

## LE CALCUL DU PLAFONNEMENT FACE A L'INADEQUATION DES INDICES

Par Charles-Edouard BRAULT

Avocat au Barreau de PARIS

*Alors que les tables de concordance des deux nouveaux indices débutent au 1er trimestre 2005, la disparition de l'ICC induit des difficultés de calcul pour le plafonnement du loyer en renouvellement.*

*Dans certaines hypothèses, le loyer plafonné ne pourra être calculé à partir des deux indices désormais légaux.*

*Faut-il alors cumuler des calculs sur la variation de deux indices ou déroger au principe du plafonnement en fixant le loyer de renouvellement à la valeur locative ?*

\* \* \*

Le plafonnement du loyer en renouvellement a été institué en 1972 et intégré à l'ancien article 23-6 du décret du 30 septembre 1953 ultérieurement codifié à l'article L. 145-34 du Code de commerce.

Cette règle valant exception au principe posé par l'article L. 145-33 selon lequel les loyers des baux renouvelés doivent correspondre à la valeur locative avait pour objet de protéger le locataire en limitant la hausse du loyer.

Sauf les exceptions expressément prévues par le texte, le loyer de renouvellement doit obéir à la règle du plafonnement et la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 a modifié les modalités de calcul de ce plafonnement en supprimant toutes références à l'indice du coût de la construction (ICC) pour le remplacer par l'indice trimestriel des loyers commerciaux (ILC) ou l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires (ILAT) mentionnés à l'article L. 112-2 du Code Monétaire et Financier.

Cette règle de fixation du loyer de renouvellement selon un calcul arithmétique s'applique, sauf convention contraire, pour tous les baux conclus pour neuf années dont le renouvellement prend fin à l'échéance contractuelle ou avant le terme de la douzième année ou encore même en cas d'exercice par le bailleur de son droit de repentir.

En dépit de diverses critiques selon lesquelles le mécanisme du plafonnement avait pour effet de maintenir artificiellement des loyers à des niveaux déconnectés de la valeur locative, la Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, a estimé qu'il ne résultait pas de l'application de la règle du plafonnement, une atteinte ou une dénaturation du droit de propriété et qu'elle n'était donc pas contraire à la constitution. <sup>1</sup>

La haute juridiction relevait également que la question ne présentait pas de caractère sérieux puisque la règle du plafonnement ne s'applique pas lorsque les parties l'ont exclu dans leurs

---

<sup>1</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ, QPC, 13 juillet 2011, n° 11-11071, Gaz. Pal. 21 octobre 2011, page 32, note Brault C.-E.

prévisions contractuelles ou ont pu s'accorder sur le montant du loyer du bail renouvelé, de telle sorte qu'il n'y avait atteinte ni à la liberté d'entreprendre ni à la liberté contractuelle.

En l'état, la règle du plafonnement n'est donc pas remise en cause de telle sorte qu'il convient de calculer les loyers plafonnés en renouvellement sur la variation de l'un des deux indices légaux de la manière suivante :

Loyer d'origine  $\times$  l'indice publié à la date du renouvellement / l'indice correspondant à la durée du bail écoulé.

Lorsqu'il s'agit d'un renouvellement à l'échéance contractuelle des neuf années, ce calcul s'avère simple puisqu'il faut prendre en compte le dernier indice publié à la date du renouvellement et l'indice du même trimestre neuf ans plus tôt.

En revanche, lorsque le bail s'est prolongé tacitement ou lorsque le renouvellement intervient après l'exercice du droit de repentir par un bailleur, il faudra alors prendre en compte le dernier indice publié à la date du renouvellement et l'indice correspondant à la durée du bail écoulé.

Ainsi, pour un bail ayant pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2005 et venant en renouvellement au 1<sup>er</sup> avril 2016, soit d'une durée effective de 11 ans et un trimestre, le calcul de loyer plafonné serait le suivant :

Loyer d'origine  $\times$  indice du 4<sup>ème</sup> trimestre 2015 (dernier indice publié à la date du renouvellement) / indice du 3<sup>ème</sup> trimestre 2004 (indice correspondant 11 ans et 1 trimestre plus tôt).

