

AJDI

L'ACTUALITE JURIDIQUE

DROIT IMMOBILIER

EXPROPRIATION

Panorama de jurisprudence administrative
(2007-2008) 18

Expropriation et communication de données
à la CNIL 1

BAIL COMMERCIAL

ILC : approche juridique et impact économique 6

Clause « tous commerces »
et local à usage exclusif de bureaux 26

Conditions de forme de la déspécialisation plénière 27

Le trouble anormal du voisinage appartient
au droit de la responsabilité 13

Nuisances affectant la santé et le cadre de vie
et responsabilité de l'Etat 56

VALEURS ET REFERENCES ECONOMIQUES

15 LOYERS COMMERCIAUX

16 INDEMNITES D'EXPROPRIATION

DALLOZ

Indice des loyers commerciaux : approche juridique et impact économique

L'ESSENTIEL

En envisageant la mise en œuvre de l'indice trimestriel des loyers commerciaux mentionné au premier alinéa de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier « s'il est applicable », la LME du 4 août 2008 peut légitimement conduire à s'interroger sur l'existence de la latitude laissée aux cocontractants, dans les autres hypothèses que celle de la clause d'échelle mobile.

Au-delà de cette interrogation juridique et en admettant que les parties à l'acte disposent d'un choix entre l'ICC et l'ILC, il convient de se demander quel est l'indice qui, d'un point de vue économique, présente le plus d'intérêt pour l'une ou l'autre des parties au contrat.

L'indice ILC doit-il être appliqué «s'il est applicable» ?

par Jean-Pierre Blatter

Docteur en droit, avocat à la cour, spécialiste en droit immobilier, professeur à l'ICH, directeur de l'AJDI

Personne ne semble être aujourd'hui véritablement en mesure de répondre aux questions qui se posent quant à l'application de l'indice des loyers commerciaux créé par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, tant les opinions doctrinales qui ont été émises sont multiples, voire divergentes.

En un mot la question est de savoir si, pour les domaines du statut des baux commerciaux qui ne sont pas de nature exclusivement contractuelle, comme l'est la clause d'indexation, le nouvel indice sera applicable obligatoirement et si, dans l'affirmative, il le sera aux baux en cours, ou si au contraire la seule innovation de la loi consiste à donner aux parties la faculté d'opter dans le contrat pour le choix d'un nouvel indice.

Cette position est celle de Joël Monéger et Philippe-Hubert Brault (Loyers et copr. sept. 2008, étude 8, n° 3) qui énoncent que « le Parlement a établi une option entre l'indice actuel et l'indice ILC à naître ».

Poursuivant leurs propos, ils indiquent que : « en effet l'ILC dans la composition fixée par l'INSEE ne sera susceptible d'être contractuellement choisi que si le bail commercial prévoit l'exploitation d'une au moins des activités commerciales définies par décret », et concluent que « il convient de souligner que l'application du nouvel indice est conditionnée par l'accord des parties, par avenant au bail en cours ou lors du renouvellement ».

Nous sommes d'accord sur ce point s'agissant des clauses

d'indexation, dont le caractère exclusivement contractuel conduit à cette conclusion.

De son côté, dans un nouveau commentaire (Loyers et copr. oct. 2008, étude 9), Philippe-Hubert Brault, écrit tant pour la révision triennale et le renouvellement que pour les clauses d'échelle mobile que : « le nouveau texte introduit donc une alternative dans le calcul du loyer dit plafond permettant de déterminer le seuil au-delà duquel le juge ne peut fixer le loyer révisé, sauf en cas de déplacement (en ce qui concerne la révision triennale) ».

Pour les clauses d'échelle mobile, il écrit : « les parties auront donc dans l'avenir la faculté - dans certains cas - d'indexer conventionnellement le loyer sur l'indice ILC et non plus seulement sur l'ICC ».

Enfin, pour le renouvellement, il estime que, comme c'est le cas en révision, « la variation de l'indice ILC ne pourra être prise en compte pour déterminer le loyer dit plafond que si celui-ci est « applicable » : cela suppose que soient remplies les deux conditions précédemment évoquées, soit en l'occurrence l'accord des deux parties pour le choix d'un tel indice, et ce sous réserve que son caractère licite soit reconnu par le décret d'application en attente ».

Néanmoins, Philippe-Hubert Brault écrit en préambule (n° 21) : « en d'autres termes, les nouvelles dispositions légales s'avèrent inapplicables jusqu'à l'entrée en vigueur de ce décret, dont l'objet sera de déterminer les activités susceptibles de bénéficier du nouvel indice et/ou de rendre celui-ci applicable du seul fait que l'une ou l'autre des parties entend y faire désormais référence ».

