

## BAUX COMMERCIAUX

Vers un renouveau de la révision légale du loyer ? <sup>423u3</sup>

L'essentiel

Les effets prolongés de la crise sanitaire, qui sont venus s'ajouter aux impacts de la crise des « Gilets jaunes » et des mouvements sociaux de la fin de l'année 2019, incitent de nombreux locataires à mettre en œuvre la révision légale des loyers, qui connaît, dès lors, un certain regain.



Étude par  
Charles-Édouard  
BRAULT  
Avocat au barreau de  
Paris, Brault & Associés

Dès les premiers effets de la pandémie de Covid-19, un large débat s'est instauré sur la question de l'exigibilité des loyers durant les périodes de confinement et, à tout le moins, durant celles portant interdiction d'ouverture au public d'un certain nombre de commerces <sup>(1)</sup>.

Indépendamment des moyens et actions fondés sur l'exigibilité des loyers, qui ont d'ailleurs permis aux parties d'aboutir à de nombreux accords amiables, le

débat s'est également orienté vers les dispositions offertes par le statut des baux commerciaux compte tenu d'un contexte ayant affecté un grand nombre d'activités commerciales durant de nombreux mois en 2020 et 2021.

Si le statut des baux commerciaux instaure une stabilité juridique du bail durant la période contractuelle minimale de 9 années, cette stabilité est également financière puisque le législateur a limité les possibilités de révision des loyers en cours de bail dans les termes des articles L. 145-38 et L. 145-39 du Code de commerce.

Indépendamment de la révision spécifique au loyer assorti d'une clause d'indexation (C. com., art. L. 145-39), chacune des parties peut mettre en œuvre, sous les conditions posées par la loi, la révision dite triennale prévue par l'article L. 145-38 susvisé.

Compte tenu des effets découlant de la crise sanitaire avec des périodes de confinement et de fermeture imposée de certains commerces, un commentateur a déduit que la disparition de certaines clientèles, notamment étrangères, et la fermeture provisoire des commerces devaient permettre de remplir les conditions légales portant notamment sur la modification matérielle de la commercialité et entraîner la révision du loyer à la valeur

locative <sup>(2)</sup>, tandis que d'autres auteurs ont émis certaines réserves <sup>(3)</sup>.

Ce mécanisme d'ordre public permet à chacune des parties d'obtenir la fixation du loyer en cours de bail à la valeur locative lorsque se trouve « apportée 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 », et ce depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer.

La mise en œuvre de cette révision obéit à un certain nombre de conditions <sup>(4)</sup> et aboutit, en l'absence de modification matérielle de la commercialité, à la fixation du loyer plafonné avec un taux de variation calculé sur l'indice des loyers commerciaux ou l'indice des loyers des activités tertiaires.

Il faut néanmoins relever le principe de la double limite qui ne permet plus la fixation à une valeur locative à la baisse en l'absence de motif de déplafonnement, et donc de modification matérielle des facteurs locaux de commercialité. La Cour de cassation a en effet décidé qu'en l'absence de motif de déplafonnement, le loyer révisé devait être fixé (i) au loyer plafonné si la valeur locative est supérieure au plafond, (ii) à la valeur locative si cette dernière est inférieure au plafond mais supérieure ou égale au loyer en vigueur, et (iii) au loyer en cours si la valeur locative lui est inférieure <sup>(5)</sup>.

Cette notion de « loyer en vigueur » est importante puisqu'il pourra s'agir du loyer exigible en application d'une clause d'indexation <sup>(6)</sup>, ce qui ôte alors tout intérêt à la mise en œuvre de la révision légale si les conditions d'un déplafonnement ne sont pas remplies.

