



CHRONIQUE DE DROIT CIVIL DES ENTREPRISES (3^e partie) (*)

Par le Centre de droit civil des affaires et du contentieux
économique (EA3457), université Paris Ouest-Nanterre La Défense
Sous la direction de Manuella Bourassin et Béatrice Thullier

PLAN :

Dans ce numéro :

III. Droit civil et activité des entreprises

A. Contrats d'affaires

L'adaptation juridique du prix du contrat au prix de marché, par Laurent Ruet

B. Crédit et garanties

Les imperfections de la protection du dirigeant caution, par Manuella Bourassin

Dans un prochain numéro :

C. Responsabilités et sanctions

La rupture de relations commerciales établies et les sources de la responsabilité civile, par Aurélie Ballot-Léna

D. Insolvabilité

Procédure de surendettement et dette de responsabilité pour insuffisance d'actif, par Dominique Demeyere

III. DROIT CIVIL ET ACTIVITÉ DES ENTREPRISES A. CONTRATS D'AFFAIRES

L'adaptation juridique du prix du contrat au prix de marché, par Laurent Ruet, agrégé des facultés de droit, directeur du Master 2 professionnel Contentieux des affaires

Les deux décisions sous commentaire montrent que l'exigence d'adaptation du prix du contrat, voulu par les parties, au prix de marché, extérieur à leur volonté, s'impose sous certaines conditions dans le droit des baux, contrats de longue durée, avec des différences de résultat importantes selon le type de technique juridique retenu. C'est précisément la durée qui légitime la substitution progressive du prix de marché au prix voulu.

MOTS-CLÉS

Baux. Adaptation du loyer. Prix de marché. Justice contractuelle. Taxe. Impôt.

NOTE

1 Par où passe la justice du prix ? Quel référent pour la justice contractuelle ? Le prix voulu, comme équivalent voulu par les parties pour leurs prestations, ou le prix de marché, pourtant extérieur à leur volonté,

mais censé tirer sa justice et sa justesse du prix d'équilibre entre l'offre et la demande résultant de l'existence d'un marché ? Deux branches du droit se prêtent particulièrement à ce type de recherche, le droit des marchés financiers et le droit

(*) V. 1^{re} et 2^e parties parues in LPA 4 mars 2013, p. 5 et s. et LPA 5 mars 2013, p. 3 et s.

NOTE

des baux commerciaux, auxquels nous avons consacré de nombreux travaux (125), avec cette thématique commune. La confrontation de deux décisions récentes, l'une de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 3 mai 2012 (126), rendue en matière de baux commerciaux, l'autre de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) du 12 juin 2012 (127) rendue de manière générale pour le droit des baux, permet de montrer que l'exigence de prise en compte du prix de marché, à travers des mécanismes juridiques, s'impose sous certaines conditions à l'échelle européenne, et pas seulement pour le droit des baux commerciaux français. Notre cheminement ira du plus spécial au plus général, du droit des baux commerciaux au droit des baux dans la prise en compte du prix de marché.

2 Et tout d'abord, donc, l'apport de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 2012, rendu à propos du jeu de la clause d'échelle mobile. Le contrat de bail commercial durant en principe neuf ans, l'adaptation du prix du contrat initial, voulu par les parties, au prix de marché est une exigence cardinale, car, à l'évidence, de neuf années en neuf années, ne serait-ce qu'en raison de l'évolution de l'environnement économique, le prix du marché ne peut que s'éloigner du prix initialement voulu, alors qu'ils étaient proches, voire identiques, à la date de conclusion du contrat. La recherche du juste doit-elle passer par la substitution progressive du prix de marché au prix voulu, quitte à malmener l'autonomie contractuelle ? Face à cette difficulté importante, le droit français retient trois systèmes : la révision dite triennale des loyers ordinaires, la révision annuelle du loyer grâce à une clause d'indexation du prix, ou, enfin, l'adaptation du prix par la seule volonté des parties, à travers la clause dite clause recette ou encore, clause de loyer binaire. Seul le jeu de la clause d'indexation — dite encore clause d'échelle mobile — retiendra notre attention ici. Se-