Dans sa première étude sur le sujet, il écrivait (Gaz. Pal. Rec. 2008. 2091), tant pour la révision triennale que pour le renouvellement : « cependant, le nouveau texte paraît de nature à laisser à cet égard une liberté d'appréciation au cocontractant (sic) : à défaut de référence explicite au nouvel indice, ce

serait l'indice INSEE du coût de la construction qui demeurerait applicable pour le calcul du loyer plafonné ».

Evoquant la question de la fixation du bail renouvelé, il écrivait : « on pourrait supposer que l'indice ILC ne sera réputé applicable qu'à la condition que les parties aient manifesté la volonté explicite d'y faire référence en renouvellement, mais il n'existe aucune certitude sur ce point car, in fine, le premier alinéa de l'article L. 145-34 fait référence à une disposition conventionnelle fixant le trimestre de référence de l'indice, et tel est le cas lorsque le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile.

Ne faut-il pas en conclure que si le bail commercial comporte une clause d'échelle mobile fondée sur l'indice ILC, celle-ci devrait logiquement s'appliquer également à la fixation du loyer du bail renouvelé si celui-ci doit être plafonné ? »

La question doit même et surtout être posée si le bail ne comporte pas de clause d'échelle mobile.

Joël Monéger écrit quant à lui (Loyers et copr. 2008, focus, 61) : « A cet égard, il faut rappeler que les règles relatives à l'application de la loi dans le temps impliquent que l'ILC n'a pu être valablement adopté qu'après publication de la loi. Il faut ensuite que le nouvel indice soit applicable au double sens que la loi autorise son usage et que le bail le stipule ».

La position de Jehan-Denis Barbier est légèrement moins catégorique (Gaz. Pal. 12/13 sept. 2008, p. 9). Commentant l'expression « s'il est applicable », il écrit : « cette expression devrait, semble-t-il renvoyer à la convention des parties ». De son côté, Françoise Auque (JCP 2008, Act. 567) écrit s'agissant de l'expression « s'il est applicable » : « Cette mention laisse perplexe. Faut-il en déduire que les parties auront le choix de leur indice, comme semblait le vouloir l'Assemblée nationale (V. rapp. AN, 2008, n° 809, p. 254) ? Doit-on, au contraire, comprendre que le décret visé par le code monétaire et financier dressera une liste d'activités soumises à l'ILC qui, comme en matière de baux d'habitation, se substituera de plein droit à l'indice ICC ».

Enfin, Didier Guével pose pertinemment la question suivante « un problème peut cependant surgir : étant obligatoire et unique, le plafonnement antérieur n'avait pas à être mentionné dans les contrats. Que devra-t-on décider désormais dans le silence du contrat ? Quel sera l'indice à retenir par défaut ? ».

C'est toucher du doigt le véritable problème.

On le voit il n'existe ni unanimité, ni certitude sur la question. La question formulée ci-après sur le caractère obligatoire de l'application de l'ILC, pour la révision triennale et le renouvellement plafonné, est donc relativement isolée mais est fondée sur les éléments suivants.

Il paraît nécessaire de distinguer clairement dans le cours du bail commercial les trois hypothèses à l'occasion desquelles le loyer peut faire l'objet d'une variation : la clause d'échelle mobile, plus généralement appelée clause d'indexation, régie par l'article L. 145-39 du code de commerce, la révision triennale légalisée régie par l'article L. 145-38 et le renouvellement régi par les articles L. 145-33 et L. 145-34.

Il convient cependant pour tenter de déterminer la portée de la modification législative, de rappeler la genèse de la création de

l'indice des loyers commerciaux dont la portée était limitée dans l'esprit de ses promoteurs.

Sur l'évolution historique : de l'accord interprofessionnel du mois de décembre 2007 à la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008

Au mois de décembre 2007, sous l'égide de la Fédération Procos, un accord interprofessionnel voyait le jour signé entre cette fédération, qui avait reçu mandat d'un certain nombre de syndicats professionnels de commerçants, et le Conseil national des centres commerciaux, la Fédération des sociétés immobilières et foncières, le Conseil du commerce de France et l'Union nationale des propriétaires immobiliers.

La première phrase du texte de cet accord est la suivante : « les loyers commerciaux sont, en France, indexés sur l'indice du coût de la construction (ICC) ».

Après avoir exposé la composition du nouvel indice proposé dit « indice des loyers commerciaux », l'accord concluait de la manière suivante : « Le nouvel indice des loyers commerciaux (ILC), s'appliquera à partir de la date de parution de l'indice du coût de la construction du troisième trimestre 2007, soit, vers le 15 janvier 2008. Il concernera les nouveaux baux et les baux en cours (par avenant) sur tout le territoire français ». Cependant, il y avait un obstacle à l'application, fût-elle purement contractuelle de cet indice, puisqu'il était composé à 50 % de l'indice des prix à la consommation et que, dans sa rédaction alors applicable, l'article L. 112-2 du code monétaire et financier interdisait : « dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, [...] toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix et 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 ».

