

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DE LA DESTINATION

par Maurice NUSSENBAUM

Professeur à l'université de Paris IX-Dauphine,
expert financier près la cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation

Le bail n'est pas un contrat librement consenti entre un bailleur libre et un preneur libre. C'est un contrat socio-politiquement encadré que le monde entier ne nous envie pas, puisqu'il ne reste que la France et le Portugal pour conserver le principe du plafonnement.

Le décret du 30 septembre 1953, en instaurant à la fois le droit au renouvellement et le plafonnement, a imposé deux restrictions fondamentales au fonctionnement de l'économie de marché.

En effet, pourquoi un bailleur devrait-il s'engager neuf ans à l'avance, non seulement à renouveler le bail mais en plus à le faire à des conditions *a priori* étrangères au marché en raison du plafonnement. Uniquement parce que le législateur l'a voulu à un moment donné de l'histoire politique de l'après-guerre à la fois pour créer une stabilité des relations contractuelles et pour favoriser les petits commerçants dans un contexte de reconstruction économique où ces derniers se sentaient menacés et avaient à investir pour moderniser l'appareil de distribution, le tout dans un climat politique teinté de revendications poujadistes.

Les bailleurs pouvaient-ils supporter de se laisser déposséder de leur droit de propriété sans protester? La réponse est évidemment négative. Ils ont donc cherché à encadrer les droits du preneur.

Ainsi, les effets du plafonnement ne peuvent être acceptés que dans les limites strictes du respect du contrat initial. De ce fait, si on modifie quoique ce soit à l'équilibre juridique de ce dernier, à travers les conditions d'exercice du commerce par rapport à la destination prévue ou encore par des travaux non autorisés, le droit au plafonnement tombe.

La destination devient alors une arme pour obtenir à terme les déplafonnements rendus nécessaires par des loyers qui se situent aux antipodes de la réalité du marché; il y a fort à parier que, sans le droit au plafonnement, les clauses définissant l'article 1728 du Code civil perdraient une bonne part de leur intérêt.

Quant à la modification des facteurs locaux de commercialité, elle constitue un moyen pour le bailleur, mais la jurisprudence en a fait une application stricte, trop à notre avis.

AU COMMENCEMENT... ÉTAIT LA DESTINATION

La destination c'est l'usage des lieux loués que peut en faire les locataires. Comme l'indique le *Petit Larousse*, la destination, c'est l'emploi prévu pour quelqu'un ou quelque chose, mais c'est aussi le lieu vers lequel on se dirige ou on dirige quelqu'un.

Cette destinée du lieu, qui est une façon de réduire la liberté inhérente au destin, est imposée par le bailleur pour se protéger. Mais attention! et cela est fondamental, le bailleur ne veut pas que, dans le cadre d'un nouveau bail, ce soit au prix d'une réduction du loyer.

De ce fait, le raisonnement s'effectue en deux temps:

– Le bailleur détermine, en analysant le marché et les propositions des preneurs, quel est le loyer acceptable proposé dans le même secteur pour des locaux similaires et ce pour l'ensemble des destinations, puis fixe, en se référant aux prix de marché, à la fois le loyer et la destination. La valeur locative est ainsi déterminée par les preneurs qui acceptent de payer les loyers les plus élevés.

– Pour un nouveau bail, c'est ce prix de marché qui va s'imposer. La destination ne constitue qu'une contrainte imposée par le bailleur au preneur en vue de se protéger des méfaits du plafonnement ou pour monnayer ultérieurement, en cours de bail ou lors d'une cession à la demande du preneur, soit une augmentation de loyer, soit une contrepartie financière.

Comme l'ont indiqué Michel Cornaton et Jean-Pierre Blatter (v. p. 1091), pour le bailleur, la destination est un élément secondaire, le loyer étant fixé en fonction des prix de marché.

Nous avons bien entendu écarté dans ce raisonnement les locaux monovalents et les bureaux pour lesquels la destination s'impose, mais qui, comme par hasard, échappent au plafonnement.