Si le caractère temporaire des périodes de confinement et de fermeture imposée de nombreux commerces n'est *a priori* pas de nature à caractériser une évolution matérielle et certaine de la commercialité, les effets prolongés de la pandémie ont manifestement entraîné des modifications de certains secteurs au sein de diverses agglomérations, notamment à Paris. On peut relever, à cet

(1) V. J.-P. Blatter, « Le bail, le Covid et le schizophrène », AJDI 2020, p. 245 ; P.-H. Brault, « Incidence du Covid-19 sur le bail commercial et l'obligation au paiement des loyers », Loyers et copr. 2020, étude 5 ; J.-D. Barbier, « Le gel du bail commercial (les loyers Covid) », Administrer janv. 2021, p. 9 ; S. Regnault, « L'après confinement et le bail commercial : le temps de l'incertitude », JCP E 2020, 1258.

(2) J.-D. Barbier, « Le déconfinement du bail commercial », Gaz. Pal. 30 juin 2020, n° 382d5, p. 54.

(3) A. Confino et J.-P. Confino, « Les baux commerciaux malades de la peste », AJDI 2020, p. 326 ; A. Jacquin, « La révision triennale post Covid-19 : gare aux épines ! », Gaz. Pal. 30 juin 2020, n° 382b3, p. 58.

(4) Sur cette question : J.-D. Barbier et C.-E. Brault, *Le statut des baux commerciaux*, 2020, LGDJ, p. 205 et s., note sous C. com., art. L. 145-38.

(5) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 févr. 2008, n° 06-21983 : Gaz. Pal. 8 juill. 2008, n° H1949, p. 16, note C.-E. Brault ; Administrer avr. 2008, p. 30, note J.-D. Barbier ; Loyers et copr. 2008, comm. 59, note P.-H. Brault.

(6) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 mai 2015, n° 13-27367 : Gaz. Pal. 18 août 2015, n° 237h4, p. 26, note C.-E. Brault.

effet, la disparition durable de certaines clientèles, notamment étrangères, l'apparition de locaux vacants et offerts à la location, délaissés récemment par des enseignes de prêt-à-porter, comme de nombreuses cessions intervenant à des prix notablement inférieurs au marché antérieur à la pandémie et modifiant la physionomie commerciale de certaines artères, avec la disparition de commerces faisant appel à la chalandise au profit de commerces de bouche destinés aux résidents et aux personnes travaillant dans le secteur concerné.

**“ Plus d'un an après le début de la pandémie, ses effets prolongés incitent à s'interroger sur la mise en œuvre de la révision de l'article L. 145-38 ”**

Avec un recul de plus d'une année depuis le début de la pandémie, il convient dès lors de s'interroger sur la mise en œuvre de la révision prévue à l'article L. 145-38 du Code de commerce, qui suppose que soit rapportée la quadruple preuve de :

- la modification matérielle des facteurs locaux de commercialité depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer ;
- la variation de plus de 10 % de la valeur locative durant cette période ;
- la relation de cause à effet entre les deux ;
- et l'intérêt pour le commerce exploité.

La démonstration s'avère difficile et le rôle de l'expert intervenant amiablement ou judiciairement l'est également. On s'attachera à examiner certaines des conditions requises.

## I. CONDITION RELATIVE À LA DURÉE ET FIXATION AMIABLE D'UN NOUVEAU LOYER

Outre les conditions de forme prévues à l'article R. 145-20 du Code de commerce, la mise en œuvre de la révision est soumise à une condition de délai : il faut un délai d'au moins 3 ans à compter de l'entrée en jouissance du locataire ou du point de départ du bail renouvelé, ou encore du jour où un nouveau prix est appliqué.

En cas de bail fixant le loyer avec des paliers d'augmentation, ce délai de 3 ans a pour point de départ non la date d'effet du dernier palier mais celle de prise d'effet du contrat.

Mais la fixation d'un nouveau loyer en cours de bail fera courir un nouveau délai minimum de 3 ans, et certains bailleurs avisés ont profité des récentes négociations liées à l'exigibilité des loyers pour régulariser des accords emportant notamment fixation d'un nouveau loyer contractuel.

Cette nouvelle fixation doit alors produire ses effets et reporter de 3 ans la faculté de mise en œuvre de la révision légale du loyer.