Ce même article répute en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti, la clause d'indexation fondée sur la variation de l'indice du coût de la construction publié par l'INSEE.

Cet accord restait donc lettre morte (V. sur cette question : Brault, Monéger : Le bœuf, l'âne et l'indice, Loyers et copr. 2008, focus 1) et la possibilité d'adopter pour indice de référence l'indice des loyers commerciaux ainsi créé, ne pouvait résulter que d'une loi modifiant l'article L. 112-2 du code monétaire et financier.

Ce fut précisément l'objet, et le seul objet, de l'article 11 du projet de loi de modernisation de l'économie.

Dans l'exposé des motifs, il était indiqué, en rappelant l'accord interprofessionnel : « Plusieurs fédérations de propriétaires et de locataires ont trouvé un accord sur l'instauration d'un nouvel indice de révision des loyers permettant d'éviter de trop fortes variations annuelles et de mieux tenir compte de l'évolution de l'activité des commerçants et des artisans. Ce nouvel indice comprend, pour partie, comme base de référence, l'indice des prix à la consommation (IPC). L'introduction de cet indice dans les contrats de bail en cours et à venir,

dans la limite du plafonnement du loyer sur la base de l'indice du coût de la construction, nécessite toutefois une modification du code monétaire et financier ».

Aussi, l'unique objet de l'article 11 du projet de loi était-il de modifier l'article L. 112-3 du code monétaire et financier qui avait déjà été modifié pour permettre l'indexation des loyers d'habitation sur l'indice général des prix.

Il était donc proposé d'ajouter dans cet article qui autorise précisément une liste de dérogations à l'interdiction de l'indexation sur l'indice des prix à la consommation, après le visa des conventions portant sur un local d'habitation, les mots « ou à caractère commercial ».

C'est dans ces conditions que le projet est venu devant l'Assemblée nationale.

Dans son avis (n° 895), Eric Ciotti concluait sur cette question « le projet de loi vise à favoriser le recours à ce nouvel indice, en modifiant pour ce faire les dispositions du code monétaire et financier qui, actuellement empêchent de s'y référer ».

De même, dans son rapport à l'Assemblée nationale, Jean-Paul Charié, (rapp. n° 908) concluait au sujet de l'accord interprofessionnel : « actuellement, cet accord n'a pas valeur obligatoire et le projet de loi ne rend pas non plus obligatoire l'application de cet indice. Néanmoins, il le rend valide légalement, en modifiant l'article L. 112-3 du code monétaire et financier, afin de prévoir une dérogation, au profit des baux commerciaux, à l'interdiction d'indexation sur l'indice des prix à la consommation ».

On voit ainsi que tant l'accord interprofessionnel que le projet de loi, tel qu'il avait été présenté à l'Assemblée nationale, avait un objet réduit : il s'agissait simplement de permettre aux parties d'adopter, pour servir de base aux clauses d'indexation au sein des baux commerciaux, un nouvel indice dit des loyers commerciaux, alternativement avec l'indice du coût de la construction.

Il semble cependant que le projet ait connu une évolution telle que sa portée a pu être singulièrement modifiée.

Tout d'abord a été présenté un amendement (n° 125) qui proposait de modifier également les dispositions du statut des baux commerciaux dans les deux articles faisant référence à l'indice du coût de la construction, à savoir les articles L. 145-34 et L. 145-38 pour permettre l'application du nouvel indice dans les termes suivants : « pour les baux portant sur un immeuble bâti à usage principal de commerce de détail et dès lors que les parties ont contractuellement adopté l'indice trimestriel des loyers commerciaux, le taux de variation du loyer applicable lors de la prise d'effet du bail à renouveler ».

Les auteurs de l'amendement concluaient leur exposé de la manière suivante : « il convient également de maintenir le principe de liberté du choix de l'indice dans ce type de baux comme le prévoient déjà les textes de loi en vigueur pour les baux commerciaux. Les acteurs économiques doivent pouvoir choisir de manière consensuelle l'indice de référence le plus adapté à leur relation locative ».

Le propos était clair qui proposait une option aux parties, entre les deux indices. Toutefois, cet amendement a été retiré avant les débats. Il a été remplacé par un second amendement (n° 756) de la rédaction duquel les mots « dès lors que les parties ont contractuellement adopté l'indice trimestriel des

loyers commerciaux » ont été purement et simplement supprimés pour remplacer cette notion par la formule « ou, s'il est applicable ».

Il est vrai que l'exposé rappelle toujours que l'objet de l'accord interprofessionnel « était de trouver une alternative face à la récente hausse importante des loyers des baux commerciaux et à leur variation erratique ».

