

MOTS CLÉS

BAIL COMMERCIAL / CHIFFRE D'AFFAIRES / COMMERCE / DÉPLAÇONNEMENT / ÉVALUATION / FACTEURS
LOCAUX DE COMMERCIALITÉ / INTÉRÊT / LOYER / VALEUR LOCATIVE COMMERCIALE

L'intérêt pour le commerce considéré

et son rôle dans le déplaçonnement éventuel du loyer



Jean-Jacques Martel

DESS d'Aménagement, d'urbanisme et de construction
Professeur à l'ICH et l'ICEU de l'Université de Lille 2
Expert près la Cour d'appel et la Cour administrative d'appel de Douai

Résumé

Le déplaçonnement du loyer est possible « en cas de modification notable des facteurs locaux de commercialité. », notamment. De quelle façon la notion d'"intérêt pour le commerce considéré" intervient-elle ? L'article tente de répondre à cette question, explorant ses deux aspects successifs : la recherche de l'intérêt, et l'appréciation du commerce considéré.

Summary - The interests of a particular business and its role in removing caps on rent

The removal of rent caps is possible 'in the event of a significant change to local trading factors' in particular. So how are the 'interests of a particular business' determined? This article attempts to answer this issue, considering its two successive aspects: determining what are the interests and what exactly is the activity of the business in question.

INTRODUCTION

L'article L.145-34 du Code de commerce autorise le déplaçonnement du loyer à l'occasion du renouvellement du bail, notamment en cas de modification notable des facteurs locaux de commercialité. Dans ce cas, trois points doivent être successivement vérifiés pour valider le déplaçonnement du loyer :

- Le caractère « notable » de la modification des facteurs locaux de commercialité, dont la jurisprudence foisonne d'exemples et donc d'indications¹ ; ce caractère notable étant laissé à l'appréciation du juge de fond².
- Un « flux supplémentaire » de chalandise consécutif à cette modification notable³, qui sera particulièrement difficile à démontrer si les flux antérieurs (piétons ou automobiles) n'ont fait l'objet d'aucune étude. La caractérisation de ce flux supplémentaire pourra cependant et vraisemblablement résulter d'un faisceau d'indices (fréquenta-

tion du métro, des gares ou d'un bâtiment administratif voisin par exemple) laissé à l'appréciation des juges du fond.

- Un intérêt pour le commerce considéré.



© Bertin jeune

Le déplaçonnement du loyer est donc le résultat du schéma 1. C'est le dernier point, l'intérêt pour le commerce considéré, qui retient notre attention ici, d'abord, parce qu'il semble qu'il s'agisse de celui des trois éléments évoqués

sur lequel les réflexions apparaissent les plus difficiles à mener et à harmoniser. La notion d'intérêt pour le commerce considéré reste assez floue à l'heure actuelle. Ensuite parce qu'elle représente généralement la clé du dernier « verrou » dont l'une des parties, bailleur ou preneur, doit s'emparer pour garder la maîtrise du loyer. Si le bailleur réussit à démontrer que le flux supplémentaire de chalandise résultant de la modification notable des facteurs locaux de commercialité présente un intérêt pour le commerce considéré, alors ce verrou s'ouvre et le déplaçonnement du loyer peut être acquis à son profit. S'il n'y parvient pas ou si au contraire le preneur réussit à démontrer que ce flux supplémentaire ne présente pas un intérêt réel pour son activité, le verrou reste fermé et le loyer plafonné est maintenu au profit de ce dernier. L'enjeu est donc de taille, particulièrement dans les centres-villes où les valeurs locatives ont généralement évolué ces dernières années plus vite et plus fortement (!) que l'augmenta-

tion mécanique des loyers par le jeu de l'ICC, pourtant déjà très significative au cours de la dernière décennie.

La question est donc celle de savoir comment on peut apprécier la notion d'intérêt pour le commerce considéré. Tout semble reposer en réalité sur l'appréciation des termes « intérêt » et « commerce ». L'appréciation de ces termes doit-elle se faire de façon abstraite, c'est-à-dire en recherchant une vision objective sans considération de la situation réelle existante, ou doit-elle tout au contraire résulter d'une vision concrète et être le résultat d'une analyse précise et effective ? Nous entrons là irrémédiablement dans la distinction « doctrinale » de l'appréciation « in abstracto » ou « in concreto » des faits juridiques.

1. LA RECHERCHE DE L'INTÉRÊT

La commercialité est l'aptitude plus ou moins grande d'un secteur à permettre aux commerçants qui y sont installés en bénéficiant d'une situation adéquate, de réaliser des profits sur le seul fondement des qualités propres de ce secteur, abstraction faite de l'aptitude des commerçants.