## II. MODIFICATION MATÉRIELLE DES FACTEURS LOCAUX DE COMMERCIALITÉ

Il doit s'agir d'une modification concrète des éléments relatifs à la commercialité d'un emplacement (C. com., art. R. 145-6), ce qui implique une transformation et non une évolution naturelle de l'un des éléments de la commercialité<sup>(7)</sup>.

Une simple évolution ne constitue pas une modification matérielle de la commercialité, telle l'arrivée d'enseignes nationales dans un secteur bénéficiant déjà d'une belle commercialité, ce qui n'a pas eu pour effet de transformer la physionomie de la rue<sup>(8)</sup>.

Indépendamment d'une modification qui doit donc être concrète et tangible, par opposition à des projets ou une simple évolution, il faudra également que cette modification soit intervenue durant la période considérée, soit entre la date d'effet de la dernière fixation du loyer et la date de la demande de révision.

C'est ainsi qu'une modification intervenue hors date mais dont les effets se sont poursuivis durant la période concernée ne remplira pas les conditions requises<sup>(9)</sup>.

Toutes modifications intervenues pendant la période doivent être prises en compte, ce qui permet à un commerce destiné à la chalandise, notamment touristique, d'invoquer les conséquences découlant de la crise des « gilets jaunes », des événements sociaux en 2019 puis de la crise sanitaire...

La modification matérielle peut naturellement résulter de facteurs positifs mais également négatifs, telle la fermeture de nombreux commerces avec l'apparition de locaux vacants, accompagnée d'une baisse des prix de vente des locaux et d'une chute des valeurs des fonds de commerce<sup>(10)</sup>, ou la fermeture prolongée de bureaux impliquant une baisse significative de la clientèle des lieux loués, accompagnée de la fermeture des accès les plus proches du métro<sup>(11)</sup>.

Il n'y a d'ailleurs aucune corrélation entre le sens de variation des indices (à la hausse) et la valeur locative qui pourra être retenue<sup>(12)</sup>, tandis qu'une modification matérielle positive pourra justifier une fixation à une valeur locative à la baisse<sup>(13)</sup> puisque l'évaluation est globale et peut prendre en considération des facteurs négatifs pour rechercher si la modification des facteurs locaux a une incidence sur l'activité du preneur<sup>(14)</sup>.

En revanche, la seule variation des loyers du secteur ne peut justifier d'une modification matérielle des facteurs

(7) CA Paris, 11 avr. 2005, n° 04/04058.

(8) CA Aix-en-Provence, 13 déc. 2016, n° 15/16267 : Gaz. Pal. 14 mars 2017, n° 290g9, p. 66, note C.-E. Brault.

(9) CA Aix-en-Provence, 28 nov. 2019, n° 17/03940.

(10) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 sept. 2001, n° 00-13859 : Administrer janv. 2002, p. 28, note B. Boccara et D. Lipman-Boccara.

(11) CA Paris, 29 janv. 1999, n° 97/25917 ; CA Paris, 27 nov. 2002, n° 00/21766, Sté Immobilière de la Place de la Madeleine c/ Sté Hédiard.

(12) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 déc. 1998, n° 96-22490 : Gaz. Pal. Rec. 1999, 2, p. 449, note P.-H. Brault.

(13) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 mai 2017, n° 16-15043 : Gaz. Pal. 11 juill. 2017, n° 298x3, p. 63, note J.-D. Barbier.

(14) CA Poitiers, 20 oct. 2020, n° 19/02978.

locaux<sup>(15)</sup>, ni la concurrence accrue ou la variation du chiffre d'affaires du locataire, tandis que l'écueil principal portera sur le caractère local de la modification alléguée.

Il ne faut retenir que les facteurs locaux du quartier considéré, l'évolution générale, notamment sur le plan national, ne remplissant pas la condition requise : une baisse de fréquentation touristique, dont il n'est pas démontré qu'elle soit survenue dans la zone de chalandise concernée, ne constitue donc pas une modification matérielle et locale car il s'agit d'une situation générale dans le domaine d'activité du locataire (en l'espèce l'activité hôtelière en France)<sup>(16)</sup>.

