

## Le nouvel indice des loyers des activités tertiaires (ILAT)

### Opportunités et difficultés relatives à la mise en place de ce futur indice

Christian Roussel  
Membre de l'IFEI



Afin d'éviter l'existence d'écart trop importants entre le loyer fixé initialement à l'origine du bail et l'évolution de la valeur locative réelle en cours de bail, le législateur a prévu la possibilité d'indexer les loyers tant en matière d'immobilier d'habitation qu'en matière d'immobilier commercial et professionnel.

En matière de baux d'habitation la loi du 6 juillet 1989, qui prévoit la possibilité d'une révision annuelle des loyers, a été modifiée par la loi du 8 février 2008, en remplaçant l'indice de référence ICC par un indice de révision des loyers (IRL), applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006.

En ce qui concerne le bail commercial le mécanisme de l'indexation encadré par le code de Commerce a été complété par la création d'un indice des loyers commerciaux (ILC) par la loi de Modernisation de l'économie du 4 août 2008. Aussi, l'article L145-38, qui fixe les modalités de la révision triennale prévoit désormais que la majoration ou la diminution de loyer ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel du coût de la construction (ICC) ou, s'il est applicable, de l'ILC. Par dérogation, l'article L145-39 faisant référence au bail assorti d'une clause d'échelle mobile, permet la révision annuelle automatique du loyer selon des modalités fixés contractuellement (périodicité, indice).

Qualifiés d'indices "*d'ambiance*" par la doctrine, ces nouveaux indices de référence - IRL et ILC - visent, de par leur composition, à faire corrélérer l'évolution des loyers avec les réalités économiques des ménages et les besoins des entreprises utilisateurs et de leur bailleur. Ils jouent ainsi un rôle d'amortisseur que ce soit en période de crise ou de croissance.

C'est dans cette optique que le

projet de loi du 27 janvier 2010 relative à l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (EIRL) prévoit en son article 12 la création d'un nouvel indice des loyers des activités tertiaires (ILAT), pour couvrir des activités non prises en compte dans le champ d'application des précédents indices.

L'ILAT a été initié, lors du MIPIM à Cannes par la signature d'un protocole d'accord signé le 11 mars 2009, entre locataires utilisateurs et propriétaires-bailleurs.

Pour la création d'un tel indice une réforme législative s'imposait :

- au niveau du code monétaire et financier qui interdit toutes clauses d'indexation fondées sur le niveau général des prix n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties,
- et au niveau du code de commerce qui adoubaient l'ICC comme indice de référence en matière de révision et d'indexation des loyers.

Ainsi quatre articles sont modifiés en ce sens dans le projet de loi du 27 janvier 2010 : les articles L112-2 et L112-3 du code monétaire et financier et les articles L145-34 et L145-38 du code de commerce.

C'est dans un environnement favorable à la mise en place de l'ILAT, que ce nouvel indice "*d'ambiance*" stable et performant permettrait sûrement de sécuriser les relations contractuelles entre bailleurs et locataires (Chapitre I). Cependant sa mise en œuvre pourrait soulever des difficultés tant au niveau de son champ d'application matériel que de son champ d'application dans le temps (chapitre II).

### Chapitre I - Un environnement favorable à la mise en place de l'ILAT, un nouvel indice "*d'ambiance*" stable et performant :

#### A) Un environnement favorable à la mise en place de l'ILAT

L'indexation permet d'assurer l'attractivité de l'immobilier face aux autres classes d'actifs. En assurant une progression des loyers, l'indexation est très protectrice des retournements de cycle et de la baisse des valeurs locatives.

Depuis plusieurs années les bailleurs investisseurs, dans un contexte boursier très instable, se sont reportés massivement, dans leurs stratégies d'allocation d'actifs, sur l'immobilier et notamment l'immobilier commercial et professionnel. Celui-ci présentant plusieurs atouts :

- la récurrence de revenus perçus souvent nets de charges où seul, éventuellement le coût des grosses réparations visées à l'article 606 du code Civil reste au bailleur (baux de type "investisseur"),
- des modalités d'indexation avantageuses tout particulièrement en France où les loyers peuvent être révisés tout les trois ans ou tous les ans au rythme de l'évolution de l'ICC (chez les pays voisins de l'union européenne la révision des loyers se faisant au rythme de l'inflation),
- et la croissance des cash flow immobiliers assurée par l'indice ICC qui n'a cessé de progresser en continu entre 1999 et le troisième trimestre 2008.

