

6 Indemnité d'éviction commerciale : doit-on déduire l'éventuel sous-loyer ?

Illustration par un cas pratique



Jean-Jacques MARTEL,
codirecteur du master 2
ICEU, université de Lille 2,
professeur à l'ICH, expert de
justice,
expert foncier, CNEJI/IFEI/
IFFPC



Annabelle LEBLOND,
master 2 ICEU Urbanisme
université Lille 2,
expert immobilier

1 - Le bon marché ? Il n'échappe à personne que les loyers commerciaux sont parfois chers voire trop chers. Sans doute cette constatation trouve-t-elle ses racines dans les raisons ci-dessous :

- la période spéculative des années 2003-2010 : les prix de l'immobilier ont été multipliés par deux... ;
- l'augmentation inconsidérée de l'indice ICC depuis 2003, soit plus de 50 % d'augmentation en une dizaine d'années ;
- la nécessité de croissance et les objectifs de développement des enseignes. Eh oui le développeur développe : parfois à tout prix... et oblige l'exploitant à exploiter, parfois à cher prix ! ;
- la sévère crise économique que connaît notre pays depuis 2008, et qui n'est pas prête d'être résorbée vu la situation de nos finances publiques ;
- la financiarisation des actifs immobiliers et particulièrement des murs commerciaux, où la pression sur les taux de rendement a entraîné une augmentation, parfois injustifiée, des valeurs locatives ;
- la rigidité de notre statut des baux commerciaux qui oblige les bailleurs à saisir toute occasion qui se présente pour engager des actions en revalorisation de loyer ;
- la perte de bon sens de certains bailleurs qui ont oublié que le loyer n'est pas qu'un simple flux de trésorerie... (il est bon de rappeler que le loyer doit être, d'abord et avant tout, la contrepartie d'une activité commerciale *in bonis* !)

Il n'échappe pas aux experts avertis que les indemnités d'éviction concluent parfois, dans certains secteurs d'activités, à des « valeurs » de fonds de commerce supérieures à celles qui seraient obtenues dans une logique pure de marché, arbitrées par l'offre et la demande.

Il est vraisemblable que la notion d'éviction, qui s'assimile en réalité à une « expropriation », entraîne une certaine compréhension des experts et des magistrats qui tendent à réparer les conséquences du traumatisme subi par celui qui pensait être, à tort, propriétaire de « son commerce ».

2 - **Sur un malentendu.** En effet, la « propriété commerciale » laisse penser à son bénéficiaire qu'il est propriétaire de « son » commerce. C'est à la fois vrai aux termes de notre législation mais c'est aussi inexact en considération de la vision patrimoniale simplifiée du commerçant lui-même et de la pression des bailleurs.

En droit, si le commerçant est bien propriétaire de son commerce, il l'est dans une relation juridique complexe avec un bailleur, lui aussi propriétaire du local dans lequel est exercé le commerce.

En fait, la relation bailleur/preneur est un équilibre fragile arbitré par le marché et le juge des loyers. Cet équilibre s'illustre principalement à travers le principe du plafonnement-déplafonnement du loyer et par le principe du droit au renouvellement pour le preneur, ce droit étant lui-même limité par le droit du bailleur à refuser ce renouvellement en contrepartie d'une indemnité d'éviction...

Il faut dire que l'évaluation des fonds de commerce est une « science » particulièrement approximative. Aucune méthode n'est franchement satisfaisante. Les barèmes proposés permettent une appréciation allant parfois du simple au triple. Les méthodes financières ne peuvent s'appliquer aux commerces traditionnels. Et pour couronner le tout, la détermination de l'indemnité d'éviction s'inspire de la technique du plus plus toujours plus ! (indemnité principale + indemnités accessoires + indemnités particulières diverses et variées + etc.)...

Dans cette procédure traumatique d'éviction, peut-on oser introduire la possibilité d'un moins dans cette succession de plus ?

Habituellement, nous comptabilisons, à titre d'éventuelle indemnité accessoire, la capitalisation d'un « sur loyer » entre le loyer payé et la valeur locative que paiera le commerçant évincé dans son local de remplacement. Cette situation semble entendue et très compréhensible. Mais l'inverse doit-il également être pris en compte ? Notamment en temps de crise...

3 - **Exemple pratique.** Le cas pratique rencontré à l'occasion d'une expertise judiciaire dans le cadre d'une procédure d'éviction est le suivant :

Le titulaire du bail commercial d'un local d'activités industrielles reçoit un congé sans offre de renouvellement.

