuil est apprécié à la date de la demande de révision. À supposer, en reprenant l'exemple ci-dessus, que le loyer ait été porté à plus de 125 en 2008, mais qu'à raison de la baisse constatée de l'ICC – et dans une moindre mesure de l'ILC – depuis le quatrième trimestre 2008, le loyer actualisé se trouve fixé à moins de 125 en 2009, la condition tenant au taux de variation ne sera plus satisfaite. Il conviendra d'attendre que le loyer passe une nouvelle fois au-dessus de 125 pour former une demande de révision.

En pratique, à moins que la valeur locative soit peu ou prou équivalente au loyer en cours, l'une ou l'autre des parties aura intérêt à tenter de paralyser ce mécanisme.

Pour ce faire, il conviendra de reporter, chaque fois que nécessaire, le point de départ de la variation exigée soit en fixant, d'un commun accord, un nouveau loyer en cours de bail (a), soit encore en sollicitant la fixation judiciaire du loyer révisé dans le cadre de la révision de l'article L. 145-38 du Code de commerce (b).

a – Le nouveau prix doit, pour les raisons précédemment exposées, différer du loyer résultant de la simple application de la clause d'indexation.

La libéralité du bailleur consistant à neutraliser, avec l'accord du preneur, l'application de ladite clause pour un ou plusieurs exercices est susceptible, en prenant quelques précautions rédactionnelles, de répondre à cette exigence.

Toujours dans ce cadre, il importe de s'interroger sur la question de savoir si la substitution d'indices en cours de bail caractériserait la fixation d'un nouveau loyer contractuel au sens de l'article L. 145-39.

La réponse ne peut être que nuancée : dans la mesure où l'un des éléments de détermination du loyer, à savoir ses conditions contractuelles d'actualisation, a été modifié, il devrait s'agir d'un nouveau prix.

Néanmoins, l'article L. 145-39 élude totalement les modalités d'indexation dudit loyer pour se référer à la seule condition objective tenant au taux de variation. Dès lors, le changement d'indices devrait être neutre.

Là encore, le débat reste ouvert.

b – La partie qui a le plus à craindre des effets de la révision de l'article L. 145-39, peut avoir intérêt à solliciter, si la condition de délai est satisfaite, la révision dite triennale du loyer, étant précisé que la stipulation d'une clause d'échelle mobile ne fait pas obstacle à ce mécanisme de révision⁽⁵⁾.

(3) Cass. 3^e civ., 5 février 1992, Gaz. Pal., Rec. 1992. 369, note J.-D. Barbier.

(4) Ph.-H. Brault et J.-D. Barbier, Le statut des baux commerciaux, éd. Gaz. Pal., éd. 2009.

(5) Cass. 3^e civ., 16 décembre 1998, Loyers et copr. 1999, comm. 26.

Contrairement à celle de l'article L. 145-39, la révision de l'article L. 145-38 préserve, dans une certaine mesure, le loyer contractuel, en instituant un « *loyer plancher* » – le loyer en cours – et un « *loyer plafond* » – le loyer résultant de la variation de l'indice – en deçà ou au-dessus desquels le loyer révisé ne peut être fixé, sauf à l'une des parties de rapporter « *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* » ⁽⁶⁾.

II. LA FIXATION DU MONTANT DU LOYER RÉVISÉ

Dans l'hypothèse où les conditions précitées sont réunies, l'article R. 145-22 du Code de commerce prévoit que « *le juge adapte le jeu de l'échelle mobile à la valeur locative au jour de la demande* ».

Cette formulation, quelque peu déroutante, signifie que le loyer révisé sera fixé à la valeur locative. Il importe préalablement de s'intéresser aux modalités pratiques de cette fixation.

A – Les modalités pratiques de la fixation

La procédure de fixation du loyer révisé est classique :

- la partie à l'initiative de cette procédure doit, en application de l'article L. 145-37 du Code de commerce, former une demande de révision, par lettre recommandée ou par acte extrajudiciaire. Tout comme la demande de révision dite triennale, cette demande doit, à peine de nullité, préciser le montant du loyer réclamé ⁽⁷⁾ ;
- le juge des loyers commerciaux du lieu de situation de l'immeuble dispose d'une compétence d'attribution limitée à la fixation du loyer révisé, toutes les autres contestations ressortant de la compétence exclusive du Tribunal de grande instance ;
- il ne peut être saisi que passé le délai d'un mois à compter de la réception par la partie défenderesse d'un mémoire préalable.

Au-delà des modalités procédurales de cette fixation, se pose la question du moment auquel il convient de notifier la demande de révision.

Ladite demande peut être formulée, sans aucune condition de délai depuis la dernière fixation du prix, dès que le seuil de 25 % aura été dépassé.

