

# Après la hausse des indices... la baisse des loyers commerciaux



Depuis plusieurs années, tous les utilisateurs de baux commerciaux dont le loyer est indexé ont subi de fortes augmentations de loyers sous l'effet de la hausse importante de l'indice du coût de la construction publié par l'Insee. Certains d'entre eux ont pu constater que, par le seul effet de la clause

d'indexation, leur loyer avait augmenté de plus de 25 % depuis la conclusion du bail ou depuis la précédente fixation de celui-ci. Or, dans ce cas de figure, le locataire a la faculté de demander la fixation du loyer à la valeur locative sur le fondement de l'article L. 145-39 du Code de commerce.

*Par Nicolas Boytchev - Avocat associé*

*Et Séverine Valade - Avocat*

*Racine, cabinet d'avocats - [www.racine.eu](http://www.racine.eu)*

## ARTICLE L. 145-39 DU CODE DE COMMERCE : LA FIXATION DU LOYER A LA VALEUR LOCATIVE

Cet article tombait à point nommé pour les locataires puisque, pendant que les indices poussaient les loyers vers le haut, les valeurs locatives sont restées beaucoup plus modestes.

De nombreux locataires se sont donc engagés dans une procédure de révision pour obtenir une baisse de leur loyer.

Du côté des bailleurs, la perspective de la baisse des loyers consécutive à la révision de l'article L. 145-39 posait de sérieux problèmes. Certains d'entre eux ont réalisé des investissements lourds

en rachetant des immeubles au prix fort entre 2005 et 2007. Le retour sur investissement a été calculé sur de hauts niveaux de loyers et la baisse pouvant résulter de la révision de l'article L. 149-39 n'a pas été anticipée.

La plupart des révisions de loyers ont été négociées. Il s'agissait, pour le locataire, de retrouver un loyer raisonnable tout en évitant les inconvénients d'un déménagement et, pour le bailleur, de conserver un locataire avec des loyers plus faibles mais toujours préférables à des locaux vides difficiles à commercialiser dans un contexte de crise.

Certains bailleurs avisés, voyant arriver le seuil des 25 % d'augmentation du loyer, ont anticipé les demandes de révision des locataires. Plusieurs solutions ont été imaginées pour tenter de faire échec à la révision du loyer et à sa fixation à la baisse. Certains ont pris l'initiative de proposer au locataire la conclusion d'un avenant modifiant le montant du loyer (I), d'autres se sont abstenus de facturer l'indexation (II) et, d'autres encore, plus audacieux, ont notifié une demande de révision triennale du loyer, sur le fondement de l'article L. 145-38 du Code de commerce, pour tenter de faire échec à l'application de l'article L.145-39 du même Code (III).

## LES EFFETS ESCOMPTÉS ONT-ILS ÉTÉ ATTEINTS ?

### I. La conclusion d'un avenant au bail

L'article L.145-39 prévoit que « si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile (clause d'indexation), 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 voie judiciaire ».

Pour éviter que le loyer n'atteigne 25 % d'augmentation sous l'effet automatique de l'indexation, certains bailleurs ont pris l'initiative de rencontrer leur locataire pour lui proposer un nouveau loyer. L'accord obtenu est formalisé dans un avenant au bail qui fixe contractuellement, pour l'avenir, le montant du loyer. A partir de cette nouvelle fixation, le compteur de l'indexation repart à zéro et le risque d'atteindre le seuil de 25 % est écarté. Le locataire a la satisfaction

d'avoir obtenu une baisse de loyer et le bailleur se ménage la possibilité de demander le déplafonnement du loyer au renouvellement du bail suivant, en espérant un retournement du marché où les valeurs locatives progresseraient à nouveau plus vite que l'indice.

Le locataire a la satisfaction d'avoir obtenu une baisse de loyer et le bailleur a la possibilité de demander le déplafonnement du loyer au renouvellement du bail suivant.