### III. VARIATION DE PLUS DE 10 % DE LA VALEUR LOCATIVE

Il ne suffit pas de justifier d'une modification matérielle des facteurs locaux, mais encore que cette modification se traduise par une variation de plus de 10 % de la valeur locative. Si l'expert conclut à une évolution matérielle mais à une variation de seulement 7,78 % de la valeur locative, la fixation du loyer révisé à la valeur locative n'est alors pas retenue<sup>(17)</sup>.

Logiquement, une modification à la baisse de la commercialité devrait se traduire par une baisse de flux de clients potentiels, entraînant des fermetures et une augmentation du taux de vacance, impliquant dès lors une augmentation de l'offre et, mécaniquement, une baisse des valeurs locatives. Mais cette démonstration sera encore ardue, notamment pour l'expert amiable ou judiciaire.

Pour justifier de la variation d'au moins 10 % de la valeur locative, une première difficulté concerne le référentiel de valeur à prendre en compte puisqu'il faut comparer ce qui est comparable. Lorsqu'il s'agira d'un loyer de première location ou loyer de marché, il paraît alors logique de comparer le prix d'origine au prix de marché à la date de la révision pour corroborer la variation de plus de 10 % depuis la dernière fixation du loyer.

En revanche, lorsque le loyer d'origine ou de référence correspond à un accord amiable ou à une fixation judiciaire, il faudra alors logiquement comparer celui-ci à la valeur locative à la date de la demande de révision déterminée selon les critères du Code de commerce.

Mais lorsque la démonstration de la variation de plus de 10 % sera intervenue, la valeur locative qui devra s'appliquer en révision ne pourra correspondre au prix de marché puisque le Code de commerce définit et ne connaît qu'une seule valeur locative (C. com., art. L. 145-33), impliquant de retenir des éléments de comparaison d'un panel issu de prix de marché mais également d'accords amiables et de prix judiciaires.

Le risque est donc important pour un bailleur car, si le prix de marché peut être généralement supérieur de 15 à 25 % au prix judiciaire pour la majorité des valeurs locatives de boutiques, certains emplacements (tels les Champs-Élysées à Paris) peuvent faire apparaître une

totale déconnexion entre le prix découlant des critères du Code de commerce et le prix de marché, qui peut être deux à trois fois supérieur !

Alors que les modalités de fixation du loyer en révision sont d'ordre public et que les parties ne peuvent donc contractuellement aménager les critères de la valeur locative en révision, un bail consenti avec un loyer au prix de marché et prévoyant que le loyer de renouvellement sera également fixé au prix de marché pourrait voir le loyer en révision fixé à une valeur locative bien inférieure car déterminée selon les critères du Code de commerce.

Un tel risque devrait probablement, selon les cas, inciter les bailleurs à des accords amiables...

Une autre difficulté pourra survenir en matière d'exploitation hôtelière, et ce compte tenu de la méthode hôtelière actualisée mise en place et appliquée depuis la fin de l'année 2016. Il paraîtrait dès lors exclu d'apprécier la variation de la valeur locative en cours de bail en appliquant la nouvelle méthode, puisque la comparaison doit nécessairement intervenir à partir des mêmes critères d'appréciation du loyer d'origine.

### IV. RELATION DE CAUSE À EFFET ENTRE MODIFICATION MATÉRIELLE ET VARIATION DE LA VALEUR LOCATIVE

La variation d'au moins 10 % de la valeur locative doit résulter directement de la modification matérielle alléguée, laquelle doit donc porter sur les éléments concrets existants, et ce à l'exception des autres éléments déterminant la valeur locative<sup>(18)</sup>.