Depuis la fin de l'année 2008, la crise financière internationale a fortement impacté l'activité des entreprises, réduisant ainsi leurs chiffres d'affaires et leurs marges. Aussi dans un contexte de flambée de l'indice ICC, les entreprises ont décidé de réduire leurs coûts en essayant notamment de contenir le poste de charge affecté à l'immobilier (deuxième poste après les charges sociales dans le bilan des entreprises).

On a ainsi observé sur ces deux dernières années :

- une accélération des renégociations de loyers à la baisse, notamment sur le fondement de l'article L 145-39 du code de Commerce : cet article permet la révision du loyer dans le cadre d'un bail assorti d'une clause d'échelle mobile (clause d'indexation annuelle) lorsque, par le jeu de cette clause, le loyer a progressé ou diminué de plus de 25 % par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou judiciairement,
- une accélération des libérations de surfaces dans le contexte d'un marché locatif suroffreux : en vertu de l'article L 145-4 alinéa 2 du code de Commerce, le preneur a la faculté de donner congé au bailleur à l'expiration de chaque

période triennale. Ce qui lui permet de se redéployer vers de nouvelles surfaces moins couteuses en terme de charges locatives,

- la mise en place par les bailleurs, dans les baux où sont exercées des activités tertiaires, de mécanismes contractuels de “capage” de l’indexation visant à limiter l’évolution du loyer en prévoyant par exemple une variation annuelle ne pouvant dépasser 3 %. Certaines de ces clauses qui jouent exclusivement à la hausse faussent alors la progression de l’indice.

Dans un environnement de sortie de crise financière qui se fait attendre (notamment pour les pays européens) et d’un retour de la spéculation sur les marchés monétaires et des matières premières, la mise en place de l’ILAT présente tout son intérêt tant pour les bailleurs investisseurs que pour les entreprises utilisatrices en assurant une progression maîtrisée des loyers.

### **B) L’ILAT, un futur indice “d’ambiance” stable et performant**

La crise financière internationale qui s’est amplifiée en septembre 2008 a été un accélérateur pour qu’un consensus se dégage autour de la mise en place d’un nouvel indice qui colle aux activités tertiaires.

Tout comme pour la création de l’ILC, la volonté initiée par les signataires était donc de proposer un indice applicable aux activités tertiaires qui présente trois qualités : une stabilité, une visibilité et une pérennité.

La stabilité : contrairement à l’indice ICC, son évolution doit être maîtrisée dans le temps afin de garantir aux utilisateurs un contrôle de la progression des loyers. Pour cela on a créé un indice qui ne devrait pas progresser de plus de 3 % par an.

La visibilité : ce nouvel outil indiciaire doit pouvoir raconter une histoire fiable aux différents interlocuteurs.

La pérennité, enfin : sur la durée du bail on doit s’assurer de la stabilité et de la visibilité de cet indice.

À l’inverse de l’ICC, le futur indice ILAT est un indice “d’ambiance” qui permet, par sa nature composite, de le rendre moins volatile et donc moins sensible aux évolutions du marché des matières premières.

Alors que l’indice du coût de la construction était fondé sur l’observation des marchés de construction

conclus entre maîtres d’ouvrage et entrepreneurs du bâtiment, l’ILAT se structurerait, selon le protocole d’accord, autour de trois indices :

- indice des prix à la consommation (hors tabac et hors loyers) pour 50 %,
- indice du produit intérieur brut (PIB) pour 25 %,
- indice du coût de la construction pour 25 %.

La prise en compte des prix à la consommation à hauteur de 50 % (donc de l’évolution des chiffres d’affaires des entreprises) et du PIB pour 25 % (indicateur reconnu de mesure de la croissance économique) permet au futur indice de coller à la réalité de la vie économique.

Aussi à l’instar de l’ILC, ce nouvel indice n’est plus dépendant de la seule demande en matière première générée par les pays émergents : Brésil, Russie, Inde et surtout Chine qui devrait connaître une croissance de plus de 10 % en 2010 (source : FMI – Rapport sur la stabilité financière dans le monde d’avril 2010).

L’ILAT devrait permettre une meilleure adéquation entre la hausse des loyers et le niveau d’activité des utilisateurs, comme l’indice composite ILC. On rappellera que ce dernier est composé à 50 % par l’indice général des prix à la consommation, à 25 % pour l’ICC et à 25 % par l’indice du chiffre d’affaires du commerce de détail.

