



MICHEL MARX *Expertises*
EXPERTS IMMOBILIERS SPÉCIALISTES DE LA PROPRIÉTÉ COMMERCIALE

Article paru dans l'ARGUS de l'ENSEIGNE N°38 AVRIL 2010

UNE OPPORTUNITE, UNE URGENCE : LA REVISION DES LOYERS EN COURS DE BAIL SELON LA PROCEDURE DE L'ARTICLE L 145-39

par SYLVIE ROUX, expert immobilier

La vie du bail n'est pas un long fleuve tranquille mais ressemble parfois à une partie de poker (menteur ou pas) où les parties se jaugent et comptent leurs atouts avant d'abattre leurs cartes.

Pour préserver un certain équilibre, le législateur a mis en place des mécanismes permettant au bailleur et au locataire de se rapprocher afin de réajuster le loyer en fonction de réalités économiques plus proches du local exploité et de l'activité exercée et notamment la possibilité de révision offerte par l'article L 145-39 du code de commerce qui connaît actuellement son heure de gloire du fait de l'augmentation importante de l'indice ICC (depuis 2003), sur fond de crise économique.

L'indice ILC, apparu récemment, permettra d'atténuer les évolutions erratiques de l'indice ICC trop sensible aux variations du marché international des matières premières.

Les conditions souples de la mise en œuvre de l'article L 145-39 :

Le texte : « *En outre et par dérogation à l'article L 145-38, si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée 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 »*

Quelques précisions :

- Le bail doit être en cours mais cette procédure est souple et peut être actionnée à tout moment de la vie du bail si la clause d'échelle mobile a généré une variation de plus de 25% du loyer.
- Le bail doit comporter une clause d'échelle mobile qui est une indexation automatique (ICC ou ILC) du loyer. Elle peut être triennale ou annuelle ou même trimestrielle.
- Il ne s'agit pas d'une révision triennale (article L 145-38) qui n'a pas de caractère automatique et doit être demandée par une des parties.
- Le loyer de référence pour calculer la variation est le dernier loyer fixé contractuellement ou judiciairement : Le loyer de référence n'est pas le loyer fixé par le jeu de l'indexation mais le loyer du bail ou de ses avenants ou le loyer fixé judiciairement lors d'une précédente révision triennale (article L 145-38).
- L'augmentation ou la diminution du loyer est de plus de 25% : l'écart entre le loyer en vigueur et le loyer de référence doit être **supérieur à 25%** à la hausse **ou** à la baisse

Quelques exclusions :

- le loyer binaire (selon la jurisprudence Théâtre St Georges), comprend une partie constituée par un pourcentage sur le montant des recettes et un loyer minimal indexé. Il échappe aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 repris par le code de commerce et n'est régi que par la convention des parties.
- Les contrats comportant un crédit-bail : il s'agit d'un contrat mixte (emprunt et bail). Mais le sous locataire du crédit preneur peut agir en révision à la baisse.

La procédure : à l'initiative du bailleur ou du locataire, elle se matérialise par l'envoi d'une lettre avec AR ou par voie d'huissier précisant le loyer demandé. Cette lettre fait date pour l'application du loyer révisé et pour le décompte du délai de saisine du tribunal qui est de 2 ans.

L'opportunité : l'ouverture d'une négociation...

La lettre permet généralement l'ouverture d'une négociation: le délai de saisine de 2 ans donnant du temps aux parties pour trouver un accord. A cette étape, il vaut mieux s'adjoindre un ou des Conseils (avocat, expert), le temps et les enjeux financiers étant importants.