lon l'article L. 145-39 du Code de commerce, le loyer sera modifié chaque année par application de l'indice retenu par les parties, sauf si la variation constatée du fait de l'indice est de plus de 25 %, auquel cas il devra être fait application purement et simplement de la valeur locative, c'est-à-dire du prix de marché, à la place du prix voulu par les parties, corrigé du jeu de l'indexation, elle-même voulue par les parties. L'avantage de la clause est manifeste, qui est de permettre une modification annuelle, la plupart du temps à la hausse du loyer, tout en réservant le retour au prix de marché, à la place du prix voulu, en cas de franchissement d'un seuil, ici fixé de manière élevée à 25 % du loyer précédent. La question cruciale est alors de déterminer comment doit être calculée la variation de 25 % du loyer, et quels sont les éléments qui doivent être intégrés dans ce calcul.

3 C'est ici qu'apparaît l'intérêt majeur de l'arrêt rapporté, qui est sans précédent. Le locataire était à l'origine de la demande de substitution du prix de marché au prix voulu, ce qui implique que le prix de marché était plus intéressant pour lui, donc plus bas, que le prix obtenu par application de l'indice. Encore fallait-il prouver que le seuil des 25 % avait été franchi en cours d'année, ce qui se produit en principe rarement, compte tenu de son caractère élevé. En effet, comment serait-il possible que le prix se mette à flamber en une seule année, alors qu'en principe, les évolutions en matière d'indexation sont modérées et lissées ? La donnée factuelle capitale entre alors en scène. Il existe en effet un facteur en France qui peut provoquer de telles hausses, compte tenu de l'état des finances publiques du pays (128) : ce sont les impôts locaux, spécialement les impôts fonciers, qui ont fortement augmenté depuis quelques années, et qui vont flamber dans les années qui viennent. On sait que la valeur cadastrale va être révisée, que des tests grandeur nature ont été menés en France, et que leurs résultats ont montré pour certaines villes, tel Paris, et pour cer-

[125] Spécialement : La vérité sur l'effondrement de la bourse, [Mare] et Martin, 2007, pour le droit des marchés financiers et une approche historique, et notre manuel Baux commerciaux, Defrénois, 2006, 2^e éd.

[126] Cass. 3^e civ., 3 mai 2012, n° 11-13448, à paraître au Bull.

[127] CEDH, 4^e sect., 12 juin 2012, n° 13221/08, Lindheim et a. c/ Norvège.

[128] Une dette de 1 800 milliards d'euros à fin mars 2012, soit 90 % du PIB, en hausse de 72 milliards en seulement trois mois ; la France est obligée d'emprunter, en 2012, 100 milliards d'euros uniquement pour pouvoir rembourser la dette passée qui arrive à échéance, sans tenir compte de l'autre centaine de milliards qu'il faudra emprunter pour couvrir le seul déficit annuel de 2012, étant souligné que les prévisions se révèlent complètement fausses année après année, la réalité étant pire que les chiffres d'abord annoncés ; nous avons qualifié cette évolution de loi d'entropie dans notre livre consacré aux causes et aux conséquences de l'effondrement de la bourse pour le pays.

NOTE

tains secteurs économiques, telle l'hôtellerie, des hausses de (...) 300 % de la taxe foncière (129).

En l'espèce, précisément, l'activité exercée dans les locaux loués était de nature hôtelière. La question est alors double : doit-on prendre en compte la hausse des impôts fonciers et pour le calcul du seuil des 25 % et pour le calcul du nouveau loyer ?

4 Jusqu'à l'arrêt du 3 mai 2012, il était clairement acquis, et la solution ne change pas, que lors du renouvellement du bail, la hausse des impôts fonciers devait être prise en compte dans l'hypothèse des loyers ordinaires et de leur déplafonnement, le bailleur — la clause est de style — ayant le droit d'en transférer la charge sur le locataire, lequel ne se prive pas de répercuter la hausse des taxes sur les prix qu'il pratique lui-même. Il apparaît donc, ainsi que nous l'avons montré (130), que le consommateur supporte deux fois la hausse des impôts locaux, une première fois comme contribuable assujéti, une seconde fois en tant que consommateur. Mais rien n'était dit quant à l'éventuelle prise en compte de la hausse de la taxe foncière dans le calcul de la variation des 25 %. Et c'est à ce point précis qu'apparaît l'apport de l'arrêt sous commentaire : pour le jeu de la clause d'échelle mobile, et uniquement pour elle, la hausse de l'impôt foncier n'a pas à être prise en compte, par application d'une lecture littérale de l'article L. 145-39, peu importe qu'elle provoque une variation de plus de 25 % du loyer, de telle sorte que l'indexation doit jouer, à l'exclusion de la substitution de la valeur locative, pourtant réclamée par le locataire, au prix contractuellement fixé. C'est dire toute l'importance de l'arrêt présenté, qui est sans précédent. Sa portée est d'autant plus grande que la hausse des impôts fonciers est précisément prise en compte pour la révision et le renouvellement des loyers ordinaires, non indexés, au titre de la modification notable des obligations des parties (131).