Lors des débats devant l'Assemblée nationale (deuxième séance du jeudi 5 juin 2008), Frédéric Lefebvre, après avoir rappelé l'accord interprofessionnel déclarait : « L'objet de cet amendement est de diviser par deux l'augmentation des prix loyers pour les petits commerçants, comme nous l'avons fait pour les loyers des particuliers, il y a quelques mois. Il prévoit de remplacer l'indice du coût de la construction par un nouvel indice négocié par les professionnels : l'indice des loyers commerciaux ».

On aperçoit ici alors une modification du propos qui paraît être passé de l'option à l'obligation.

C'est dans ces conditions que l'amendement a été adopté à l'unanimité après avis favorable du gouvernement qui certes restait, par la bouche du secrétaire d'Etat chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme et des services, légèrement en retrait par rapport au député, puisqu'il déclarait pour se montrer approbateur que « l'article 11 du projet de loi autorise la mise en œuvre contractuelle dans les baux commerciaux de l'indice des loyers commerciaux alternativement avec l'indice du coût de la construction », ce qui, une fois encore, s'agissant des clauses d'indexation, est parfaitement exact.

Devant le Sénat, le rapporteur, Laurent Bétéille exposait : « comme votre rapporteur l'a déjà précisé dans son commentaire de l'article 11, la progression des loyers commerciaux est limitée à l'évolution de l'indice du coût de la construction publié par l'INSEE en cas de révision triennale du loyer ou de renouvellement du bail ».

Il rappelait que dans le dispositif adopté par l'Assemblée nationale « la création de l'ILC résultant d'un processus de négociation entre les différents acteurs économiques concernés, il était néanmoins nécessaire de le traduire juridiquement dans la loi pour substituer, dans le code monétaire et financier, cette référence à celle de l'indice du coût de la construction ».

Il rappelait que l'Assemblée nationale avait modifié les articles L. 145-34 et L. 145-38 du code de commerce pour préciser que, s'il est applicable, l'ILC constitue la norme de progression du loyer du bail révisé, le texte procédant à la même modification dans les dispositions relatives à la révision du loyer applicables à l'occasion des périodes triennales des baux en cours (les mots soulignés le sont par l'auteur).

Des modifications purement rédactionnelles ont été adoptées par le Sénat sans que le membre de phrase « ou, s'il est applicable » soit ni modifié, ni expliqué.

Les débats (séance du 2 juillet 2008) n'apportent aucune précision.

C'est donc dans ce contexte que la loi a été adoptée.

Deux réponses ministérielles publiées le 21 octobre 2008 (JOAN Q, p. 9042) estiment que « l'article 47 de la loi complète cet article 40 (celui qui modifie le code monétaire et

financier) en indiquant notamment, que, lorsque le nouvel indice sera applicable, il pourra servir de plafond lors de la révision du montant du loyer, si les cocontractants, le souhaitent, en lieu et place de l'indice mesurant le coût de la construction ».

Il semble que ces réponses ajoutent au texte une notion qui n'y est pas (ou qui n'y est plus) écrite: si les cocontractants, le souhaitent !

Aujourd'hui l'article L. 112-2 qui autorise, dans les clauses d'indexation, le recours à l'ILC est rédigé de la manière suivante : « 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 de la statistique et des études économiques ou, pour des activités commerciales 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 ».

Le décret du 4 novembre 2008 a été publié au Journal officiel du 6 novembre.

Après avoir défini (articles 1^{er} à 5) les éléments de détermination de l'indice des loyers commerciaux, il crée, par son article 6 un article D. 112-2 dans le code monétaire et financier, qui est le suivant : « Les activités mentionnées dans la seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier sont les activités commerciales y compris celles exercées par les artisans.

« Sont exclues du champ d'application du présent article, les activités commerciales exercées dans des locaux à usage exclusif de bureaux, y compris les plates-formes logistiques, ainsi que les activités industrielles au sens de l'article L. 110-1 (5^o) du code de commerce ».

Il ne paraît pas sans portée de mettre en évidence le fait que l'amendement n° 756, qui visait très clairement l'adoption contractuelle par les parties de l'indice trimestriel des loyers commerciaux, a été retiré. Dans le texte définitivement voté, il n'est plus fait état, de quelque manière que ce soit, d'un accord contractuel. Le texte se borne à énoncer les cas dans lesquels l'indice est applicable.

Tels sont donc aujourd'hui les textes de droit positif dont la portée doit être recherchée.

On comprend que, compte tenu d'une part de l'évolution du texte qui passait ainsi d'une option clairement exprimée à une autre notion, celle de l'applicabilité, on puisse être en présence d'interprétations divergentes et en tout cas incertaines.

Sur l'interprétation téléologique

Il s'agit ici de rechercher, dans les débats parlementaires, quelle a pu être la finalité de la modification.

