

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. Selon une certaine doctrine, 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 donner 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 la fédération 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

(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 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.

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...

L'esprit joueur restera à l'ICC, tandis que l'esprit prudent verra dans le nouvel indice un outil plus résistant à la hausse comme à la baisse.

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. ■