### II. L'absence de facturation de l'indexation par le bailleur

Toujours dans le but d'éviter une révision judiciaire du loyer à la baisse, à l'initiative du locataire, d'autres bailleurs ont imaginé suspendre la facturation de l'indexation juste avant que le seuil de 25 % d'augmentation du loyer ne soit atteint.

Cette position, défendue devant les tribunaux, n'a pas prospéré. Le Tribunal de grande instance de Paris a en effet jugé, le 7 janvier 2010<sup>1</sup>, que le preneur est recevable à demander la révision du loyer alors même que le bailleur n'aurait pas facturé le loyer indexé. Le juge considère que la clause d'indexation s'applique automatiquement et de plein droit, sans formalisme préalable. Elle ne peut donc cesser de s'appliquer par la seule volonté du bailleur. Le seuil légal de la révision de l'article L. 145-39 est donc atteint indépendamment de la facturation par le

bailleur ou du paiement effectif du loyer indexé par le preneur. Il en aurait été différemment si le preneur avait renoncé de façon expresse et non équivoque à l'application de la clause d'indexation. Devant l'accord des parties, le juge s'incline. En l'espèce, le preneur s'était contenté de payer le loyer non indexé facturé par le bailleur. Le Tribunal a estimé que le paiement conforme à l'avis d'échéance ne suffit pas à formaliser l'accord exprès et non équivoque des parties de suspendre l'indexation.

Cette solution est légitime dans la mesure où le bailleur s'était volontairement abstenue d'appliquer l'indexation pour faire échec au droit du preneur de demander la révision du loyer.

Pour tous les locataires qui ont eu la chance d'avoir un répit d'indexation, il ne faut pas se réjouir trop vite, le bailleur peut encore, dans la limite de cinq ans, facturer les rappels de loyers sur l'indexation qu'il se serait abstenue d'appliquer...

### III. La révision triennale légale de l'article L.145-38

La troisième solution pour tenter de faire échec à la révision légale de l'article L.145-39 consistait, pour les bailleurs, à prendre l'initiative et à notifier avant la demande du preneur une demande de révision triennale sur le fondement de l'article L.145-38 du Code de Commerce. L'objectif était encore une fois de provoquer une fixation du loyer qui remettrait à zéro le compteur de l'indexation.

La révision triennale prévue par l'article L.145-38 du Code de commerce peut être mise en œuvre tous les trois ans. Comme l'indice du coût de la construction a mis plus de trois ans pour atteindre 25 % d'augmentation, les bailleurs étaient donc en mesure de demander la révision du loyer sur le fondement de l'article L.145-38 avant toute initiative des locataires.

Et contrairement à la révision de l'ar-

## Notes

1/ Tribunal de grande instance de Paris, Loyers commerciaux, 7 janvier 2010, The Conran Shop c/ Le Bon Marché maison Aristide Boucicaut, Loyers et Copr. Mars 2010, n° 78.

2/ Tribunal de grande instance Paris, Loyers commerciaux, 13 novembre 2009, Administrer n° 429, février 2010, p. 47.



ticle L.145-39, la révision de l'article L.145-38 ne permet pas, sauf sous certaines conditions difficiles à réunir, de ramener le loyer à un montant inférieur au dernier loyer contractuel.

Certains bailleurs pensaient ainsi pouvoir éviter une baisse de loyer.

Aux yeux de la loi, les deux fondements de la révision légale (L. 145-38 et L.145-39) ont la même force, puisque les deux articles sont d'ordre public. Dans ces conditions, la révision triennale pouvait-elle mettre en échec la révision de l'article L.145-39 ?

Le Tribunal de grande instance de Paris a répondu par la négative<sup>2</sup>. La révision de l'article L.145-39 déroge à la révision triennale du bailleur et prime donc sur celle-ci.