Si l’on compare sur deux ans l’évolution de l’ILC et celle de l’ICC, on observe les écarts suivants :

Variation entre	2è trim. 2007 et 2è trim. 2008	2è trim. 2008 et 2è trim. 2009
Indice ILC	+ 3,84 %	+ 0,84 %
Indice ICC	+ 8,85 %	- 4,09 %

Ces chiffres confirment donc bien la qualité et la stabilité des indices “d’ambiance”. Tout en assurant une progression minimum mais satisfaisante aux bailleurs (de l’ordre de + 2,0 à 2,40 % par an selon les simulations) et une évolution raisonnable du loyer qui colle à l’activité commerciale des entreprises utilisateurs, on voit à travers l’ILC, que la création de l’ILAT serait une œuvre utile aux différents acteurs de l’immobilier.

Les bailleurs institutionnels et foncières l’ont bien compris : 12 mois après le vote de la loi LME, 80 %

environ de leurs baux comportaient une clause d’indexation prenant comme indice de référence l’ILC. En revanche les bailleurs particuliers et organismes collecteurs de l’épargne des particuliers sont plus réticents, seulement 20 % de leurs baux font référence à ce nouvel indice. Cette réticence s’explique par la nécessité de maintenir un niveau de revenu complémentaire issu de l’actif immobilier. Ces revenus ayant fortement progressé au bénéfice notamment de la flambée de l’indice ICC.

Rappelons que le libre choix des indices ne devrait pas être remis en cause. Il n’est pas dans l’esprit du projet de loi de forcer les parties.

En optant pour l’ILAT, les parties devraient satisfaire à ce double objectif :

- la fidélisation des locataires (environnement contractuel plus stable indispensable à la poursuite de leur activité),
- et la pérennité d’un revenu raisonnable pour les bailleurs et investisseurs, tout en évitant des surcoûts de charges (prenant en compte la vacance et la baisse des revenus locatifs). À noter que si la progression de ce nouvel indice se limite à 3 % par an, une demande de déplafonnement du loyer à la baisse sur le fondement de l’article L 145-39 du code de Commerce ne serait donc envisageable qu’au bout de huit ans et demi.

## **Chapitre II - Difficultés de mise en œuvre de l’ILAT tant au niveau de son champ d’application matériel que de son champ d’application dans le temps**

### **A) Champ d’application matériel de l’ILAT**

L’article L 112-2 du code monétaire et financier, modifié dans le projet de loi EIRL, définit le champ d’application matériel du futur indice ILAT.

Il prévoit dans son alinéa 2 que ce nouvel indice est applicable aux activités ne rentrant pas dans le champ d’application de l’ILC ainsi qu’à celles exercées par les professions libérales.

Le décret n° 2008-1139 du 4 novembre 2008 a défini la liste des activités pouvant bénéficier de l’indice national trimestriel des loyers commerciaux.

L’article D 112-2 du code monétaire et financier créé par ce décret pré-

voit que l'indice ILC s'applique aux activités commerciales y compris celles exercées par les artisans. En revanche sont exclues de son champ d'application les activités commerciales exercées dans les 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.

Le champ d'application du futur indice ILAT est donc très large. Il devrait bénéficier :

- aux activités des professions libérales,
- aux locaux à usage exclusif de bureaux,
- aux plates-formes logistiques,
- aux terrains,
- aux locaux d'activités,
- aux entreprises de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau...

L'extension du champ d'application de l'ILAT aux locaux des professions libérales est cohérente dans la mesure où les baux sont le plus souvent à usage de bureaux. On rappellera que les professions libérales peuvent conventionnellement choisir entre deux statuts : celui du bail professionnel régi par l'article 57A de la loi du 23 décembre 1986 et celui du bail commercial de l'article L 145-2 I 7° du code de commerce modifié par la loi du 4 août 2008. Cet indice pourrait sembler t-il s'appliquer quelque soit le régime retenu s'il est conventionnellement adopté par les parties.

L'application de l'ILAT pour les activités de plates-formes logistiques, de locaux d'activités, de terrain et d'entreprises de manufacture semble utile. Celles-ci ayant été précédemment soit exclues du champ d'application de l'ILC soit simplement oubliées.

En ce qui concerne les locaux à usage exclusif de bureaux les contours de cette notion n'ont pas été définis par le décret d'application de l'ILC ce qui va poser des difficultés d'interprétation.