Les arguments sur lesquels vous pouvez appuyer votre demande sont de nature juridique et économique:

- **La détermination de la valeur locative :**
 - L'article R 145-7 impose de se référer aux loyers du voisinage, c'est-à-dire des nouvelles locations, des renouvellements amiables ou des décisions judiciaires. Ce travail de recherche de proximité est essentiel mais il est souvent freiné par les problèmes de confidentialité. Pourtant on ne sait jamais quand on aura besoin du loyer de l'autre....pour suivre la même procédure.
 - Le bail : la valeur faciale ne représente pas la valeur locative, il faut tenir compte des conditions du bail et des mesures d'accompagnement, par exemple : droit d'entrée, impôt foncier, franchise de loyer, travaux...
- **Les arguments économiques :**

Il s'agit d'une recherche multicritère qui permet de faire ressortir une tendance globale. L'expert étudie entre autres :

- La qualité de l'enseigne et son poids économique
- L'évolution des facteurs locaux de commercialité : il s'agit d'une recherche sur le terrain (population, accessibilité, politique de développement urbain, fréquentation, concurrence, disparition ou implantation d'enseignes nationales

Cette tendance globale doit être en relation avec l'activité exercée et doit se retrouver in fine dans l'évolution du Chiffre d'Affaires qui doit permettre d'appuyer l'évolution des facteurs locaux de commercialité et sa conséquence sur le taux d'effort pour le loyer demandé, calculé à partir d'un excédent brut d'exploitation retraité

...sur fond de crise... mais quelle crise ?

La recherche multicritère exposée ci-dessus, traduit en fait [une recherche de la lisibilité de la crise économique](#) :

➤ [au niveau judiciaire](#) :

Récemment il n'existe pas encore à ma connaissance de décisions judiciaires rendues car la procédure est utilisée comme levier de négociation et la mise en valeur de l'article L145-39 est trop récente.

On peut seulement souligner une décision récente du TGI de Paris (jugement du 13/11/2009 TGI de Paris) qui fait primer la révision de l'article L 145-39 sur la révision triennale de l'article L 145-38.

Ce jugement démontre la volonté des magistrats de prendre en compte la réalité économique : Il fait prévaloir la procédure la plus souple.

➤ [sur le marché locatif](#) :

- l'impact de la crise est immédiat sur **le marché des bureaux** où on constate une baisse des valeurs locatives de présentation et un accroissement des mesures d'accompagnement : dans le quartier de Paris QCA les loyers ont baissé en moyenne de 9% et de 21% en bureau prime. La quasi absence d'indemnité d'éviction et de droit au bail génère un marché plus fluide à la hausse comme à la baisse.
- son impact est plus complexe et plus diversifié **sur les baux commerciaux**
 - car le bailleur doit éventuellement préserver son emprunt ou la valorisation de son capital
 - et le locataire tient à son droit au bail qui dans le cadre d'une indemnité d'éviction devient une créance contre le bailleur

Le jeu des rapports bailleurs-locataires peut se traduire par quelques exemples:

- dans les centres- villes : le bel exemple de la complexité
 - Partie nulle sur les Champs Elysées.
Les valeurs se maintiennent. Le travail de fond sur le loyer s'effectue surtout au niveau du renouvellement (TARA JARMON, VIRGIN, MONOPRIX, RENAULT, GAP...), ce qui permet de sortir de l'urgence.
Les Champs Elysées constituent un alignement de vaisseaux amiraux, dont les fonds ne sont pas toujours rentables, mais qui possèdent un trésor en droit au bail.
Si la valeur locative baisse, le droit au bail baisse et le trésor fond avec l'indemnité d'éviction. La main passe...
 - Les bailleurs mènent le jeu dans les baux anciens, renouvelés avec plafonnement. Même si l'indice a permis une augmentation de plus de 25% du loyer, ce dernier reste bien inférieur à la valeur locative.
 - Ils peuvent également mener le jeu dans les villes en forte restructuration, ce qui a été récemment le cas de nombreuses villes de province où voisinent des commerces anciens et fatigués portant un petit loyer renouvelé, avec des enseignes récentes et innovantes, affichant glorieusement leur présence et, via un droit au bail ou un droit d'entrée, ...une valeur locative de marché.
A Annemasse, ville en mouvement avec de gros travaux de restructuration en cours dans le centre ville piétonnier, et pléthore de projets dans le quartier gare, les loyers de marché se situaient en 2000/2002 autour de 200€ à 250€/m² pondéré. Ils se situent actuellement autour de 1.000€/m² pondéré voire plus.