Ce jugement a été rendu dans un cas d'espèce où le locataire prétendait que la valeur locative était inférieure au dernier loyer contractuel. Le loyer révisé sur le fondement de l'article L.145-38 devait donc être fixé au loyer contractuel. Si le but de la révision du bailleur était de maintenir le montant du dernier loyer, il n'avait, dès lors, aucun intérêt à poursuivre la révision, sauf à l'utiliser dans l'intention d'éluder la propre demande de révision à la baisse du locataire, ce qui peut également être considéré comme une fraude à la loi.

## QUEL AVENIR ?

Il reste une leçon à tirer de cette expérience. En l'état du marché, en particulier pour les bureaux, la révision des loyers à la baisse paraît inéluctable si les conditions de mise en œuvre de l'article L.145-39 du Code de Commerce sont réunies.

Plutôt que d'envisager une procédure judiciaire, Les bailleurs et les locataires ont tout intérêt à se rapprocher pour trouver ensemble une solution amiable préservant les intérêts de chacune des parties.

De nombreuses solutions sont possibles comme par exemple la mise en place d'un nouveau bail avec des mesures d'accompagnement, ce qui permet aux locataires de faire une économie immédiate et aux bailleurs de conserver un loyer facial élevé tout en pérennisant l'occupation.

# Le cadre juridique des installations photovoltaïques (2<sup>e</sup> partie)



Dans un premier article (magazine Business Immo n°61 – juin 2010), le cabinet d'avocats Hogan Lovells a détaillé la réglementation en vigueur concernant les autorisations nécessaires pour implanter une centrale photovoltaïque et fait le point sur les conditions de rachat de l'électricité produite et sur le raccordement au réseau. Ce second article aborde les problématiques foncières, les montages contractuels et les solutions de financement.

par Jean-Pascal Bus - avocat associé au cabinet Hogan Lovells

## 1. Les problématiques foncières

La durée du contrat d'achat (20 ans) commande la durée nécessaire d'occupation du sol ou des toitures. A cette durée, les praticiens ont pris l'habitude d'ajouter une certaine durée (deux à quatre ans) utile à la mise en service de la centrale.

Pour les centrales photovoltaïques au sol comme d'ailleurs pour les projets de fermes éoliennes, le titre d'occupation du sol sera généralement un contrat de location de longue durée avec constitution de droits réels (de type bail emphytéotique). Il est très rare que l'exploitant acquiert le terrain d'assiette.

S'agissant des centrales sur toiture, des solutions innovantes ont été mises au point, afin d'offrir les meilleures garanties pour l'exploitant, tout en ne causant pas d'atteinte au droit de propriété du propriétaire de l'immeuble.

Une des solutions consiste à procéder à une division en volumes avec constitution de servitudes réciproques et à signer un bail emphytéotique portant sur le lot de volume constitué par la toiture.

Les projets photovoltaïques, le plus souvent financés par des prêts bancaires, nécessitent souvent pour l'exploitant de pouvoir consentir à l'établissement bancaire prêteur une hypothèque (d'un montant généralement égal à un

pourcentage peu élevé de la dette), c'est pour cette raison que les baux emphytéotiques, constitutifs de droit réel, sont généralement privilégiés.

Deux autres types de baux sont parfois utilisés :

(i) baux à construction en cas de production d'immeuble neuf (notamment hangars agricoles),

(ii) baux civils sans constitution de droits réels et de volumétrie, qui présentent toutefois un inconvénient majeur pour les propriétaires de biens immobiliers, car l'immeuble sur lequel sont installés les panneaux ne pourra être vendu sans ledit bail (art. 1743 du Code civil).

## 2. Les montages contractuels envisageables et le financement des projets photovoltaïques

### 2.1 Les contrats à mettre en place

L'installation et l'exploitation d'une centrale photovoltaïque nécessite la mise en place d'une série de contrats spécifiques.

Le contrat de conception et de réalisation constitue la clef de voûte du montage contractuel. Pour la construction de la centrale, c'est généralement un contrat de construction «clé en main» (contrat sui generis qui s'apparente à un contrat de promotion immobilière,