

DROIT COMMERCIAL – 54/2009

« Faut-il adopter l'ILC ? »

L'entrée en vigueur de l'indice trimestriel des loyers commerciaux (ILC) instauré par la loi 2008-776 du 04/08/2008 dite LME et mis en œuvre par le décret 2008-1139 du 04/11/2008 suscite plusieurs interrogations : son application est-elle obligatoire ou optionnelle et comment effectuer les calculs de loyer pour les baux conclus avant son entrée en vigueur.

I. Obligation ou possibilité

La nouvelle rédaction des articles L.145-34 ou L.145-38 (cf. annexe) du Code de commerce crée un doute quant aux conditions d'application du nouvel indice des loyers commerciaux. Que disent ces textes ? En substance, que le taux de variation du loyer en matière de renouvellement ou de révision triennale ne pourra excéder la variation de l'ICC (indice du coût de la construction) ou, ***s'il est applicable, de l'ILC mentionné à l'article L.112-2 du Code monétaire et financier*** (cf. annexe). Il s'agit donc de cerner la portée de l'expression "s'il est applicable" : soit on considère que l'ILC devient applicable à partir du moment où l'activité exercée est conforme à l'article D. 112-2 du code monétaire et financier (qui exclut les locaux à usage de bureaux et les locaux industriels), soit on considère que le mot applicable vise l'hypothèse où les parties l'ont choisi parce que l'activité exercée le permet.

La doctrine¹, bien que divisée sur le sujet, est majoritairement favorable à l'interprétation qui conduit à considérer que l'ILC est applicable à deux conditions : la volonté des parties et l'exercice d'une activité mentionnée à l'article D. 112-2 du Code monétaire et financier.

Nous avons tendance à penser que le recours à l'ILC n'est qu'une possibilité pour la raison suivante. L'expression « s'il est applicable » suppose de rechercher le contexte dans lequel l'ILC peut ou doit être appliqué. Les seuls textes pouvant nous renseigner sur le sujet sont les articles L.112-2 et D. 112-2 du Code monétaire et financier. Or ces derniers envisagent la possibilité (et non l'obligation) de recourir à l'ILC dans le cadre d'une clause d'indexation. Cette précision s'imposait car l'ILC étant composé à 50% de l'indice des prix à la consommation son utilisation serait tombée sous le coup de l'interdiction visée au premier alinéa de l'article L.112-2 précité. Il nous semble donc que l'expression "s'il est applicable" sous entend choisi par les parties, ces dernières ne pouvant exercer ce choix que pour certaines activités. En outre l'ILC a été créé pour permettre une alternative à l'emploi de l'ICC. Si la volonté du législateur avait été de le rendre obligatoire il nous semble que les choses auraient été dites plus clairement comme cela fut le cas pour les baux d'habitation et l'IRL.

¹ Joël Monéger " Le décret n° 2008-1139 du 4 novembre 2008 relatif à l'indice national trimestriel des loyers commerciaux " Loyers et Copropriété n° 12 12/2008 focus alerte 61.

Ph.-H. Brault " La révision du loyer du bail commercial et la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite « LME » Loyers et Copropriété n° 10, octobre 2008, étude 9.

Bernard de Lagger " La loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et le statut des baux commerciaux " Revue des Loyers 10/2008 n° 890 p.414.

B. Raclet "Loi LME : les mesures relatives aux baux commerciaux "- Infos Rapides Coprop. N° 545, janv./fév. 2009 p. 22.

Jean-Pierre Blatter " L' ILC doit-il être appliqué s'il est applicable ? " AJDI 01/2009 p. 6.

Jean-Jacques Martel "ICC ou ILC que choisir ?" AJDI 2009 p.11.