À la suite, il prend à bail, un local non équipé, d'une superficie comparable et déménage son activité à quelques kilomètres dans un secteur moins prisé, privant ainsi son bailleur du droit de repentir. Le loyer du local d'éviction s'élevait à 68 687 € HT/HC/an et le local de transfert a été pris à bail pour un loyer annuel de 42 000 €/HT/HC/an. Le locataire fera donc une « économie de loyer » de 26 687 €/an du fait de l'éviction.

Capitalisée sur 9 années l'économie est donc de 240 183 €. Cette somme n'est donc pas négligeable.

Évidemment, le preneur s'imagine avoir le beurre et l'argent du beurre, quant au bailleur cette réalité lui semblait, dans un premier temps, étrangement.

Le preneur peut-il profiter de cette procédure d'éviction pour opérer une réduction stratégique de son activité et tenter de réduire ses charges en cette période de crise, en choisissant un local moins cher et surtout en profitant de la crise immobilière qui touche fortement la location des locaux d'activités ? Cela ne fait aucun doute, il peut prendre à bail un local moins onéreux que celui dont il disposait et cela relèverait même d'un acte de bonne gestion.

Ce loyer inférieur profite d'autant au preneur que le bailleur risque de devoir prendre en charge le coût de l'aménagement de ce nouveau local, qui, s'il est moins cher, est certainement aussi moins équipé... Nous nous sommes alors demandé si le bailleur devait supporter le reformatage stratégique de l'activité et l'« économie de loyer » profitant au preneur du fait de l'éviction.

4 - **Subir ou choisir ?** L'éviction deviendrait alors pour lui une sorte d'opportunité offrant ainsi un nouveau choix dans l'implantation, le gabarit et l'orientation de son activité à travers ce nouveau local.

Pourtant, il faut bien constater que dans l'immense majorité des cas le preneur va payer plus cher le local où il souhaite se transférer, c'est d'ailleurs souvent la faiblesse du loyer du local objet de l'éviction qui a motivé le bailleur dans sa décision de donner congé...

L'indemnité d'éviction doit réparer le préjudice causé au locataire par le défaut de renouvellement, tout le préjudice mais rien que le préjudice. D'ailleurs, l'article L. 145-14 du Code de commerce dispose que l'indemnité d'éviction est « augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre. »

Le fait de ne pas retenir le « sous loyer » dans le calcul de l'indemnité d'éviction équivaldrait à considérer que le bailleur accorde en quelque sorte au preneur une réduction de loyer si le coût des aménagements était pris en charge par l'indemnité d'éviction, comme nous l'avons envisagé dans le rapport.

Une analyse « des plus et des moins » semble s'imposer. Le TGI de Verdun dans un jugement du 12 juillet 2012¹ a d'ailleurs déjà pratiqué un bilan des incidences favorables/défavorables concernant l'appréciation de la modification des facteurs locaux de commercialité. De notre point de vue, le calcul de l'indemnité d'éviction peut emprunter le même chemin pour apprécier la question du loyer payé dans le local de transfert et de constater l'éventuelle différence. Pourquoi comptabiliserions nous le sur loyer et pas le sous loyer ?

Toutefois, il semble important que cette appréciation du sous loyer soit effectuée et éventuellement limitée en considération de deux critères :

Ce qui est « subi » par le locataire :

- le contexte de l'éviction et du marché locatif ;
- l'initiative et le déroulement de la procédure de congé ;
- les contraintes d'exploitation de l'entreprise.

Ce qui est « choisi » par le locataire :

- la chronologie du déménagement ;
- la stratégie d'exploitation de son activité ;
- la réorganisation des locaux.

En effet, le preneur peut subir : un refus de renouvellement sur un marché locatif disposant de peu de locaux de transfert, la gestion de la date où il devra effectivement quitter les lieux de l'éviction et la chronologie des opérations d'éviction jusqu'au paiement effectif de l'indemnité.

Inversement, il peut choisir de maîtriser son calendrier et dans le cas présent de bénéficier d'une réimplantation rapide à proximité géographique, opportunité qui lui permet également de bénéficier d'un loyer inférieur... s'il le trouve.

Dans le cas traité, nous avons retenu un ratio subi/choisi de 60/40 appliqué à l'économie de loyer ce qui en l'espèce revient à déduire de l'indemnité d'éviction une somme de 96 073 € sur l'économie chiffrée théoriquement à 240 183 €.