© Lady-Jam

D'ailleurs, à l'origine du bail, les parties conviennent d'un loyer qui sera d'autant plus élevé que, notamment, la commercialité du secteur où se trouve le local mis à bail est bonne, sans connaissance a priori de l'aptitude du commerçant lui-même, même si la conclusion d'un bail avec une grande enseigne laisse au bailleur quelques garanties quant à de telles aptitudes. Le commerçant trouve un intérêt à exploiter son commerce à l'endroit indiqué car les facteurs locaux de commercialité sont propices à une exploitation profitable, ou lui permettent de développer une notoriété de chaîne : secteur piétonnier fréquenté où sont présentes de nombreuses enseignes d'équipement de la personne et à proximité de l'entrée d'un cinéma par exemple. La meilleure façon d'apprécier la commercialité d'un secteur consiste généralement à observer les flux de chalandise de ce secteur, c'est-à-dire le nombre de chalands (piétons ou automobilistes). Lorsque les facteurs locaux de

commercialité évoluent « notablement » et que cette évolution est constatée par une augmentation du nombre de passants, il semble possible a priori de considérer que les commerces implantés vont y trouver un intérêt : sur la base de ce postulat « in abstracto », ne devrait-on pas militer en faveur d'une nouvelle fixation des loyers à la valeur locative ? Il semble que cela serait un peu rapide. D'abord parce qu'il serait intéressant de s'assurer que l'intérêt, s'il est constaté, apparaît lui aussi « notable », ce qui signifie qu'un intérêt minime ne saurait suffire, toute la difficulté résidant bien évidemment là encore dans l'appréciation du caractère « notable ». Ensuite parce qu'il n'existe pas en la matière de présomption (même simple) obligeant le commerçant à devoir apporter la preuve de l'absence d'intérêt pour son activité de l'évolution de la commercialité. Il semble tout au contraire qu'il revienne bien au bailleur qui sollicite le déplaçonnement, d'en démontrer tous les motifs : nous sommes ici dans le droit commun de la preuve⁴.

Mais là où le débat s'engage réellement, c'est bien sûr la façon dont le bailleur va devoir apprécier l'intérêt éventuel pour son cocontractant. La jurisprudence constante considère que la question de l'évolution des chiffres d'affaires n'est un critère ni de recherche des

Il faut d'ailleurs reconnaître que cette volonté de l'une ou de l'autre partie a quelque chose de pertinent car l'observation de la variation des chiffres d'affaires au cours du bail à renouveler représente in fine un bon indicateur de la santé économique d'une activité, sans pour autant que cela justifie à lui seul le déplaçonnement ou le plafonnement.

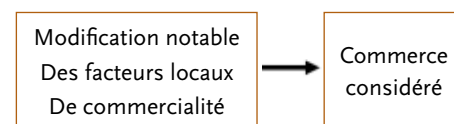
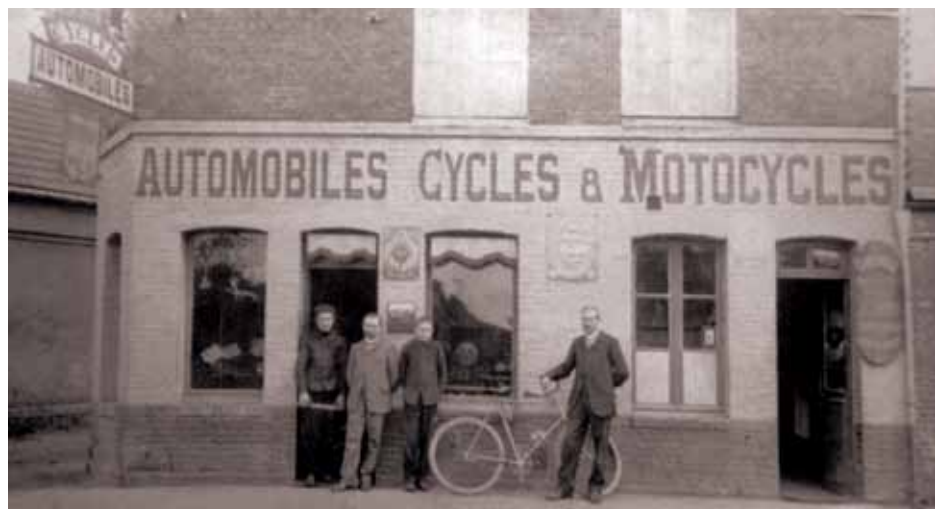


Schéma 1. Origine et destination des flux.