Il faut dès lors faire abstraction de toute évolution générale, notamment sur le plan national, et le demandeur ou à tout le moins l'expert doit justifier de cette relation directe, ce qui n'est pas sans poser de difficultés compte tenu des délais de traitement des références de valeurs locatives par les experts.

Si l'évolution matérielle pouvant découler des effets de la crise sanitaire à proximité du local concerné peut éventuellement être démontrée à la date de la demande de révision, la variation corrélative de la valeur locative ne pourra intervenir qu'ultérieurement, soit après le traitement de nouvelles références de valeurs locatives par les experts, qui devront donner leur avis sur la variation d'au moins 10 %, sachant que ce ratio minimum correspond à l'amplitude d'imprécision des estimations expertales et des références...

La démonstration implique donc un certain recul pour une bonne appréciation de l'évolution du marché. Si la valeur locative doit nécessairement s'apprécier à la date de la demande de révision, il semble en revanche logique de tenir compte de l'évolution du marché et des valeurs locatives ultérieures à cette date et pouvant corroborer le taux de variation requis par l'article L. 145-38 du Code de commerce.

(15) CA Versailles, 18 juin 2020, n° 19/00087.

(16) CA Versailles, 12 déc. 2019, n° 18/07183.

(17) CA Bastia, 25 nov. 2020, n° 18/00728.

(18) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 déc. 2017, n° 16-24817 : Loyers et copr. 2018, comm. 66, note P.-H. Brault – CA Aix-en-Provence, 13 déc. 2016, n° 15/16267 : Gaz. Pal. 14 mars 2017, n° 290g9, p. 66, note C.-E. Brault.

## V. « INTÉRÊT » POUR LE COMMERCE EXPLOITÉ

La modification matérielle des facteurs locaux doit avoir présenté un intérêt pour le commerce considéré <sup>(19)</sup>, et lorsqu'il s'agit d'une détérioration de la commercialité, il faut plutôt s'attacher à la notion d'impact sur le commerce du locataire.

Il faudra alors se référer à l'évolution du chiffre d'affaires <sup>(20)</sup>, de même qu'à celle du nombre de chalands dans le secteur (à partir notamment des nouvelles méthodes mises en place par certaines applications de téléphones mobiles), mais surtout à l'évolution du nombre de visiteurs du commerce considéré compte tenu des systèmes de comptage dont sont le plus souvent équipées les boutiques.

---

(19) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 avr. 2004, n° 02-17946 : Gaz. Pal. 30 sept. 2004, n° F4466, p. 33, note C.-E. Brault ; Gaz. Pal. 30 sept. 2004, n° F4400, p. 38, note J.-D. Barbier ; Loyers et copr. 2004, comm. 130, note P.-H. Brault – CA Douai, 6 juill. 2017, n° 16/03433.

(20) CA Riom, 27 janv. 2021, n° 18/01729.

**Pour conclure.** Les conditions requises pour la mise en œuvre de la révision légale du loyer ne sont donc pas aisées à réunir, mais les effets prolongés de la crise sanitaire, qui sont venus s'ajouter aux impacts de la crise des « Gilets jaunes » et des mouvements sociaux de la fin de l'année 2019, incitent dorénavant de nombreux locataires à mettre en œuvre cette révision qui connaît, dès lors, un certain regain.

Si aucun accord amiable ne peut intervenir, le rôle de l'expert sera alors déterminant, notamment lorsqu'il s'agira d'apprécier la variation de la valeur locative à la date de la révision.

Enfin, le mécanisme de la révision légale concerne tous les baux soumis au statut des baux commerciaux, mais un grand nombre de locataires en seront privés, notamment dans les centres commerciaux, puisque les baux contenant des clauses de loyer variable échappent aux dispositions du statut, de telle sorte que l'évolution du loyer ne sera régie que par la convention des parties <sup>(21)</sup>.

---

(21) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 avr. 1989, n° 88-10226 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 mars 2013, n° 11-28461 : Gaz. Pal. 20 avr. 2013, n° 128a9, p. 23, note J.-D. Barbier.