L'Assemblée nationale et le Sénat ont voté, dans le cadre de la loi du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, un dispositif visant à plafonner à 3,5 % la hausse des loyers commerciaux résultant de leur indexation sur l'indice des loyers commerciaux.

Les auteurs de l'amendement à l'origine de cette mesure ont précisé qu'ils souhaitaient préserver le commerce indépendant de centre-ville de l'inflation croissante et donner une visibilité aux commerçants sur le niveau de hausse à venir.

L'application de ce bouclier peut générer des interrogations, tant du côté des preneurs que des bailleurs, auxquelles nous répondons ci-dessous.

Quel texte est applicable ?

Le texte applicable est l'article 14 de la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat (publiée au Journal officiel du 17 août 2022) :

« *La* ***variation annuelle*** *de* ***l'indice des loyers commerciaux****, publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques, prise en compte* ***pour la révision du loyer applicable aux petites et moyennes entreprises ne peut excéder 3,5 % pour les trimestres compris entre le deuxième trimestre 2022 et le premier trimestre 2023****. Le plafonnement de la variation annuelle est définitivement acquis et la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision postérieure ne peut prendre en compte la part de variation de l'indice des loyers commerciaux supérieure à 3,5 % sur cette même période.*

Les petites et moyennes entreprises mentionnées au premier alinéa du présent article répondent à la définition de l'annexe I au règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du

17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité. »

Quels sont les principes de ce dispositif ?

- Pour toutes les indexations réalisées sur la base des indices du 2ème trimestre 2022 au 1er trimestre 2023, la variation de loyer en résultant ne doit pas dépasser 3,5 %. L'emploi du terme variation et non augmentation laisse supposer que ce plafonnement pourrait s'appliquer en cas de baisse des indices, ce qui est peu probable dans le contexte actuel.
- Exclusion des indexations basées sur les autres indices (ICC et ILAT).

Quel est le public concerné ?

Ce dispositif s'applique uniquement aux petites et moyennes entreprises :

- employant moins de 250 salariés ;
- dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède 43 millions euros.

On peut imaginer que ces critères s'apprécieront au niveau du groupe, comme cela avait été le cas dans le cadre du fonds de solidarité.

Le plafonnement s'applique-t-il indifféremment à tout type de révision et indexation ?

Bien que le texte utilise le terme de « révision », la révision triennale légale semble exclue dès lors que l'article L145-38 du code de commerce, article d'ordre public n'est pas modifié.

En outre, l'article vise une périodicité d'un an, ce qui semble également exclure du mécanisme les indexations conventionnelles triennales.

Le texte ne fait également pas référence à l'article L.145-39 du Code de commerce qui prévoit la possibilité de demander une révision du loyer lorsque, par le jeu de la clause d'échelle mobile, le loyer s'est trouvé augmenté ou diminué de plus de 25%.

Enfin, les baux qui prévoiraient une actualisation du loyer, et non une indexation, ne sont pas concernés.

En définitive, on constate que seuls les baux comportant une clause d'échelle mobile avec indexation annuelle sur la base de l'ILC seraient concernés.

A noter

Une note ministérielle sous forme de FAQ éditée le 23 septembre 2022 indique que l'article s'appliquerait également aux révisions triennales et au calcul du « plafonnement de la révision du loyer à l'occasion du renouvellement de bail » pour les baux soumis à l'ILC (note ministérielle).

Néanmoins, cette note présente des inexactitudes et ne correspond pas à la lettre de l'article 14.

L'objectif des législateurs était certainement de rendre applicable le plafonnement à une majorité de baux, néanmoins le texte fait expressément référence à une variation « annuelle ».

Le plafonnement est-il définitif ?

Le plafonnement est définitivement acquis : les indexations postérieures ne peuvent pas prendre en compte la part de variation de l'ILC supérieure à 3,5% sur cette période.

A ce titre, les indexations postérieures devront être réalisées en prenant pour base de calcul le loyer résultant du plafonnement.

Quelles sont les sanctions du non-respect de cette mesure ?

La loi du 16 août 2022 ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect du plafonnement.

En cas d'application par le bailleur de l'indexation sans tenir compte du plafonnement, le preneur pourrait éventuellement solliciter le remboursement des trop-perçus de loyers.

Pour l'heure, il serait prématuré d'affirmer que l'article 14 de la loi du 16 août 2022 serait d'ordre public.

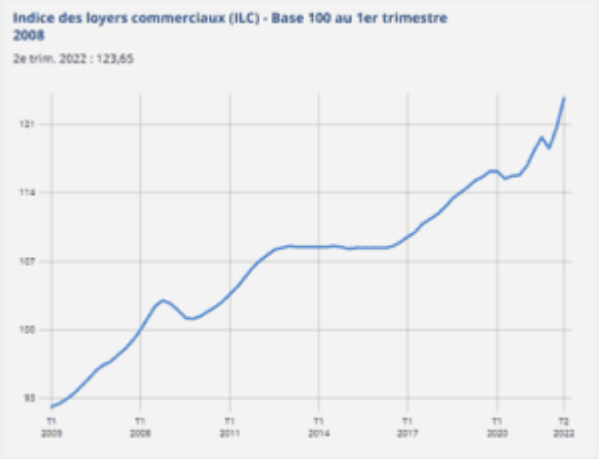
En effet, le texte ne prévoit pas son caractère d'ordre public, et ne modifie pas des règles d'ordre public.

Il appartiendra donc aux tribunaux de déterminer la sanction appropriée et de statuer sur le caractère d'ordre public de cette mesure.

A noter

L'indice des loyers commerciaux du 2ème trimestre 2022 (123,65) est paru au journal officiel le 24 septembre 2022.

On constate ainsi une hausse annuelle de +4,43% après une augmentation de 3,32% au trimestre précèdent.



Exemple de calcul

Pour une indexation au 1er octobre 2022 le calcul classique de l'indexation serait le suivant :

Loyer indexé au **1er octobre 2022** = Loyer en vigueur x (T2 2022 / T2 2021)

Avec application du plafonnement, le loyer indexé au 1er octobre 2022 ne pourra pas être supérieur au loyer précédemment appliqué de plus de 3,5%.

Ainsi, dans l'hypothèse où le loyer au 30 septembre 2022 serait de 10.000 €, le calcul classique de l'indexation serait le suivant :

10000 x (123,65/118,41) = 10.442,53 euros.

En appliquant le mécanisme du plafonnement, la part de variation supérieure à 3,5% ne pourrait être appelée par le bailleur.

Le plafonnement de la variation ne permettrait donc pas au bailleur de demander un loyer supérieur à 10.350 € (10.000 x 3,5%).

L'indexation au 1er octobre 2023 sera réalisée sur la base du loyer plafonné soit 10.350 €, et non 10.442,53 €, afin que le plafonnement soit définitivement acquis, sauf à ce que le mécanisme soit prolongé.