Notre conviction est donc que l'ILC s'applique lors de la révision et du renouvellement s'il a été rendu applicable par les parties. C'est également la solution retenue par l'INSEE dans une note faite sur le champ d'application de l'indice et publiée à l'adresse suivante :

<http://www.insee.fr/fr/publics/particuliers/champ-applications-ilc.pdf>

(date interrogation 25/02/2009) : *"En effet, la référence au nouvel indice ne présente pas de caractère obligatoire tant pour les propriétaires bailleurs que pour les locataires commerçants qui resteront maîtres soit de se référer à l'ILC soit de continuer à retenir l'ICC pour établir les règles de plafonnement lors du renouvellement du bail ou de la révision triennale des loyers" .*

II. Application dans le temps

En vertu du principe de non rétroactivité des lois les dispositions de la loi 2008-776 du 04/08/2008 dite LME relatives à l'ILC ne sont pas applicables aux contrats en cours mais aux baux ou avenants signés à compter de l'entrée en vigueur du décret 2008-1139 du 04/11/2008 listant les activités permises c'est-à-dire à partir du 7 novembre 2008⁽²⁾. L'application de ce nouvel indice ne se concevant que postérieurement à novembre 2008 c'est probablement pour cette raison que l'Insee n'a pas publié d'historique. Le calcul devra donc respecter cette non rétroactivité.

Nous envisagerons les trois hypothèses de variation du loyer d'un bail commercial

A) Les modalités de révision triennale

Étant d'ordre public il est impossible d'utiliser l'ILC avant la date à laquelle la variation pourra se calculer en utilisant comme indice de référence un indice égal ou postérieur à l'indice du 2^{ème} trimestre 2008, c'est-à-dire, si les dates de parution restent constantes, avant novembre 2011. Il est en revanche possible de prévoir dans les baux futurs que la révision triennale se fera en fonction de cet indice, en vertu de la modification apportée à l'article L.145-38 du Code de commerce.

B) Renouvellement

Le raisonnement est en partie identique pour les baux venant en renouvellement postérieurement au 7 novembre 2008 et conclus avant cette date. L'application de l'ILC pour le calcul du plafonnement du loyer du bail renouvelé n'est pas conforme à l'article L.145-34 du Code de commerce qui prévoit que le taux de variation du loyer ne peut excéder la variation, intervenue depuis la fixation initiale du loyer du bail expiré, de l'indice du coût de la construction (ICC) ou s'il est applicable de l'ILC. Pour tous les baux conclus avant novembre 2008 seul l'ICC était applicable, c'est donc la variation de cet indice sur 9 ans qui devra être prise en compte.

Mais les dispositions de l'article L.145-34 n'étant pas d'ordre public il nous semble que les parties pourraient prévoir d'appliquer un taux de variation "mixte" qui serait la somme de l'augmentation de l'ICC jusqu'en 2008 et de l'augmentation de l'ILC ensuite. La façon de procéder pourrait dans ce cas être la suivante.

² Ph.-H. Brault précité ; J-P Blatter « La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et les baux commerciaux » AJDI 2008 p. 649.

Lorsque dans un contrat un indice est substitué à un autre la formule à utiliser est la suivante³ :

$$P = P_0 \frac{A_1}{A_0} \times \frac{N}{N_1}$$

P = prix (ou loyer) révisé

P₀ = prix (ou loyer) d'origine

A₀ = ancien indice, valeur de départ

A₁ = ancien indice, valeur au moment de la substitution

N = valeur du nouvel indice connu au moment du calcul

N₁ = valeur du nouvel indice à la date de substitution

Les valeurs A1 et N1 doivent correspondre à la même période.

On peut aussi considérer que le rapport A₁/N₁ constitue un coefficient de raccordement (CR) qui ne varie pas dans le temps. La formule devient alors :

$$P = P_0 \times CR \times \frac{N}{A_0}$$

Le principe de non rétroactivité a pour conséquence que l'ILC n'avait pas d'existence légale avant le décret du 4 novembre. Toutes les valeurs rétroactives en peuvent donc être utilisées. En conséquence la valeur de cet indice pour le 2^{ième} trimestre 2008 est la première valeur pouvant être utilisée comme valeur de référence (N1) car c'est la dernière valeur publiée lors de l'entrée en vigueur de l'indice. Les valeurs indiquées pour les trimestres précédents n'ont qu'une valeur historique.

Supposons un bail de 1 000 euros signé en novembre 2000 avec un indice de référence correspondant au 2^{ième} trimestre 2000 de L'ICC (1089), en novembre 2009 le loyer du bail renouvelé pourra être calculé de la manière suivante :

$$P = P_0 \times \frac{ICC_{2T2008}}{ICC_{2T2000}} \times \frac{ILC_{2T2009}}{ILC_{2T2008}}$$

$$P = 1000 \times \frac{1562}{1089} \times \frac{ILC_{2T2009}}{101.2}$$

Ou en utilisant un coefficient A₁/N₁ = 1562 / 101.2 = 15.43

$$P = 1000 \times 15.43 \times \frac{ILC_{2T2009}}{1089}$$

³ Pour l'explication des méthodes de raccordement cf. AJPI 10/04/1987 p. 359 et Bull Mensuel Insee 02/1999 p. 182.