Une difficulté va alors se présenter puisque dans le prolongement de la loi du 18 juin 2014, le Ministère des Finances a publié deux avis au Journal Officiel du 20 novembre 2014 qui ne permette de disposer des indices ILC et ILAT qu'à compter du 1<sup>er</sup> trimestre 2005.

Faut-il alors en déduire que le calcul du loyer plafonné s'avère impossible avec les conséquences qui pourraient en découler ou faut-il procéder à un double calcul en conjuguant deux indices, et ce afin de maintenir l'application du principe du plafonnement ?

## **I. L'EVICION DU PLAFONNEMENT ET LA FIXATION A LA VALEUR LOCATIVE :**

L'article L. 145-34 précise que le calcul du loyer plafonné doit s'effectuer à partir de la « fixation initiale du loyer du bail expiré », soit au prix originaire du bail sur lequel doit s'appliquer la variation indiciaire.

Lorsque la période de variation sera antérieure au 1<sup>er</sup> trimestre 2005, le loyer plafonné ne pourra donc être calculé exclusivement sur l'un des deux nouveaux indices égaux (ILC ou ILAT), de telle sorte que le loyer plafonné s'avérera apparemment impossible à calculer.

Doit-on en déduire qu'en l'absence de possibilité de calcul du loyer plafonné sur l'un des deux indices désormais légaux, le loyer de renouvellement devrait alors être automatiquement fixé à la valeur locative ?

Cette thèse qui a naturellement la faveur des bailleurs reviendrait en réalité à évincer le principe même du plafonnement du loyer en raison d'une lacune *praeter legem*.

Or, ce type de difficulté a d'ores et déjà été rencontré lorsqu'il s'agissait d'apprécier le loyer initial en cas de versement d'un droit d'entrée ou lorsque les parties ont décidé de différer le loyer convenu dans le cadre d'une franchise pour une période déterminée ou par le biais d'une fixation avec des paliers successifs.

Dans le cadre du versement d'un droit d'entrée, le loyer initial est le plus souvent déterminable lorsqu'il s'agit contractuellement d'un versement à caractère indemnitaires destiné à compenser l'octroi du droit au renouvellement au profit du preneur avec des charges et conditions entraînant une minoration de la valeur vénale du bien. Ce droit d'entrée demeure alors exclu du loyer de base et ne modifie pas le loyer d'origine de telle sorte qu'il n'en résulte pas de réelle difficulté sur le calcul du loyer plafonné.

En revanche, dans l'hypothèse où le versement d'un droit d'entrée s'assimile à un supplément de loyer, il doit alors être réintégré dans le loyer de base usuellement à hauteur d'1/9<sup>ème</sup> (pour un bail de neuf années), et ce avant de déterminer le loyer d'origine permettant de calculer le loyer plafonné selon la variation des indices.<sup>2</sup>

Mais dans l'hypothèse où ce droit d'entrée présente un caractère mixte qui ne permet pas contractuellement de retenir le seul caractère indemnitaires, le calcul du loyer plafonné s'avère impossible à défaut de pouvoir déterminer précisément le loyer initial du bail. En ce cas, il paraît alors légitime de fixer le loyer de renouvellement à la valeur locative à défaut de pouvoir calculer le loyer plafonné.<sup>3</sup>

Ce type de difficulté s'est également présenté lorsque le loyer contractuel a été fixé avec des paliers, hypothèse qui doit être différenciée d'une franchise ou d'une remise temporaire du loyer puisque le prix convenu peut alors servir sans difficulté de référence ultérieure au calcul du loyer plafonné.

Dans un premier temps, la Cour de cassation avait approuvé une cour d'appel qui avait retenu que le montant à prendre en compte pour le calcul du loyer plafonné était celui fixé par les parties lors de la prise d'effet du bail renouvelé, et ce quels que soient les abattements ou remises convenues.<sup>4</sup>

La Haute Juridiction s'est ensuite trouvée saisie d'une espèce où le bail prévoyait un montant pour la première période triennale, un autre montant pour la deuxième période triennale et enfin un autre montant réajusté pour la troisième période triennale.