S'il est certain que l'intention du gouvernement était limitée à la possibilité de rendre légale, dans une clause d'indexation, la référence à l'indice des loyers commerciaux, au motif qu'il était constitué pour une part de l'indice des prix à la consommation, on doit néanmoins observer que dans les débats notamment devant l'Assemblée nationale, apparaît un objectif touchant à l'ordre public économique, notamment lorsque le député, Frédéric Lefebvre, énonce que l'objet de l'amende-

ment est de diviser par deux l'augmentation des prix des loyers pour les petits commerçants et qu'il prévoit de remplacer l'indice du coût de la construction par un nouvel indice, concluant son propos de la manière suivante : « Nous ne doutons pas que le gouvernement sera particulièrement attentif à cet amendement. Il traite d'un enjeu fondamental pour les commerçants, puisque le loyer représente 8,5 % de leurs charges au minimum. Il est donc fondamental que l'accord interprofessionnel soit traduit dans la loi et appliqué sur tout le territoire ».

De la même manière, dans le rapport au Sénat, le rapporteur indiquait : « L'application de l'ILC devrait ainsi apporter une réponse aux difficultés rencontrées par les entreprises du commerce. A titre d'exemple, son application au deuxième trimestre 2007 aurait conduit à une limitation des loyers à 2,7 % contre 5,05 % pour l'ICC ».

Le rapporteur énonçait qu'il était nécessaire de traduire juridiquement cet indice dans la loi pour « substituer », dans le code monétaire et financier cette référence à celle de l'indice du coût de la construction et exprimant l'avis de la commission spéciale écrivait que « Votre commission juge bienvenue cette modification qui va permettre d'indexer les loyers des locaux utilisés par certaines activités commerciales sur une référence plus proche de l'évolution des grands paramètres économiques. Comme le soulignait l'auteur de l'amendement en séance, il s'agit d'un enjeu fondamental pour les commerçants puisque le loyer peut représenter au moins 8,5 % de leurs charges mensuelles ».

A raison de ces propos et du sens des mots qui ont été employés, tels que « remplacer » ou « substituer » ou encore « enjeu fondamental », on peut s'interroger sur la question de savoir si les parlementaires n'ont voulu faire de ce nouvel indice, plutôt qu'une simple alternative à l'indice du coût de la construction, ce qui est certain s'agissant des clauses d'indexation, un mode obligatoire, voire immédiat, là où l'indice du coût de la construction doit s'appliquer de droit à savoir comme plafond des révisions triennales et du renouvellement, « s'il est applicable » ?

Le secrétaire d'Etat ne déclarait-il pas devant l'Assemblée nationale : « L'article 11 du projet de loi autorise la mise en œuvre contractuelle dans les baux commerciaux de l'indice des loyers commerciaux, alternativement avec l'indice du coût de la construction. Grâce à votre amendement, l'indice pourra s'appliquer aux mécanismes de révision et de plafonnement propres aux baux commerciaux ».

Dans l'hypothèse, d'une réponse affirmative à cette première question devra se poser la seconde de savoir si l'indice a vocation à s'appliquer aux baux en cours.

Qu'est-ce qu'un indice « applicable » ?

Le dictionnaire Littré nous laisse le choix en donnant un premier sens à cet adjectif : « qui doit ou qui peut être appliqué ».

Le dictionnaire Petit Robert insiste plus sur une faculté en donnant la définition suivante : « qui est susceptible d'être appliqué ».

Quant au *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, si l'adjectif applicable n'y est pas défini, on y trouve la définition du substantif « applicabilité » donnée de la manière suivante :

« caractère de ce qui est applicable ; vocation, pour un système juridique ou une norme, à régir une situation ; aptitude à gouverner celle-ci qu'il est primordiale d'établir, en cas de pluralité de rattachements possibles, afin de déterminer à quel système ou à quelle norme la solution doit être demandée ».

L'applicabilité d'un texte ou d'une règle ne semble donc pas être du domaine de l'option (encore que l'on parle de l'application ou de l'adoption volontaire du statut des baux commerciaux).

Cependant, la lecture combinée d'une part d'un texte qui s'applique exclusivement à une disposition contractuelle (l'article L. 112-2 du code monétaire et financier) et d'un article d'ordre public tel que l'article L. 145-38 relatif à la révision triennale et de l'article L. 145-34 applicable au plafonnement à défaut d'avoir été écarté par les parties, conduit à s'interroger sur la question de savoir si l'expression «ou s'il est applicable» laisse une option aux parties dès lors que les conditions «d'applicabilité» du texte sont réunies.

En outre, les débats parlementaires laissent entendre que non seulement cet indice sera applicable de plein droit mais qu'il sera applicable immédiatement aux contrats en cours, les débats exprimant clairement une notion d'urgence, ou en tout cas de besoin immédiat, à limiter l'évolution des loyers commerciaux.