C) Clause d'échelle mobile

Le problème se posera de manière presque identique.

Si les parties souhaitent par un avenant choisir l'ILC en cours de bail ce dernier ne pourra être appliqué que postérieurement à la date de signature de l'avenant. La formule de substitution sera la même que précédemment. Prenons l'exemple d'un avenant signé en février 2009 et d'un loyer indexé sur la valeur du 3^{ième} trimestre de l'ICC, la formule de raccordement, qui ne pourra être utilisée pour la première fois qu'en janvier 2010⁴, sera la suivante :

$$\text{Loyer révisé} = \text{Loyer d'origine} \times \frac{\text{ICC3T2008}}{\text{ICC3T valeur d'origine}} \times \frac{\text{ILC 3T2009}}{\text{ILC 3T2008}}$$

$$\text{Loyer révisé} = \text{Loyer d'origine} \times \frac{1594}{\text{ICC3T valeur d'origine}} \times \frac{\text{ILC 3T2009}}{102.46}$$

Ou, le coefficient de raccordement étant égal à $1594 / 102.46 = 15.56$

$$\text{Loyer révisé} = \text{Loyer d'origine} \times 15.56 \times \frac{\text{ILC 3T2009}}{\text{ICC3T valeur d'origine}}$$

Les calculs en février 2011 pourront se faire selon la formule :

$$\text{Loyer révisé} = \text{Loyer 2010} \times \frac{\text{ILC 3T2010}}{\text{ILC 3T2009}}$$

Sylvie FERLAY-GUINET

⁴ L'indice du 3^{ième} trimestre 2008 étant le premier à pouvoir être utilisé la première variation annuelle pouvant être appliquée sera celle calculée avec le 3^{ième} trimestre 2009.

ANNEXES : TEXTES APPLICABLES

Article L.145-34 du Code de commerce (Renouvellement)

*"A moins d'une modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L.145-33, le taux de variation du loyer applicable lors de la prise d'effet du bail à renouveler, si sa durée n'est pas supérieure à neuf ans, ne peut excéder la variation, intervenue depuis la fixation initiale du loyer du bail expiré, de l'indice national trimestriel mesurant le coût de la construction **ou, s'il est applicable, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux mentionné au premier alinéa de l'article L.112-2 du Code monétaire et financier, publiés par l'Institut national de la statistique et des études économiques.** A défaut de clause contractuelle fixant le trimestre de référence de cet indice, il y a lieu de prendre en compte la variation de l'indice national trimestriel mesurant le coût de la construction ou, s'il est applicable, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux, calculée sur la période de neuf ans antérieure au dernier indice publié*

En cas de renouvellement postérieur à la date initialement prévue d'expiration du bail, cette variation est calculée à partir du dernier indice publié, pour une période d'une durée égale à celle qui s'est écoulée entre la date initiale du bail et la date de son renouvellement effectif.

Les dispositions de l'alinéa ci-dessus ne sont plus applicables lorsque, par l'effet d'une tacite reconduction, la durée du bail excède douze ans"

Article L.145-38 du Code de commerce (Révision triennale)

"La demande en révision ne peut être formée que trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé.

De nouvelles demandes peuvent être formées tous les trois ans à compter du jour où le nouveau prix sera applicable.

*Par dérogation aux dispositions de l'article L.145-33, et à moins que ne soit rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative, la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel du coût de la construction **ou, s'il est applicable, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux mentionné au premier alinéa de l'article L.112-2 du Code monétaire et financier**, intervenue depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer...."*

En aucun cas il n'est tenu compte, pour le calcul de la valeur locative, des investissements du preneur ni des plus ou moins-values résultant de sa gestion pendant la durée du bail en cours

Article L.112-2 du Code monétaire et financier (modifié par l'article 47 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008)

*" Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou 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. 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 des statistiques 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....".*

Article D. 112-2 du Code monétaire et financier (Décret n°2008-1139 du 4 novembre 2008 - art. 6)

*"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°) du Code de commerce.