Lors d'une mission d'expertise judiciaire en détermination de la valeur locative commerciale pour le renouvellement du bail, les conseils des parties se sont accordés sur le fait qu'eu égard à l'emplacement des locaux (simple galerie commerciale), l'exploitation commerciale devait rester « in bonis ». Pourtant, le déplaçonnement étant acquis en l'espèce et s'agissant ici d'établir simplement la valeur locative, l'expert n'avait pas à tenir compte de la situation des chiffres d'affaires puisque la jurisprudence le lui interdit. Pourtant comment ce dernier pourrait-il ne pas établir une relation entre les nouvelles prétentions du bailleur et les éléments comptables



© Famille Cornu

causes de déplaçonnement, ni de recherche de la valeur locative⁵. Toutefois, elle reconnaît la continuelle diminution du chiffre d'affaires comme un élément permettant d'apprécier l'absence d'intérêt pour le commerce considéré⁶. D'ailleurs, force est de constater qu'en pratique, l'une et l'autre partie, lorsqu'elles pensent y avoir intérêt, cherchent à faire admettre comme argument, soit la baisse ou la stabilité des chiffres de l'exploitation (position du preneur), soit au contraire leur augmentation (position du bailleur).

de l'exploitation dans les lieux ; et ce d'autant que l'augmentation du loyer dans les proportions souhaitées par le bailleur devait entraîner inévitablement une perte d'exploitation ?

D'aucuns répondront, là encore avec une certaine justesse, que la variation des chiffres d'affaires ne saurait à elle seule démontrer avec précision l'impact de la modification notable de la commercialité, car elle est la synthèse de bien d'autres facteurs, tels qu'une nouvelle politique commerciale ou

marketing, l'arrivée d'un nouveau vendeur ou simplement le « moral » conjoncturel des ménages, etc.

Au stade de la question du plafonnement/déplafonnement, dans la recherche de l'intérêt pour le commerce considéré de la modification notable des facteurs locaux de commercialité, et avant de rechercher la valeur locative, il conviendrait à notre sens de pouvoir consulter les chiffres d'affaires pour en analyser la variation au cours du bail à renouveler. D'ailleurs, l'expert, qui souhaite généralement renforcer son sentiment intuitif sur cette question, est généralement entraîné sur ce terrain par les parties elles-mêmes.

En fait, la recherche de l'intérêt pour le commerce considéré, de l'amélioration de la commercialité et de ses flux, semble difficile à effectuer sans analyse de la variation des chiffres d'affaires sur une période qui devrait être idéalement celle du bail à renouveler. En procédant à une telle analyse, on pourrait par exemple constater (cf. schéma 2) une augmentation plus significative du produit d'exploitation après la survenance de la modification notable des facteurs locaux de commercialité, permettant de confirmer que celle-ci a eu un intérêt pour le commerce considéré :

2. L'APPRÉCIATION DU COMMERCE CONSIDÉRÉ

Que recouvre ici la notion de « commerce »⁷ ? S'agit-il du commerce de « prêt-à-porter » ou de la « restauration » en général, auquel cas l'appréciation est faite « in abstracto », et la variation des chiffres d'affaires de l'exploitation commerciale précisément étudiée n'aurait pas de réel intérêt, et la prise en compte de la santé statistique du commerce, entendu comme la « branche d'activités », par analyse des études publiées par les chambres de commerce, serait suffisante pour rechercher l'intérêt du preneur dans l'évolution de la commercialité du secteur.

Cette position « in abstracto » présente l'avantage d'éviter que ne soit prise en compte l'influence de la capacité (ou de l'incapacité) du commerçant en place, dont il convient de rappeler que le bailleur n'est pas l'associé. Mais il présente corrélativement le risque que l'expert porte sérieusement atteinte à la pérennité de l'exploitation en question, en ren-

dant son avis en faveur du déplafonnement, sans même « vérifier » que le chiffre d'affaires du commerce a positivement varié.

Face au risque d'anéantissement de l'équilibre économique du commerce par une éventuelle remise en cause du loyer lors du renouvellement, notre préférence porte sur une appréciation « in concreto », par laquelle le commerce s'entend bien comme le commerce précisément exploité dans les locaux loués ; la connaissance de la variation des chiffres d'affaires semble alors indispensable à l'expert s'il veut rester cohérent dans sa démarche expertale. Les données statistiques du secteur d'activités, trop générales, apparaissent insuffisantes.

