

24 Covid-19 et fixation judiciaire de la valeur locative des locaux commerciaux

Dans un contexte sanitaire et économique totalement inédit, la fixation du loyer de renouvellement ou de révision du bail commercial est délicate. Françoise Maigné-Gaborit dresse un état des lieux des difficultés auxquelles l'expert est confronté et des pistes permettant néanmoins de déterminer la valeur locative.

1 On a vu depuis le début de la crise sanitaire fleurir la créativité de ceux qui ont cherché des leviers juridiques pour alléger **les coûts locatifs** des locataires, malmenés par ses effets.

2 La jurisprudence a désavoué plusieurs de ces initiatives et le débat s'est déplacé vers une **appréciation** négative des **valeurs locatives commerciales** actuelles, plus ou moins nuancée, plus ou moins motivée : on solde ces valeurs selon des proportions et des modalités qui ne seront pas nécessairement admises par le juge.

I. Les principes de fixation du loyer par le juge

3 Le loyer du bail commercial est librement négocié **lors de sa mise en place** dans les limites fixées par la loi du 18 juin 2014, dite « loi Pinel », et son décret d'application du 3 novembre 2014. Les choses sont différentes à l'échéance du renouvellement du bail.

4 La **valeur locative** statutaire est une construction essentiellement prétorienne. Il n'en existe pas de définition légale dans le Code de commerce mais plutôt des **principes d'appréciation**. Le Code de commerce énonce un certain nombre de critères d'estimation de la valeur locative en renouvellement de bail.

5 Ainsi, l'article L 145-33 prévoit que, à défaut d'accord des parties, cette valeur est **déterminée** d'après :

1. Les caractéristiques du local considéré ;
2. La destination des lieux ;
3. Les obligations respectives des parties ;
4. Les facteurs locaux de commercialité ;
5. Les prix couramment pratiqués dans le voisinage.

6 Aux termes de l'article R 145-7 du Code de commerce :

« Les prix couramment pratiqués dans le voisinage, par unité de surfaces,

concernent des locaux équivalents eu égard à l'ensemble des éléments mentionnés aux articles R 145-3 à R 145-6.

A défaut d'équivalence, ils peuvent, à titre indicatif, être utilisés pour la détermination des prix de base, sauf à être corrigés en considération des différences constatées entre le local loué et les locaux de référence.

Les références proposées de part et d'autre portent sur plusieurs locaux et comportent, pour chaque local, son adresse et sa description succincte. Elles sont corrigées à raison des différences qui peuvent exister entre les dates de fixation des prix et les modalités de cette fixation ».

7 Si le **juge** est souverain dans son appréciation de la valeur locative, il est toutefois tenu par cet encadrement légal.

II. L'état du marché

8 L'impact de la crise sanitaire est très **contrasté selon** les sites, les branches d'activité et la nature des actifs.

Les commerces

9 L'effet de la crise est inversement proportionnel au **niveau de la commercialité** : les enseignes des artères parisiennes du luxe qui ont vu disparaître leur clientèle de touristes étrangers favorisés sont plus lourdement affectées que les commerces de quartier achalandés par la population résidentielle.

Les commerces des quartiers d'affaires sont privés par le télétravail de leur achalandage tertiaire.

10 Si la situation est extrêmement complexe pour l'essentiel des commerces et notamment la restauration, certains **secteurs d'activité** ont été moins marqués par les mesures de confinement, tels le bricolage, l'équipement de la maison, la grande distribution, le sport à domicile, les produits numériques...

11 Même à l'échelle d'un site donné, les rares transactions ne restituent pas tou-

Françoise Maigné-Gaborit est expert immobilier près la cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation et ancien Président de la Compagnie nationale des experts judiciaires immobiliers. Elle est coauteur du *Mémento Baux commerciaux*.



FRANÇOISE MAIGNÉ-GABORIT
Expert immobilier
Cabinet Maigné-Gaborit & Garraud

jours une **tendance** nette. La pression de la vacance contraint certains bailleurs à des sacrifices. A l'inverse, certaines enseignes jouent l'effet d'aubaine pour conquérir des emplacements recherchés en y mettant le prix dans une logique d'anticipation.

12 La **mesure de l'achalandage** est enfin à reconsidérer : le taux de transformation s'est accru dans la mesure où la clientèle ne se déplace le plus souvent qu'avec un projet d'achat.