On peut donc être tenté de conclure que dans les termes de l'article D. 112-2 du code monétaire et financier, l'indice est de plein droit applicable aux baux portant sur des locaux dans lesquels sont exercées des activités commerciales y compris celles exercées par les artisans, s'agissant de la révision triennale et du plafonnement.

On comprend cependant, dans la mesure où la loi ne réserve la possibilité de choisir l'indice des loyers commerciaux que pour certaines activités, que l'on puisse considérer que l'expression «ou s'il est applicable», sans rien modifier au caractère optionnel de la mesure, bien qu'il ne soit plus exprimé par le texte, le sous-entendrait et ne viserait que la possibilité d'opter pour cet indice dans les seuls cas concernant des activités qui sont susceptibles d'en faire l'objet, alors que subsiste l'indice du coût de la construction.

Cela peut constituer le fondement de l'analyse des auteurs qui concluent au caractère alternatif de l'indice dans toutes les hypothèses, à raison de la coexistence de deux indices. Ils n'ont toutefois pas clairement motivé leur position.

Sur le champ d'application du texte

Tous les auteurs ont fait la distinction entre la clause d'indexation, la révision triennale et les règles du plafonnement. En effet, la première est de nature exclusivement contractuelle, la deuxième est d'ordre public, et la troisième s'applique à défaut d'avoir été écartée par les parties, puisque la Cour de cassation a jugé que les dispositions de l'article L. 145-34 du code de commerce n'étaient pas d'ordre public (Civ. 3^e, 10 mars 2004, Bull. civ. III, n° 52).

S'agissant des clauses d'indexation, il est donc absolument certain que la substitution à l'indice du coût de la construction de l'indice des loyers commerciaux ne peut résulter que d'un avenant entre les parties.

La clause d'indexation est en effet de nature exclusivement contractuelle, de même que le choix de l'indice.

L'objet de la modification de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier était de permettre la licéité de ce choix à l'égard de l'indice des loyers commerciaux.

Aucune modification du statut des baux commerciaux n'a été opérée en ce qui concerne les règles relatives aux clauses d'échelle mobile.

Le choix de ce nouvel indice n'est possible qu'en présence d'une activité définie par l'article D. 112-2 du code monétaire et financier à savoir les activités commerciales, au sens le plus large du terme, et les activités des artisans.

En ce qui concerne ceux-ci, on pourrait d'ailleurs, à partir d'une interprétation littérale, considérer que ne sont visés que les artisans qui exercent en outre des activités commerciales. Sans doute le pronom «celles» doit-il être entendu comme se rapportant au mot «activités» et non à la locution «activités commerciales».

Aussi, on devra considérer qu'il est possible de choisir l'indice de référence des loyers dans un bail consenti à un commerçant ou à un artisan.

Le deuxième alinéa de l'article D. 112-2 comporte toutefois des exclusions.

En effet, ne peuvent adopter l'indice de référence des loyers pour asseoir une clause d'échelle mobile, les baux des commerçants qui exercent dans des locaux à usage exclusif de bureaux (très vraisemblablement au sens de l'article R. 145-11 du code de commerce, c'est-à-dire toutes les activités qui n'impliquent pas stockage, manipulation ou vente de marchandises : banques, assurances, agences de voyages, immobilières d'intérim, etc.) ; les plates-formes logistiques (curieusement introduites par les termes «y compris») et les locaux à usage industriel au sens de l'article L. 110-1 (5° du code de commerce) dont la généralité «les entreprises de manufacture, de commission, de transport par air et par eau» peut susciter l'interrogation.

Toutefois, l'article D. 112-2 ne vise que les activités industrielles c'est-à-dire les entreprises de manufactures, dont on peut penser qu'il s'agit des usines et des ateliers.

En revanche, s'agissant de la révision triennale, l'indice serait, selon la voie envisagée ci-dessus applicable dès lors que la destination contractuelle sera celle d'une activité commerciale (hormis celles qui sont exclues) ou artisanale.

Il en irait de même de l'application du plafonnement dans l'hypothèse où le renouvellement du bail doit voir son loyer fixé selon cette règle lorsque, d'une part qu'elle n'a pas été écartée par les parties, d'autre part que l'activité autorisée par le bail entre dans la définition de l'article D. 112-2 du code monétaire et financier.

Toutefois, sur la question de savoir si l'indice des loyers commerciaux est applicable immédiatement aux baux en cours tant pour les révisions triennales que pour les renouvellements plafonnés, une piste de recherche de la solution peut éventuellement être ouverte à raison de la publication le 10 novembre 2008 l'INSEE de l'indice des loyers commerciaux sur une période remontant seulement à 2007. L'absence de publication remontant à au moins trois ans fait obstacle, techniquement, à l'application de l'ILC à des révisions triennales

contemporaines et, *a fortiori*, à des plafonnements à venir tout prochainement.