5 En d'autres termes, et ce sera le premier enseignement tiré ici, la nouvelle solution ouvre aux parties un choix d'ingénierie patrimoniale devenu crucial à cause de l'état préoccupant des finances publiques (132), quant à la maîtrise et à la répercussion des impôts locaux sur le locataire et le loyer. Le loyer ordinaire permet le transfert de la taxe sur le locataire et le déplafonnement du loyer à l'issue des neuf ans, notamment à cause de l'évolution des impôts fonciers, afin de substituer le prix de marché au prix du contrat, le loyer indexé interdit de prendre en compte la flambée de la taxe dans le calcul des 25 % et limite ainsi les cas de substitution du prix de marché au prix du contrat. Le jeu entre prix voulu et prix de marché est en somme un jeu complexe et plein de (mauvaises) surprises ; et, en période de stagnation voire de baisse du marché immobilier, la clause d'échelle mobile est plus intéressante pour le bailleur qui ne fait pas obstacle au transfert des impôts fonciers sur la tête du locataire, tout en limitant la substitution du prix de marché au prix du contrat, de surcroît indexé.

6 Prix indexé, prix ordinaire mais révisé, prix corrélé ou non aux taxes, l'idée commune est bien celle de la transposition progressive, liée à l'écoulement du temps, du prix de marché à l'intérieur du contrat, par des mécanismes différents, qui ne peuvent donner le même résultat que lorsque la règle de droit décide l'éviction pure et simple du prix voulu au profit de la valeur locative, c'est-à-dire le prix de marché, à la date de substitution. Ces mécanismes sont-ils superflus, doivent-ils être symétriques ou peuvent-ils être asymétriques ? Le droit peut-il s'en passer, doit-il s'en passer ou, au contraire, est-il tenu de mettre en place des passerelles qui remplaceront progressivement le prix du contrat par le prix du marché ? Où situer la recherche du juste et aussi de l'efficacité économique ? Surtout, la substitution doit-elle être orientée, ne jouer que dans un sens, à savoir à la hausse

[129] V. encore, sur l'alourdissement de la fiscalité immobilière : LPA 2012, n° 137, p. 3.

[130] V. notre manuel préc.

[131] V. notre manuel préc., n° 366.

[132] Nous avons montré que la cause principale était l'effondrement de la bourse française, effondrement qui fait l'objet dans le pays d'une amnésie collective, en raison du millier de milliards d'euros de richesses détruits en 12 ans, et en raison de la perte de recettes fiscales corrélative, étant donné qu'on n'impose pas les pertes ; le taux d'imposition des gains en bourse est à présent proche des 40 % dès le premier euro, sans aucune progressivité [depuis la loi de finances pour 2013, la taxation peut même dépasser les 60 % dès le premier euro ; mais, même avec un taux de taxation de 75 %, on n'impose pas les pertes] ; encore faut-il qu'il y ait des plus-values, ce qui n'est plus le cas depuis 12 ans ; en septembre 2000, le Cac 40 était proche des 7 000 points, il gisait à 2 900 points 12 ans plus tard, début juin 2012, en dépit des 750 milliards d'euros de bénéfices nets après impôts réalisés sur la même période ; entre 2001 et 2012, le marché immobilier, très peu imposé, a progressé en moyenne de 120 % ; 7 000 points + 120 % = 15 400 points, au lieu des 2 900 points actuels.