Cette notion renvoie aux dispositions de l'article R145-11 du code de commerce mais celui-ci ne donne aucune définition précise de ce qu'est un "bureau". C'est la jurisprudence qui en a donné une définition : il s'agit du local dans lequel « aucune mar-

chandise n'est livrée et où est effectué un travail intellectuel qui n'est pas nécessairement lié à la présence dans les lieux de la clientèle » (CA Paris – 20 avril 1974).

Certaines activités, bien que souvent exercées en boutique, sont assimilées par la jurisprudence à l'usage exclusif de bureaux. C'est notamment le cas des agences de voyages, banques, assurances, administrations de biens, agences immobilières, sociétés d'intérim. Par leur nature ces activités sont donc exclues de l'ILC. Pourtant à la suite d'une cession, ces mêmes locaux peuvent changer de type d'activité et rentrerai-ent à nouveau dans le champ de l'ILC...

Selon la nouvelle rédaction de l'article L 112-2 du code monétaire et financier ces locations bénéficieraient du futur indice ILAT.

On doit par ailleurs rappeler que la qualification de locaux à usage exclusif de bureaux est une qualification de fait. On ne peut donc que conseiller les parties à être vigilant et précis dans la rédaction de leur clause de destination.

Des difficultés rédactionnelles et d'interprétation sont donc à prévoir s'il n'est pas apporté des définitions plus précises par le décret d'application du nouvel indice ILAT.

### **B) Champ d'application dans le temps de l'ILAT**

La mise en pratique d'un nouvel indice dans des baux en cours d'exécution soulève des difficultés que le législateur devrait en principe anticiper, par des dispositions transitoires insérées dans la loi.

Faute de dispositions particulières, l'application de la nouvelle loi aux contrats en cours se fait conformément au principe de la non rétroactivité.

Aucune difficulté particulière ne se pose si la mise en place ou la substitution d'un nouvel indice s'opère lors de la signature d'un nouveau bail ou d'un renouvellement de bail. L'indexation du loyer en cours de bail et le calcul du loyer plafonné à la date d'effet du bail à renouveler se fait alors sur la base de cet indice déterminé conventionnellement.

En revanche il en va tout autrement, lorsque en cours de bail, les parties décident la mise en pratique immédiate du nouvel indice, très souvent par avenant, et substituent l'indice

de référence choisi contractuellement en début de bail (très souvent l'indice ICC).

La loi n'étant pas rétroactive, il se pose la question de l'indice à appliquer dans le cadre de la révision légale de l'article L 145-38 du code de commerce et dans le cadre du calcul du loyer plafonné conformément aux dispositions de L 145-34 du code de commerce.

Selon la doctrine on peut envisager différentes options telles que :

- la règle du prorata-temporis : on indexe le loyer avec l'indice déterminé par les parties lors de la signature du bail jusqu'à la date de substitution du nouvel indice, puis on applique ce dernier pour indexer le loyer jusqu'à l'échéance de la révision / du terme du bail ;
- l'arrêt du loyer en cours et la mise en place d'un nouveau loyer concomitant à l'adoption du nouvel indice par les parties.

Ces différentes options ne règlent ni le problème de l'absence de rétroactivité ni celui du calcul du plafonnement. De plus, en pratique le nouvel indice n'étant pas publié sur les années antérieures, le taux de variation sur trois ans ou neuf ans ne peut être calculé.

### **Synthèse**

Dans l'intérêt commun des locataires et propriétaires le futur indice ILAT, de par sa composition, permettrait à la fois de limiter le risque de vacance locative et la hausse des loyers. En effet l'immobilier doit pouvoir s'adapter à la stratégie de l'entreprise utilisatrice dont les charges ne cessent de progresser. Pour que cet indice soit applicable il faudra toutefois bien délimiter son champ d'application tant matériel que dans le temps. Le décret d'application devra donc être très précis.

À ce jour dans sa décision en date du 10 juin 2010, le Conseil constitutionnel a une nouvelle fois censuré l'article 12 relatif à l'ILAT en considérant que cet article ne présentait aucun lien direct ou indirect avec les dispositions du projet de loi EIRL.

Cette décision oblige une nouvelle fois les organisations professionnelles porteuses du projet de création de l'ILAT à trouver un nouveau véhicule législatif plus en adéquation avec ce futur indice.