Les bureaux

13 Le confinement et le développement du télétravail qui s'en est suivi ont bouleversé le marché tertiaire.

14 L'impact de la crise sanitaire a conduit les entreprises à rechercher une **optimisation des coûts immobiliers** :

- demandes de réduction de loyers/de surfaces ;
- demandes de franchises ;
- incidents de paiement ;
- recherche de sous-locataire ou successeur (naissance d'une « offre grise ») ;
- congés à l'échéance triennale ;
- succès du « coworking »/« corpoworking » lié à la flexibilité qu'il offre ;
- maintien d'un marché locatif différent : peu d'entreprises envisagent le télétravail total mais privilégient les formats/sur-

faces/concepts adaptés qui préservent les exigences du management, de la convivialité, de l'identité... Le coronavirus a contribué à accélérer une tendance forte.

Les surfaces logistiques

15 Ces actifs qui connaissent déjà un succès grandissant, tant sur le marché locatif que sur celui de l'investissement, ont connu un développement spectaculaire corrélé à l'accélération du **commerce en ligne** et à une demande de **délais de livraison** toujours plus courts, avec une prime à la proximité, notamment celle des centres urbains.

L'hôtellerie

16 Les hôtels sont parmi les activités qui souffrent le plus de la fermeture des frontières, du confinement, du couvre-feu, du télétravail et, plus généralement, d'une mise en sommeil de l'activité touristique et de la vie des affaires.

Les **réponses des exploitants** ont été diverses : fermeture faute de pouvoir couvrir les coûts fixes d'exploitation, augmentation des prix de nuitées pour compenser des taux d'occupation dérisoires ou, à l'inverse, politique de remplissage à bas prix.

17 Là encore, le **marché** est très **segmenté** selon la situation géographique et la typologie des établissements, avec une capacité de résilience plus forte de l'hôtellerie économique.

Les grandes métropoles ont le plus souffert. À l'inverse, les sites secondaires, moins assujettis à la clientèle internationale et au marché du luxe, ont mieux résisté.

III. Les réponses possibles des parties au bail

Les réponses conventionnelles

18 La tension suscitée par la pandémie ne s'est traduite dans un premier temps sur un plan judiciaire que par des procédures liées à la question du **paiement des loyers**. Près d'une année s'est passée avant que ne soit soulevée devant le juge la **question de la fixation du loyer**, la recherche de transactions dans l'urgence ayant été largement privilégiée par les partenaires de la relation locative (franchises, paliers de loyers, renégociations à la baisse, réduction de surfaces...).

Les mutations qui pourraient devenir pérennes

19 Elles sont diverses selon les classes d'actifs.

D'une part, l'**offre tertiaire** a vocation à s'adapter aux nouveaux modes de collaboration.

D'autre part, le développement du télétravail favorise l'offre commerciale en périphérie urbaine.

20 Les craintes sanitaires bénéficient aux « retail parks » ou malls commerciaux récents à ciel ouvert au détriment des unités fermées.

La **demande de surfaces commerciales** est révisée à la baisse en termes de format.

21 Cette frilosité des utilisateurs a également pour conséquence le développement de conventions locatives pour des commerces en pied d'immeuble à loyers variables, dits « **clauses recettes** », habituellement observées en centres commerciaux : on voit même émerger des baux à loyers intégralement assis sur les recettes effectives du locataire (« full variable »).

22 Ces mutations conduisent l'expert et le juge à adapter la fixation du loyer à la valeur locative.

Fixation du loyer en cas de renouvellement ou de révision : quels loyers de référence dans le contexte inédit de la crise sanitaire ?

23 L'échantillon des **repères de marché** s'est appauvri : faute de référentiel prétorien dans un **contexte** sanitaire et économique totalement **inédit**, la question de la fixation du loyer en renouvellement de bail ou en révision est délicate.

Il incombe à l'expert puis au juge de se déterminer alors que le marché locatif s'est sévèrement contracté et qu'ils demeurent tenus :

- de faire référence aux « loyers couramment pratiqués dans le voisinage » au sens de l'article L 145-33 du Code de commerce ;
- de retenir des valeurs contemporaines de l'échéance contractuelle.

24 Pour comprendre la **difficulté de la tâche** qui pèse sur l'expert et le juge, plusieurs éléments peuvent être pris en considération :

- les loyers dont la prise d'effet est antérieure à la pandémie ne peuvent suffire seuls à asseoir une valeur locative actuelle même si le marché locatif de divers actifs marquait déjà un déclin conjoncturel avant qu'elle ne survienne ;
- le marché « Covid » n'offre que peu de transactions significatives : elles sont souvent l'aboutissement de négociations antérieures à la crise sanitaire ou le ré-

sultat de stratégies qui peuvent dévoyer l'approche de la valeur locative ;

- si des accords de renégociation ou de renouvellement sont trouvés, ils peuvent être protégés par la confidentialité ou d'interprétation difficile (engagements de durée ferme, prise en charge de travaux par le bailleur, arbitrage global sur plusieurs sites, etc.) ;

- prendre en compte les offres est encore étranger à la pratique judiciaire, mais elles pourraient à l'avenir offrir des repères utiles ;

- pour ce qui est enfin des indispensables fixations de loyers qui entrent dans la mixité des références requises par la pratique judiciaire, les délais de procédure peuvent avoir pour conséquences qu'elles soient déconnectées du contexte actuel.