NOTE

(parce que le législateur partirait de l'idée, totalement erronée, que le marché immobilier ne peut que monter) ou doit-elle être neutre et opérer, pour refléter fidèlement l'évolution du marché, aussi bien à la hausse qu'à la baisse ? C'est à ces différentes questions que l'arrêt rendu par la Cour EDH, le 12 juin 2012, apporte une contribution décisive, et nous terminerons nos brèves observations par sa présentation.

7 Le droit mis en cause était le droit norvégien qui permettait aux locataires titulaires d'un bail d'habitation (peu importe la finalité de la résidence, principale ou secondaire) venant d'expirer d'en obtenir la prolongation, sans limitation de durée et sans autre révision du loyer que l'application d'un indice lié à l'évolution des prix à la consommation. Un premier recours formé par des bailleurs mécontents ayant été rejeté par la cour constitutionnelle norvégienne, la Cour EDH fut saisie du point de savoir si une telle législation ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété des bailleurs, droit protégé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel. La Cour EDH retient alors l'atteinte au droit de propriété des bailleurs, l'exclusion de la valeur locative (c'est-à-dire du prix de marché) n'étant pas acceptable en présence d'un contrat qui n'a plus de limitation de durée, peu importe la présence d'une clause d'indexation. La Cour EDH reproche au droit norvégien de n'avoir pas ménagé « un juste équilibre entre les intérêts de la communauté et le droit des requérants au respect de leurs biens » (133). L'exclusion du prix de marché par le droit norvégien procédait plus précisément de l'interdiction pour le bailleur de fixer le niveau du loyer en fonction de l'évolution de la valeur du terrain. Au contraire, le locataire avait la maîtrise exclusive de la durée du contrat, soit en le résiliant, soit en achetant le bien immo-

bilier à des conditions préférentielles, soit en cédant le droit au bail, sans aucun contrôle du cessionnaire par le bailleur, de telle sorte que seul le locataire pouvait profiter de l'augmentation de la valeur du bien immobilier. Ce qui rendait ainsi illégal le droit norvégien procédait de la combinaison et du caractère perpétuel du contrat de bail et de l'absence de tout mécanisme de prise en compte du prix de marché au détriment du seul bailleur, puisque le locataire, et lui seul, pouvait profiter à son avantage de la hausse du marché immobilier. L'arrêt de la Cour EDH ne saurait ainsi être lu comme une condamnation des mécanismes d'encadrement des loyers, considération devenue très sensible en France, spécialement dans les baux d'habitation qui participent de la protection de la famille, d'autant que, par le passé, la Cour EDH a déjà jugé qu'une réglementation encadrant l'évolution des loyers était compatible avec les droits de l'Homme (134).

8 L'approche opérée par la Cour EDH, et c'est le second enseignement, conforte ainsi le modèle français mis en place pour les baux commerciaux, qui permet, de manière subtile, d'opérer une substitution progressive, liée au temps et encadrée, notamment, par le juge judiciaire, du prix de marché au prix du contrat, aussi bien à la hausse qu'à la baisse, afin d'éviter toute asymétrie (135). On rappellera, pour conclure, qu'en son temps, la justice avait également été saisie pour apprécier la violation par le droit français des baux commerciaux de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel, et que la réponse apportée avait été la légalité du modèle français. Il est même jugé que le droit au renouvellement du bail constitue pour le locataire une espérance légitime protégée par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la Cour EDH (136).

(133) Communiqué de presse, p. 3.

(134) V. CEDH, 19 déc. 1989, Mellacher, V. Berger, Jurisprudence de la CEDH, Sirey, 6^e éd., p. 622 ; v. aussi P. Berlioz, La Notion de bien, Thèse LGDJ, 2007.

(135) C'est notamment en raison de l'asymétrie consacrée en faveur du locataire que le droit norvégien a été condamné.

(136) Jugé expressément par la CEDH, 24 juin 2003, n° 44277/98, non publié, Stretch c/ Royaume-Uni ; v. aussi CEDH, 16 nov. 2004 ; JCP G 2005, comm. 115, obs. V. Lechevallier ; RDC 2005, p. 467, obs. A. Debet ; l'utilisation de la notion d'espérance légitime a été consacrée par l'arrêt Kopecky de la CEDH du 28 sept. 2004 ; D. 2005, p. 870 note C. Birsan et J.-F. Renucci.