5 - **Place au débat contradictoire.** Quels peuvent être les arguments des parties ?

L'avocat du preneur nous expose :

● Dans son premier dire : « Comme cela a pu vous être indiqué lors de votre réunion d'expertise, le preneur n'a pas profité de l'éviction dont il était l'objet pour opérer une réduction stratégique de son activité puisque les locaux qu'il a pu trouver dans un délai raisonnable pour ne pas perturber plus son activité, ne permettaient pas l'installation d'une cabine de peinture ou d'un tunnel de lavage qui certes ne constituaient pas son activité essentielle.

Si comme vous l'avez relevé, le local de transfert comporte un loyer inférieur au local d'éviction, c'est en raison de la caractéristique et de la superficie moindre des locaux du site de transfert, et il s'agit là d'une situation subie et non choisie dans la mesure où au regard du marché des locaux industriels dans la zone géographique concernée, le preneur ne disposait pas d'un choix lui permettant d'intégrer des locaux identiques à ceux qui lui étaient donnés à bail commercial par le bailleur.

En effet, sa réimplantation nécessitait une proximité géographique de l'ancien local et dans ce cadre, il n'a pas été possible de disposer d'un local identique à celui dont il a été évincé.

Le preneur a donc subi et non pas choisi les locaux de transfert qu'il a pris à bail commercial suite à l'éviction dont il a été l'objet. »

● Et dans un second dire : « [...] il nous semble plus approprié de quantifier la notion de « subi-choisi » à 80/20 et non à 60/40 comme vous avez pu le considérer dans un premier temps. À défaut, je vous prie de bien vouloir présenter dans votre rapport d'expertise définitif les deux hypothèses de calcul de l'indemnité d'éviction, une première sans prise en compte du sous loyer et une seconde avec cette prise en compte afin de permettre au juge de pouvoir trancher cette question d'ordre juridique. ».

Toutefois, la première proposition prenait déjà en compte les éléments subis par le locataire évincé.

De plus, le bail commercial relatif au local de transfert, conclu pour un loyer annuel de 42 000 €/HT/HC/an, expose dans la

1. TGI Verdun, 12 juill. 2012, n° 10/00289 : AJDI 2012, p. 733.

désignation des biens loués : « Local à usage d'activité d'une surface totale d'environ 900 m² ». La surface louée est donc comparable à celle de l'immeuble objet de l'éviction de 830 m²U (m² utile).

Le loyer unitaire du local de transfert s'élève à 46,66 €/m²U, il est donc inférieur à la valeur locative du local d'éviction déterminée à 70 €/m²U.

Cette différence de désignation des biens loués et la différence observée entre le loyer unitaire du local de transfert et la valeur locative de marché déterminée pour l'immeuble objet de l'éviction, semblent confirmer l'existence d'un « sous loyer » accentué par une différence d'équipements des locaux en faveur du local objet de l'éviction.

6 - Dans son dire, l'avocat du bailleur indiquait : « Ainsi que vous l'avez relevé, le montant du loyer supporté par le preneur pour les nouveaux locaux est inférieur à celui qu'il réglait au bailleur.

Il nous paraît effectivement nécessaire de tenir compte du bénéfice que le preneur en retire, en appliquant un coefficient à déduire de l'indemnité d'éviction.

La proportion que vous reprenez à ce titre (subi/choisi) doit être réévaluée pour tenir compte notamment des délais très rapides dans lesquels la société locataire s'est réinstallée et de son positionnement stratégique.

Une proportion de 40 sur 60 nous paraît plus conforme aux modalités effectives de transfert de son activité. »

Dans le cas exposé, cette proportion réclamée par l'avocat du bailleur ne nous semble pas pertinente puisque l'élément ayant entraîné la réimplantation de l'activité considérée est le congé délivré par le bailleur, celui-ci entraînant de notre point de vue une situation subie d'au moins 50 %.

Enfin, l'avocat du preneur souhaite, si nous ne retenons pas son ratio de 20/80, que nous exposions les deux hypothèses (avec ou sans prise en compte d'un sous loyer) et nous laissons le magistrat trancher cette question juridique mais aussi économique puisque chacune des parties conteste finalement plus le quantum que le principe...