<sup>2</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ, 12 février 1980, n° 78-14025, Loyers et Cop. 1980, comm n° 240.

<sup>3</sup> CA Paris, 4 mai 1995, Gaz. Pal. 1995.2, somm. p.629, note Brault Ph.-H.

<sup>4</sup> Cass.3<sup>ème</sup> civ, 17 mai 2006, n° 05-11685.

La Cour d'appel avait retenu l'argumentation du bailleur qui estimait que les modalités de fixation du loyer par paliers excluaient la fixation d'un loyer de base ce qui faisait dès lors obstacle à l'application de la règle du plafonnement et imposait d'apprécier le loyer de renouvellement à la valeur locative.

Mais la Cour de cassation a cassé cet arrêt au visa de l'article L. 145-34 du Code de commerce en relevant que les modalités conventionnelles de fixation du loyer ne pouvaient exclure la règle du plafonnement et que la variation indiciaire devait donc s'appliquer au loyer initial acquitté par le preneur lors de la prise d'effet du bail, et ce nonobstant la fixation conventionnelle d'un loyer progressif par paliers.<sup>5</sup>

Le plafonnement était donc maintenu avec l'application stricte du principe posé par l'article L. 145-34 du Code de commerce.

Alors que les dispositions de cet article ne sont pas d'ordre public, les parties disposent de la faculté d'y déroger expressément. Ceci justifie qu'à défaut de dérogation contractuelle contraire, la règle du plafonnement doit pouvoir s'appliquer nonobstant certaines hypothèses où le calcul ne correspondrait pas strictement aux dispositions légales, et ce compte tenu de la période de variation des indices à prendre en compte.

La Cour de cassation a réaffirmé le principe du plafonnement en cas de difficulté de détermination du loyer d'origine par son arrêt du 6 mars 2013, tandis que la solution qui reviendrait à fixer automatiquement le loyer de renouvellement à la valeur locative s'avèrerait alors contraire à la loi.

Selon une ancienne jurisprudence rendue lorsque le plafonnement se calculait à partir d'un coefficient relevant d'une moyenne arithmétique de deux paramètres, ce n'est que dans l'hypothèse où l'un des coefficients n'a pas été publié au Journal Officiel que le loyer ne peut alors être calculé qu'en fonction de la valeur locative.<sup>6</sup>

Mais cette jurisprudence ne peut désormais être retenue puisque les indices sont régulièrement publiés et que le loyer plafond est donc parfaitement calculable en conjuguant l'ancien indice ICC et l'un des deux nouveaux indices légaux.

Il faut donc privilégier le maintien du plafonnement.

## II. LE MAINTIEN DU PLAFONNEMENT ET LA CONJUGAISON DES INDICES :

Sauf circonstances particulières justifiant le déplafonnement, accord des parties fixant les modalités du loyer de renouvellement ou l'hypothèse d'une durée effective supérieure à 12 années du fait d'une tacite prolongation, le loyer de renouvellement doit être plafonné

---

<sup>5</sup> Cass.3<sup>ème</sup> civ, 6 mars 2013, n° 12-13962, Gaz. Pal. 19 avril 2013, page 26, note Brault Ch-E

<sup>6</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ, 12 janvier 1977, Bull. civ. III n° 17

selon le principe posé clairement par l'article L. 145-34 qui déroge expressément à la règle de l'article L. 145-33.

La portée de ce principe milite donc au maintien de la règle du plafonnement, et ce nonobstant les difficultés relevant des modalités de calcul lorsque l'indice diviseur sera antérieur au 1<sup>er</sup> trimestre 2005.