Les quelques recherches et considérations qui précèdent n'ont pas pour objet d'exprimer des certitudes (d'autant moins qu'elles sont à la fois originales et isolées) mais bien de mener la réflexion et de conduire, fût-ce par la voie de la réforme législative, à une lecture des textes dépourvue d'ambiguïté, ce qui n'est pas, à notre sens, le cas à ce jour. ■

ICC ou ILC, que choisir ?

par Jean-Jacques Martel

Professeur à l'ICH et l'ICEU de l'université de Lille 2, expert près la cour d'appel de Douai

Le 9 mai dernier, le journal *Le Monde* titrait : « *Pétrole : le prix du baril de brut pourrait atteindre 200 dollars* » ! Le pétrole, à l'instar d'autres matières premières tel l'acier, a vu sa valeur flamber. Depuis 2000, en France, les loyers emportés par l'indice du coût de la construction (ICC) ¹ se sont envolés.

En matière d'habitation, une réponse politique a été trouvée en 2005 et en 2008 avec la création de l'indice de référence des loyers (IRL 1 et IRL 2). En matière de baux commerciaux, ce sont les commerçants eux-mêmes qui, regroupés au sein de leurs fédérations et ne voyant rien venir du côté du législateur, ont créé « leur » indice de remplacement de l'ICC : l'indice des loyers commerciaux (ILC).

Pour des raisons d'ordre public et de licéité, l'intervention *a posteriori* du législateur a été rendue nécessaire ² et celui-ci a profité de l'occasion qui lui était donnée pour atténuer l'importance de ce nouvel indice. En effet, les fédérations commerçantes avaient convaincu les associations de bailleurs d'adopter un indice qui remplacerait purement et simplement l'indice du coût de la construction et qui serait applicable non seulement aux futurs baux à conclure mais aussi à tous ceux actuellement en cours, sur le modèle de l'IRL. Le législateur ne l'ayant pas entendu ainsi a donné à l'ILC un caractère optionnel laissé à la libre volonté des parties.

Une option que les locataires commerçants, face à l'urgence de leur situation, incités par leurs fédérations, et portés par la rapidité de la réponse législative et réglementaire (dispositions légales et décret d'application ont été pris et publiés en moins d'un an) sont sur le point de négocier auprès de leurs bailleurs afin de substituer l'ILC à l'ICC dans leurs contrats. Ce choix laissé par le législateur à chaque acteur économique renvoie ainsi le locataire commerçant directement face à ses responsabilités : Quelle position ce dernier doit-il adopter pour optimiser sa croissance future ou, à tout le moins, sauvegarder l'équilibre de son exploitation ?

Les deux indices désormais en compétition rendent la négociation contractuelle d'autant plus difficile à mener que les cartes du jeu économique ont bel et bien été redistribuées. *La question se pose donc aujourd'hui de savoir si, à l'heure actuelle de la crise, il faut opter pour ce nouvel indice.* Tenter de répondre à cette question exige tout d'abord de rappeler ce

qu'est l'ICC et quelle a été son évolution récente pour mieux comprendre pourquoi est née la volonté de créer l'ILC. Ensuite, un bref retour sur les circonstances économiques nouvelles permettra de mieux comprendre la raison de notre question.

Bref rappel sur l'ICC

Le droit français prévoit que les conventions ne peuvent être indexées sur n'importe quel indice et il a reconnu l'ICC comme étant en relation directe avec les baux commerciaux ³. Le statut y faisait donc exclusivement référence. Fondé sur l'observation des marchés de construction conclus entre les maîtres d'ouvrage et les entreprises du bâtiment ⁴, son augmentation est notamment fonction de la forte demande en matériaux de construction des pays émergents et de la pénurie de main d'œuvre dans le secteur du BTP. Ces facteurs apparaissent bien éloignés de l'activité d'un artisan boulanger, d'une agence de voyages ou encore d'une boutique de téléphonie mobile ou de prêt-à-porter, mais la sécurité juridique devait prévaloir devant la logique économique et, au risque de choisir un autre indice susceptible d'être remis en cause, preneurs et bailleurs avaient systématiquement adopté l'ICC comme indice de révision des loyers.

Sur la période 1992-2000, la lente progression de l'indice (en moyenne 1 % par an), parfois ponctuée de baisses, conférait aux relations contractuelles l'équilibre et la stabilité que toute clause d'indexation est censée conférer aux contrats à exécution successive. Mais à partir de 2000 la progression de l'indice a commencé à s'accélérer, déséquilibrant chaque année un peu plus le bail au détriment du preneur. Entre 2000 et 2008, l'ICC a connu un cycle haussier (+ 43 % pour le 2^e trimestre) représentatif d'un marché mondial tendu et spéculatif.