Cela ne pose bien évidemment aucun problème, mais il convient d'indiquer que la question du sous loyer est ici aussi la conséquence de la différence entre un local à usage industriel très bien équipé (local objet de l'éviction) et un local d'activités peu équipé (local de remplacement). Il est également utile de rappeler que l'ensemble des équipements du local d'éviction avait été réalisé et financé par le bailleur, permettant ainsi au locataire de ne réaliser que très peu, voire aucun aménagement spécifique à son activité.

7 - Dans l'hypothèse où la théorie du sous loyer corrigé ne serait pas retenue, il semble difficile de faire supporter au bailleur évincé le coût des aménagements spécifiques d'un local non aménagé alors qu'il avait lui-même donné à bail un local entièrement équipé.

Il convient également de rappeler que l'article L. 145-14 du Code de commerce évoque des frais normaux de déménagement et de réinstallation et non l'ensemble des frais de déménagement et de réinstallation invoqués par le preneur évincé.

Comme a d'ailleurs pu le juger la Cour de cassation dans un arrêt du 21 mai 2014² dans le cas d'un bail à construction où

figurait une clause aux termes de laquelle la construction faisant accession au bailleur en fin de jouissance sans indemnité, le locataire a régulièrement été évincé d'un terrain nu. Ici, le locataire qui a été évincé d'un local entièrement équipé par le bailleur, devrait-il alors être indemnisé pour les frais de réinstallation qu'il n'aurait pas dû effectuer, s'il avait repris à bail un local équivalent en termes d'équipements ?

À notre sens, si la théorie du « sous loyer » corrigé n'est pas retenue par le magistrat, il conviendrait alors logiquement de ne pas retenir les frais de réinstallation spécifique ainsi que le coût d'acquisition du pont roulant qui était déjà présent dans le local d'éviction.

Pour la petite histoire, le coût des installations spécifiques était supérieur au sous loyer corrigé déductible de l'indemnité d'éviction.

8 - En attendant l'impérium du magistrat. Le sujet est étroit mais il pourrait se poser plus régulièrement par ces temps de crise, les loyers des bureaux et des locaux périphériques ont notoirement baissé de 10 à 20 % et les entreprises sont évidemment tentées de réduire leurs charges, réorganiser leurs locaux et adapter l'exploitation surtout si le transfert est payé par le bailleur.

Et lors de la dernière formation de notre compagnie nationale une question sur ce sujet a été largement débattue.

Sous réserves de l'appréciation du magistrat, la prise en compte du « sous loyer » pourrait être corrigée d'un ratio appliqué à l'économie de loyer, ratio résultant des choix opérés par le preneur (nous l'avons estimé à 40 % dans le cas étudié) et déduit de l'indemnité d'éviction due par le bailleur.

Bien sûr, le déménagement rapide du preneur sans information préalable fait subir au bailleur la perte de son droit de repentir prévu à l'article L. 145-58 du Code de commerce. Repentir qui lui permet souvent de faire marche arrière lorsqu'il connaît le montant de l'indemnité d'éviction qu'il aura à déboursier.

Mais il ne faut pas confondre le déménagement « subi » relevant de l'éviction et le déménagement « subit » relevant de la nécessité d'exploitation... et d'une opportunité de marché ! Au-delà de cette confusion homophone c'est bien le caractère « subi » de l'initiative de l'éviction par le bailleur qui justifie de retenir un minimum de 50 % et le caractère « subit » du déménagement par le preneur qui justifie de le limiter à 60 % dans le cas présent.

Rappelons que le preneur qui se voit délivrer un congé avec indemnité d'éviction doit souvent patienter plusieurs années avant de connaître le montant d'éviction attribué. L'entreprise court alors un véritable risque de voir son activité dépérir. Cette situation souvent préjudiciable au preneur n'est que peu indemnisée alors que l'allongement des délais pourrait générer objectivement un trouble commercial spécifique souvent supérieur aux trois mois de bénéfices traditionnellement accordés par la jurisprudence.

Dans ces conditions, on ne peut pas faire grief au preneur, lorsqu'il le peut économiquement, socialement et physiquement, d'anticiper son déménagement et d'étudier toute possibilité bénéfique et stratégique à son activité.

Alors oui le preneur peut espérer le beurre et l'argent du beurre mais doit rester prudent sur le sourire de la crémière ! ■

2. Cass. 3^e civ., 21 mai 2014, n^o 13-10257 : *JurisData* n^o 2014-010748 ; V. E. Chavance, *Sur l'incidence d'une clause d'accession en fin de jouissance sur l'estimation de l'indemnité d'éviction : Loyers et copr.* 2014, comm. 211.