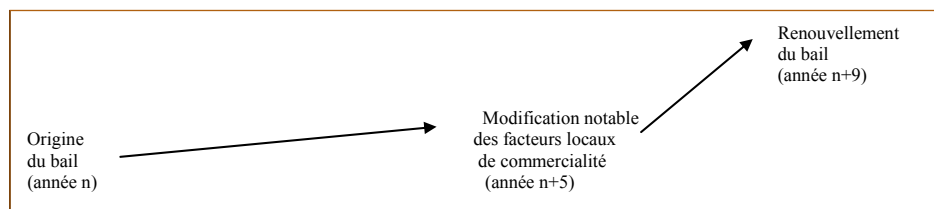


Schéma 2. Variation du produit d'exploitation

Par exemple, pour une boutique d'habillement située dans le centre-ville de Lille, si celle-ci propose une gamme « bon marché », on peut s'interroger sur l'intérêt pour cette boutique des flux supplémentaires de touristes étrangers à Lille (Hollandais, Belges ou Anglais) ; par contre si elle propose une gamme « haut-de-gamme », son intérêt semble notablement plus évident, car les touristes étrangers venant à Lille privilégieront les boutiques représentant le mieux le « luxe à la française »

Devant cette présomption empreinte d'une certaine logique, il conviendrait alors de rechercher si l'intérêt diagnostiqué pour la boutique d'habillement « haut-de-gamme » se trouve confirmé à travers une augmentation de son chiffre d'affaires concordante avec celle du nombre de touristes étrangers, afin d'apprécier les éventuelles divergences entre l'analyse macroéconomique du tourisme lillois (macroéconomique mais bien « in concreto ») et l'analyse micro-

économique (par la variation du chiffre) ; la première semblant devoir prévaloir, à notre sens, sur la seconde, ne serait-ce que pour éviter de répercuter sur le bailleur les conséquences d'une exploitation désastreuse ou au contraire fructueuse du commerçant en place. Cette appréciation « in concreto »

semble d'ailleurs recevoir les faveurs de la jurisprudence⁸.

CONCLUSION

Notre préférence porte sur l'appréciation « in concreto » du commerce considéré, permettant d'appréhender les particularités du commerce effectivement exploité dans les lieux loués, l'appréciation du seul secteur d'activités nous apparaissant relativement insuffisante.

Surtout, il est important que cette appréciation concrète passe aussi par une analyse de la variation du produit d'exploitation du

commerce sur l'ensemble de la période du bail à renouveler, permettant de vérifier, dans un contexte d'évolution notable des facteurs locaux de commercialité, que l'évolution des flux de chalands entraîne une conséquence économique directe pour l'activité considérée. Finalement, ENC 1 l'analyse de la variation du produit d'exploitation, ou chiffre d'affaires, représente en quelque sorte la « preuve par neuf » de l'intérêt pour le commerce considéré. ■

NOTES

1. CA Paris, Pôle 5, chambre 3, 6 avril 2011 : sont retenues en l'espèce la nouvelle ligne de RER, l'implantation de nouvelles enseignes et la construction de 150 000 m² de bureaux à moins de 400 mètres. Cass, 3ème civ., 5 janvier 2010 : sont retenues en l'espèce l'installation de grandes enseignes, l'ouverture d'un parc de stationnement, l'accroissement de la population active, le développement du tourisme.
2. Cass, 3ème civ., 9 juin 2009 ; Cass, 3ème civ., 20 février 2007.
3. « Le déplafonnement du loyer généré par un flux complémentaire de chalands » Hervé LÉFEBVRE, Expert en estimations immobilières, valeurs locatives et fonds de commerce, AJDI Octobre 2001 p. 782.
4. CA Paris, Pôle 5, chambre 3, 23 février 2011 : défaillance de la charge de la preuve incombant au bailleur en sa qualité de demandeur. Cass, 2ème civ., 15 novembre 2007 : défaillance de la charge de la preuve incombant au preneur en sa qualité de demandeur.
5. CA Paris, Pôle 5, chambre 3, 16 février 2011 ; CA Montpellier, 1^{er} chambre section B, 3 novembre 2009.
6. Cass, 3ème civ., 31 mars 1998.
7. Etant acquis que n'est pas retenue l'activité (ou les activités) mentionnée(s) dans la clause de destination du bail, qui peut être plus ou moins large, Cass, 3ème, 16 juillet 1998.
8. Cass, 3ème civ. 3 février 2010 ; Cass 5 janvier 2010.

Notre préférence porte sur l'appréciation « in concreto » du commerce considéré.