Contrairement aux idées reçues, les bailleurs peuvent donc avoir intérêt à entamer une procédure en révision.

- Mais les locataires mènent le jeu... dans tous les autres cas de figure, mais toujours en fonction des facteurs locaux de commercialité.

- Dans les ZAC : la simplicité

Le principe des ZAC est simple... : une bonne accessibilité, une parcelle avec un bâti rapide à mettre en place et relativement bon marché offrant un ou plusieurs commerces, une zone de parking importante, chaque parcelle étant indépendante et clôturée. L'accessibilité entre parcelles est relativement difficile (haies végétales, absence de visibilité des accès, absence de passages piétons...) sauf à reprendre sa voiture, ce qui est logique car la parcelle voisine appartient à un bailleur différent, et un flux de chalands ne se partage pas !

... et leur évolution est extrêmement réactive car la partie à jouer est sans artifice :

- les enseignes se déplacent et suivent le flux de chalands car elles ne sont pas prisonnières de droit au bail ou droit d'entrée importants ou d'aménagements coûteux.
- les flux de chalands privilégient la nouveauté et sont très mobiles tout en restant attachés au parking où ils sont stationnés.
- Les promoteurs bailleurs rentabilisent à coup sur leurs actifs car ils mettent en valeur des friches agricoles ou industrielles ou des bâtis peu coûteux à démolir comme à reconstruire.

La ZAC de la Croix Blanche de Ste Geneviève des Bois (91), ancienne et importante zone commerciale interrégionale, avec de nombreux projets réalisés ou en cours en est l'illustration:

- La zone réagit et se redessine : L'ancien cœur résiste autour de Leroy Merlin. Un nouveau pôle s'est créé autour d'Alinéa et Planet Saturn au détriment de l'ancien pôle d'ameublement.
- Dans la partie redynamisée, les loyers de marché ont augmenté (de 50-150€/m² à 250-300€/m²) et les loyers des baux en renouvellement y sont actuellement déplafonnés. Evoquer la procédure de l'article L145-39 y est superfétatoire pour les locataires, mais non pour les bailleurs !
- Dans la partie ancienne de la ZAC, il faut éviter la fuite des locataires vers des lieux plus dynamiques ou, pour les bailleurs-exploitants enchaînés à leur terrain, maintenir l'activité: les demandes de révision à la baisse de l'ancien pôle d'ameublement ont été, pour certains, acceptées avec des baisses de 15 à 20% de loyer.

- **Dans les centres commerciaux : une partie à trois, difficile**, où il existe peu de bailleurs, qui sont en position de force, mais une multitude de locataires,... et le consommateur.
 - o le poids des forces en présence est lourd :
 - l'enseigne veut préserver ses relations avec le bailleur pour continuer à s'implanter dans ses centres, mais son taux d'effort devient insupportable, avec l'effet ciseaux de l'augmentation de l'indice et de la baisse du chiffre d'affaires.
 - Le bailleur a besoin de commercialiser et d'animer son centre avec des enseignes de qualité. Il doit maintenir un loyer facial qui permet de préserver le taux de rentabilité et la valeur des actifs. Il a aussi besoin de renouveler son animation commerciale en évinçant les enseignes en perte de vitesse et en recherchant des enseignes nouvelles ou innovantes.
 - La baisse de fréquentation des centres commerciaux est un sujet d'actualité, les consommateurs semblent privilégier de nouveau les centres villes.
 - o La lisibilité de la crise y est difficile :
 - La gestion unique des loyers fait apparaître une valeur locative faciale basée sur un barème uniforme à la différence des centres villes. Seules les décisions judiciaires occasionnent des brèches dans cette gestion unique.
 - La confidentialité de la gestion des centres rend difficile l'obtention des chiffres clés permettant une appréciation de leur commercialité (taux de fréquentation...). L'effet dent creuse, (coque vide), est à terme, le seul aspect extérieur qui permet de se rendre compte de la santé d'un centre et qui peut mettre le bailleur à l'écoute du discours des enseignes.
 - L'application de la procédure de l'article L145-39 rencontre des obstacles juridiques :
 - La jurisprudence théâtre St Georges exclut les loyers binaires du bénéfice de cette procédure, mais cette jurisprudence est-elle toujours d'actualité si les parties conviennent dans le bail d'un renouvellement à la valeur locative ?
 - Le passage à l'ILC a permis à certains de conclure un avenant qui met un terme à la possibilité de révision de l'article L 145-39, la variation du loyer n'atteignant plus 25%