Application de la méthode de la « valeur locative lissée »

25 Plusieurs approches peuvent être envisagées :

- un **abattement forfaitaire et général** sur les valeurs ante-Covid-19, ce qui n'est pas vraiment praticable, car, appliqué à la durée d'un bail, il peut être arbitrairement destructeur de valeurs ;

- le **prix unitaire dégradé** d'un emplacement particulier : cette solution, qui consiste à retenir simplement une valeur en retrait plus ou moins important de l'échantillon local ante-Covid-19 sans donner la mesure de la correction, est la plus dangereuse car elle est opaque et trahit le principe du contradictoire ;

- un **loyer à paliers** n'est pas praticable par le juge ;

- le **taux d'effort** non plus car, si l'on peut adapter certains principes prétoriens, on ne peut réécrire les textes ;

- la **valeur locative « lissée »** apparaît être la seule solution, même si elle est vulnérable à certains égards.

“ Appliquer une valeur locative lissée semble la seule solution ”

26 La valeur locative « lissée » **consiste** à appliquer aux premières années du bail un prix décoté pour revenir ensuite à une valeur telle qu'observée avant les débuts de la pandémie.

La **durée d'application des paliers bas** est **déterminée** de manière inévitablement prospective, mais motivée par des

études cohérentes sur le délai de retour à une activité normale (commerce en zones de transit, études Iata, celles des grands réseaux de distribution...). Aujourd'hui ce délai est apprécié le plus souvent à l'horizon 2024, mais la vaccination pourrait changer cette échéance, même s'il faudra un temps certain pour reconstituer l'achalandage, notamment touristique.

27 L'intérêt de la méthode est qu'elle est flexible et que l'on pourra ajuster la durée des paliers bas. La décote peut être appréciée par référence aux allègements temporaires effectivement consentis par les bailleurs. Les paliers sont définis par référence à un point bas pour rattraper de manière linéaire la valeur locative avant Covid-19, par exemple en 2024.

28 Le lissage de ces paliers sur la durée du bail renouvelé permet d'obtenir une valeur économiquement pertinente. Elle revient – en dépit du lissage – à soutenir l'exploitation du locataire pendant la période initiale la plus difficile et elle permet au bailleur, ce cap étant passé, de retrouver un loyer facial déprécié mais dans des proportions acceptables.

29 Le rapprochement de la valeur locative lissée avec les prix de marché

antérieurs à la crise sanitaire dégage une correction en pourcentage que l'on peut comparer pour contrôle avec les décotes observées sur les rares transactions disponibles et les offres du site considéré. Si le juge ne peut entériner des paliers, ils ne sont que des éléments de calcul destinés à motiver l'appréciation de la valeur locative lissée.

30 On objectera que l'arbitraire que l'on peut reprocher à la pratique d'une décote forfaitaire se retrouve ici dans l'appréciation des paliers : cet arbitraire ne vise que les premières années, ce qui est un moindre mal, et les corrections sur cette courte période s'appuient sur les allègements qu'on peut analyser également sur des durées limitées.

Cette méthode pourrait donner lieu à controverse mais les principes prétoriens ne peuvent répondre sans adaptation à une situation inédite.

Le cas particulier de la méthode hôtelière

31 La méthode hôtelière d'estimation du loyer en renouvellement de bail a été actualisée pour approcher au plus près les usages de la profession : référence aux loyers praticables de sources statistiques, prise en compte des coûts de commis-

sionnement comme des recettes accessoires et révision des taux sur recettes.

32 La référence aux pratiques récentes de l'industrie hôtelière, conformément aux dispositions de l'article R 145-10 du Code de commerce, permet d'offrir une réponse adaptée et légitime en droit à une situation conjoncturelle inédite.

La valeur locative des immeubles affectés à une exploitation hôtelière est déterminée par référence à une recette globale praticable hors taxes à laquelle est appliqué un taux déterminé selon la catégorie de l'hôtel, les normes habituellement admises pour des établissements comparables, les caractéristiques physiques de l'immeuble.

33 Il est très difficile d'anticiper les perspectives de retour de l'activité hôtelière à un niveau antérieur à la pandémie.

Sous réserve des réponses qui seront données par la jurisprudence à cette situation inédite, on peut procéder en recherchant :

- la valeur locative au premier trimestre 2020 avant crise sanitaire ;
- une valorisation adaptée à la période perturbée par cette crise mais qui ne pourrait être appliquée de manière pérenne à la durée d'un bail à renouveler ;
- une valeur locative estimée pour lisser ces deux approches sur la durée du bail.