La création de l'ILC

Sous l'égide de PROCOS rassemblant une trentaine de fédérations de commerçants, un accord interprofessionnel signé le 20 décembre 2007 a créé l'indice des loyers commerciaux (ILC), destiné à stopper l'inflation galopante des loyers de leurs adhérents.

Cet indice a été validé par la loi LME ⁵ et le décret d'application rapidement publié représente d'ailleurs la première mise en œuvre concrète de la loi. Celle-ci n'a pas modifié la nature de l'ILC qui est composé pour 50 % de l'indice des prix à la consommation hors tabac et hors loyers (IPC), pour 25 % de l'indice du coût de la construction (ICC) et pour 25 % de l'indice du chiffre d'affaires du commerce de détail en valeur (ICAV). Ce panaché d'indices a vocation à tempérer d'éventuelles envolées (matières premières, denrées alimentaires, etc.) en usant des systèmes classiques de la répartition des risques et de l'effet de moyenne.

Il semble être un meilleur outil d'équilibre pour l'indexation des loyers commerciaux. La prise en compte de l'IPC et de l'ICAV fait également de lui un indice doté d'une certaine « logique économique », étant plus proche de l'activité des commerçants.

Le bouleversement économique

Donc, en mai dernier, on nous annonçait le baril de brut à 200 dollars ; en cette fin de novembre il cote sous la barre des 50 et la chute des places boursières ne fait qu'alimenter la crainte de voir la demande de pétrole chuter dans le sillage de la récession. En 2006, la fusion Arcelor Mittal symbolisait l'explosion prochaine des matières premières. Mais la crise financière mondiale est devenue réelle et économique et a eu raison du géant mondial de l'acier qui a récemment annoncé une baisse de sa production de 35 %. Toute la filière sidérurgique est touchée et les experts du secteur sont inquiets quant à la durée de ce cycle baissier.

Parallèlement, l'injection massive de liquidités et les baisses à répétition des taux directeurs de la banque centrale européenne et des banques centrales mondiales (du jamais vu en Angleterre depuis 1981) pourraient entraîner une nouvelle période d'inflation.

L'ILC composé pour moitié de l'indice des prix à la consommation devrait donc augmenter au cours des prochaines années. Les prix des produits de consommation (produits frais, habillement, services à la personne notamment) ont d'ailleurs continué de progresser significativement en dépit de la crise que nous connaissons. A l'inverse, les composants de l'ICC ont considérablement baissé pendant cette même période comme nous l'avons succinctement illustré...

La dernière publication de l'ICC le 10 octobre 2008, marquant une nouvelle augmentation de près de 11 %, repose sur des données antérieures aux événements économiques récents et ne tient donc pas compte de l'effondrement des cours. Cette forte augmentation ne peut raisonnablement être mise en rapport avec l'annonce au même moment (octobre 2008) d'une inflation en légère baisse à 2,7 % liée principalement à la baisse des prix de l'énergie. Un décalage flagrant existe donc entre la publication de ces deux tendances, l'une (toujours) haussière à 11 % et l'autre baissière à 2,7 % ; décalage ne permettant pas actuellement, à notre avis, de conforter le preneur dans son choix pour l'ILC.

L'esprit joueur aura le soin de rester à l'ICC pour prendre sa revanche puisque la crise qui s'installe durablement aura pour effet probable de laisser l'indice du coût de la construction se déprécier pour les prochaines années (rappelons les indices négatifs en 1998).

L'esprit prudent ou responsable verra, quant à lui, dans le nouvel indice des loyers commerciaux, un outil plus résistant à la hausse (mais aussi à la baisse) présentant l'avantage de la stabilité et de l'équilibre. Le choisir le placera lui et son bailleur dans une certaine sécurité. Le temps de l'observation et de la réflexion n'est peut-être pas tout-à-fait terminé. ■

code ne prévoyait pas d'exception à ce principe pour les activités à caractère commercial. D'autre part, l'article L. 145-38 du code de commerce d'ordre public ne faisait référence qu'à l'indice du coût de la construction de sorte que l'indice des loyers commerciaux n'aurait pu être appliqué. Rép. min. JOAN Q n°24574 du 21 octobre 2008.

(3) Article L.112-2 du code monétaire et financier : « 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 ».

(4) Note méthodologique établie par l'INSEE – Informations rapides n°274 du 10 octobre 2008.

(5) Loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite « de Modernisation de l'économie », articles 40 et 47.

(1) Indice trimestriel national publié par l'INSEE de base 100 au 4^e trimestre 1953, il concerne les bâtiments neufs à usage principal d'habitation non communautaire.

(2) Une modification des textes était nécessaire car d'une part l'article L. 112-2 du code monétaire et financier interdisait les dispositions conventionnelles fondées sur l'évolution du niveau général des prix et l'article L. 112-3 du même