- Pour avoir plus de poids, les enseignes négocient globalement les différents sites d'un même bailleur. Par exemple, une enseigne accepte de se maintenir sur Coquelles sous condition d'une baisse de loyer à Parly 2.
- D'autres arguments sont également possibles : Baisse de la fréquentation ou extension-rénovation du centre commercial, animation, réduction-augmentation des charges du centre
- Les mesures d'accompagnement peuvent être négociées plus facilement qu'une baisse de loyer :
 - Le transfert de l'activité à un meilleur emplacement
 - L'augmentation ou la réduction des surfaces de vente
 - Une franchise de loyer pour une durée déterminée ou la mise en place de paliers de loyers. Cette solution est souvent préférée à une diminution du loyer facial.
 - L'augmentation de la part variable du loyer, qui met le loyer directement en relation avec la fréquentation du centre
 - Un bail à durée ferme de 6 ans...

De l'urgence d'actionner l'article L 145-39 :

Les indices sont à la baisse et la variation de plus de 25% disparaît.

En fonction du tableau reproduit ci-après on peut faire les observations suivantes:

- Seul l'indice du 4^o trimestre 2008 permet encore de faire jouer la procédure de l'article L 145-39 sur les baux signés en 2004. Mais l'indice du 4^o trimestre 2009 va paraître en avril !
- Pour agir sur la base du 2^{ème} et du 3^{ème} T, il faut maintenant que le bail ait été signé en 2002, et pour le 1^{er} T, au 1^{er} semestre 2003.

Au plus fort de la hausse de l'indice, une demande de révision pouvait être effectuée au bout de 3 ans et demi de bail. Actuellement, elle ne peut être effectuée qu'au bout de 6 ans et demi de bail.

Mais ne peut-on dire qu'en période de crise le principe de la négociation reste toujours d'actualité ?

années	1er T		évolution 1er T 2009 / 1er T année N	2e T		évolution 2e T 2009 / 2e T année N	3e T		évolution 3e T 2009 / 3e T année N	4e T		évolution 4e T 2009 / 4e T année N
	indice	date parution		indice	date parution		indice	date parution		indice	date parution	
2002	1159	12.07/2002	29,68%	1163	15/10/2002	28,80%	1170	10/01/2003	28,38%	1172	11/04/2003	29,95%
2003	1183	16.07/2003	27,05%	1202	14/10/2003	24,63%	1203	14/01/2004	24,85%	1214	09/04/2004	25,45%
2004	1225	09.07/2004	22,69%	1267	15/10/2004	18,23%	1272	12/01/2005	18,08%	1269	12/04/2005	20,02%
2005	1270	08.07/2005	18,35%	1276	14/10/2005	17,40%	1278	10/01/2006	17,53%	1332	07/04/2006	14,34%
2006	1362	11.07/2006	10,35%	1366	13/10/2006	9,66%	1381	12/01/2007	8,76%	1406	06/04/2007	8,32%
2007	1385	06.07/2007	8,52%	1435	12/10/2007	4,39%	1443	09/01/2008	4,09%	1474	04/04/2008	3,32%
2008	1497	09.07/2008	0,40%	1562	10/10/2008	-4,10%	1594	09/01/2009	-5,77%	1523	10/04/2009	0,00%
2009	1503	25.07/2009	0,00%	1498	14/10/2009	0,00%	1502	13/01/2010	0,00%			