L'interrogation la plus prégnante concerne, en réalité, la prescription biennale de l'article L. 145-60 du Code de commerce et plus précisément son point de départ. L'exemple suivant illustrera la pro-

blématique : le loyer initial de 100 a été porté en juillet 2007 à 126, puis en juillet 2008 à 140 et enfin en juillet 2009 à 145.

La partie intéressée par la révision doit-elle, dans ce contexte, former sa demande dans les deux ans du premier dépassement ou bien les dépassements postérieurs ouvrent-ils droit à une nouvelle action en révision ?

La révision du loyer étant une action spécifique du Statut des baux commerciaux ladite prescription a naturellement vocation à s'appliquer, ce qui impliquerait d'agir dans les deux années du premier dépassement.

Pour autant, l'article L. 145-39 précise que l'action est ouverte « *à chaque fois* » que le taux de variation est atteint, ce qui semble devoir reporter le point de départ de la prescription à chaque dépassement de seuil et, *in fine*, la neutraliser.

Sur un plan stratégique, la partie intéressée à la révision n'aura, toutefois, pas intérêt à différer son action, cette dernière pouvant éventuellement être neutralisée à son tour par une demande de révision dite triennale émanant de son cocontractant.

En revanche, pour clore le débat sur la prescription, dès lors que la demande de révision aura été notifiée, son auteur devra initier la procédure dans le délai de deux ans à compter de ladite demande.

B – L'adaptation du loyer à la valeur locative

Si les conditions d'application de l'article L. 145-39 sont satisfaites, le loyer révisé sera fixé à la valeur locative des lieux loués, déterminée à la date de la demande ⁽⁸⁾.

Comme il a été précédemment exposé, la fixation à la valeur locative peut intervenir à la hausse ou à la baisse et ce, sans limitation, de sorte qu'il n'existe ni « *loyer plancher* », ni « *loyer plafond* ».

Les enjeux sont donc particulièrement importants puisque toute référence au loyer initialement convenu sera inopérante. On ne saurait, dans ces conditions, que conseiller aux intervenants intéressés de solliciter, préalablement à leur demande de révision, un avis sur la valeur locative réelle des lieux loués. Cette estimation leur permettra d'éviter la délivrance d'une demande de révision inopportune ou, au contraire, de tenter de neutraliser toute action adverse.

La valeur locative sera recherchée en considération des cinq critères définis par les articles L. 145-33 et R. 145-2 à R. 145-8 du Code de commerce, ou encore pour les locaux ou baux visés par l'article L. 145-36 du même Code selon les modalités de détermination de la valeur locative qui leur sont propres.

(6) Sur la question, Cass. 3^e civ., 6 février 2008, Loyers et copr. 2008, comm. 59 et étude n° 3, note Ph.-H. Brault.
(7) Article R. 145-20 du Code de commerce.

(8) Article R. 145-22, alinéa 1^{er}.

Le dernier alinéa de l'article L. 145-38 du Code de commerce dispose qu'il ne sera pas tenu compte, pour le calcul de la valeur locative, « *des investissements du preneur* » – notion plus large que celle « *d'améliorations* » au sens de l'article R. 145-8 du Code de commerce – exposés « *pendant la durée du bail en cours* ». Cette disposition implique d'apprécier la valeur locative selon l'état d'aménagement et d'équipement des lieux loués à la date de prise d'effet du bail.

Bien que ce texte ne soit pas repris sous l'article L. 145-39, il serait d'une portée générale (9).

Après une fixation judiciaire du loyer, la clause d'échelle mobile continuera à produire ses effets. En pratique, il existera fréquemment un décalage entre la date effective de la révision et celle contractuellement définie pour procéder à l'indexation.

L'alternative suivante se présentera :

– soit les indexations à intervenir seront reportées à la date anniversaire de la révision légale ;

(9) En ce sens, J.-P. Blatter, *Droit des baux commerciaux*, préc., n° 530.

– soit la date contractuellement prévue est maintenue, mais il conviendra alors de modifier, pour l'indexation suivant la révision, la période de variation des indices.

La jurisprudence n'a pas réellement donné de solution à cette difficulté pratique et s'est contentée de juger que le nouvel indice applicable était celui publié à la date de la demande (10).

Enfin, et toujours sur le plan pratique, il importe de préciser que les parties ne disposent pas de droit d'option, cette possibilité n'étant ouverte, aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 145-57 du Code de commerce, qu'à l'occasion de la procédure de fixation du loyer de renouvellement.

Les parties devront donc supporter le bouleversement économique susceptible de résulter de cette révision jusqu'à l'expiration du bail, le preneur disposant, toutefois, de sa faculté de résiliation triennale... sous réserve qu'il n'y ait pas contractuellement renoncé.

(10) Cass. 3° civ., 12 février 1985, pourvoi n° 93-10.443.