Pour tous les renouvellements postérieurs au 1<sup>er</sup> septembre 2014, la règle prévoit désormais que le plafond se calcule sur la variation de l'ILC ou de l'ILAT de telle sorte que le maintien d'un calcul uniquement sur l'ICC s'avèrerait contraire à la loi.<sup>7</sup>

Compte tenu de l'omission du législateur ou de l'erreur du Gouvernement qui n'a pas prévu de publications des indices ILC et ILAT antérieures au 1<sup>er</sup> trimestre 2005, il faut privilégier, si ce n'est la lecture stricte, l'esprit et le maintien du principe de la loi, en maintenant la règle du plafonnement du loyer en renouvellement.

Le texte légal vise désormais la variation de l'un des deux indices légaux tout en mentionnant expressément la durée de la variation de l'indice qui doit correspondre à la durée du bail écoulé.

Il faut donc privilégier la durée de variation prévue par le texte légal en procédant dès lors au calcul du loyer plafonné sur plusieurs indices. C'est la solution qui doit être privilégiée pour le maintien du principe du plafonnement et qui s'avère être, selon Jehan-Denis BARBIER, la plus raisonnable.

Dès lors, pour un bail qui a pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2005 avec un loyer initial de 100.000 € et qui viendrait en renouvellement au 1<sup>er</sup> avril 2016, la durée effective de la variation de l'indice serait de 11 ans et un trimestre, avec la prise en compte du dernier indice publié à la date du renouvellement (soit l'indice du 4<sup>ème</sup> trimestre 2015) et de l'indice correspondant 11 ans et un trimestre plus tôt (soit celui du 3<sup>ème</sup> trimestre 2004).

Il faudrait alors procéder aux calculs suivants :

- $100.000 \text{ €} \times 1269 \text{ (ICC 4}^{\text{ème}} \text{ T 2004)} / 1272 \text{ (ICC 3}^{\text{ème}} \text{ T 2004)} = 99.764,15 \text{ €}$
- $99.764,15 \text{ €} \times 108,41 \text{ (ILC 4}^{\text{ème}} \text{ T 2005)} / 92,15 \text{ (ILC 1}^{\text{er}} \text{ T 2005)} = 117.367,68 \text{ €}$

La même solution doit être adoptée dans l'hypothèse du calcul d'un loyer plafonné après l'exercice du droit de repentir d'un bailleur puisque l'exercice de ce droit est sans influence sur la durée du bail venue à expiration par l'effet du congé et ne remet donc pas en cause le principe du plafonnement du loyer de renouvellement.

Pour un bail ayant pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2004 moyennant un loyer initial de 100.000 €, suivi d'un congé avec refus de renouvellement à effet du 31 mars 2013 puis d'un repentir exercé le

---

<sup>7</sup> Voir également sur cette question : « *Plafonnement du loyer : quel calcul ?* », Barbier J.-D., *Gaz. Pal.* 2014, *Doctrine* page 3593

15 janvier 2017, le calcul du loyer plafonné devra prendre en compte l'indice du 3<sup>ème</sup> trimestre 2016 (dernier indice publié à la date du renouvellement) et l'indice du 3<sup>ème</sup> trimestre 2003 (indice correspondant 13 ans plus tôt).

Il faudra également procéder à un double calcul avec l'ICC jusqu'à l'indice 4<sup>ème</sup> trimestre 2004 puis avec l'ILC à compter de l'indice du 1<sup>er</sup> trimestre 2005 :

- $100.000 \text{ €} \times 1269 \text{ (ICC 4<sup>ème</sup> T 2004)} / 1203 \text{ (ICC 3<sup>ème</sup> T 2003)} = 105.482,28 \text{ €}$
- $105.482,28 \text{ €} \times 108,56 \text{ (ILC 3<sup>ème</sup> T 2016)} / 92,15 \text{ (ILC 1<sup>er</sup> T 2005)} = 124.271,20 \text{ €}$

Le mécanisme du plafonnement du loyer posé comme principe dérogatoire par l'article L. 145-34 doit être maintenu en l'absence de dérogation conventionnelle, et ce dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a entendu privilégier le maintien du plafonnement en cas de difficultés de détermination du loyer d'origine.