Se pose alors la question fondamentale suivante: la destination en tant que moyen du bailleur pour accroître ses chances d'échapper aux méfaits du plafonnement joue-t-elle son rôle protecteur?

On peut le penser dans les périodes de fort développe-

ment économique, car le cadre initialement fixé au preneur risque de devenir trop rigide au fur et à mesure que l'environnement évolue. Le preneur veut alors faire évoluer la destination initiale ou procéder à des transformations dans les locaux et il n'échappe pas au déplafonnement. De plus, l'installation de nouveaux commerces supportant des loyers plus élevés entraîne une modification des facteurs locaux de commercialité qui permet à terme à l'ensemble des bailleurs de bénéficier du déplafonnement.

Si ce mécanisme joue, les preneurs n'auront eu qu'un droit au maintien du loyer sans réserve d'indexation, limité à la durée du bail, ce qui est déjà pas mal. Il faudra attendre le prochain bail pour déplafonner. On n'est pas dans un poulailler libre avec des renards libres. C'est là encore l'effet sociopolitique du contrat encadré.

Mais ce n'est pas toujours le cas. Les conditions de modification des facteurs locaux de commercialité sont très strictes, la conjoncture peut ne pas être dynamique. Le commerçant médiocre peut s'avérer pécher par excès de prudence et ne pas vouloir sortir du contour initial. Le bailleur est alors pris à son propre piège. Le preneur s'installe dans le contrat, le respecte scrupuleusement, quitte à réduire la valeur locative des locaux.

On comprend ainsi qu'une clause aussi remplie de menaces conduise à des difficultés sans nombre.

AU RENOUVELLEMENT... EST LA DESTINATION

Tout d'abord, par rapport à la destination initiale, les extensions peuvent être apparentes ou réelles. Dans ce dernier cas, on parlera de déspecialisation avec les conséquences pécuniaires qu'elle entraîne.

Comme l'ont relevé Françoise Maigné-Gaborit et André Guillemain (v. p. 1096), on a vu la subtilité des notions de commerce autorisé par le bail de l'article 23-2 du décret ou de commerce considéré, c'est-à-dire réellement exercé.

On a noté également les difficultés de définir la notion d'activité et le caractère accessoire ou principal de l'activité nouvelle qui risque de déclencher la demande de déspecialisation.

Toute cela résulte du caractère figé du droit qui fixe, tel le photographe, une image instantanée, inadaptée au caractère mouvant et évolutif de l'économie. Généralement, le droit protège certains acteurs économiques jusqu'à la prochaine loi qui prend en compte les évolutions. Cette notion d'évolution saccadée du droit contraste avec l'évolution continue et permanente du commerce et de l'économie.

Mais, dans ce contexte particulier, mon hypothèse est que le rôle de la destination est utilisée comme moyen par le bailleur pour limiter les effets néfastes du plafonnement, véritable monstruosité économique au

regard de l'économie de marché, imposée par la loi qui a organisé le transfert de la propriété commerciale des bailleurs vers les preneurs. De ce fait, la clause de destination joue comme une guerre de tranchée sans logique économique réelle ou même avec une logique anti-économique puisqu'il s'agit pour le bailleur de rechercher tout motif pour obtenir le déplafonnement.

AU CONTRAT... D'ÉLARGIR LA DESTINATION

Comment joue cette protection que constitue la destination au moment du renouvellement?

Françoise Maigné-Gaborit et André Guillemain ont montré que c'était une arme à double tranchant qui se retourne comme un boomerang contre le propriétaire dès lors que son locataire est passif et peu dynamique. Si celui-ci ne change rien aux conditions du bail, non seulement il bénéficiera du plafonnement, mais il pourra aussi faire état au moment du renouvellement de l'activité réellement exercée et de sa faible capacité contributive pour faire limiter l'augmentation du loyer.

La médiocrité paie. Cette menace insupportable pour les bailleurs a apparemment été consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Le commerce considéré n'est pas le commerce potentiel prévu par le bail, mais le commerce réellement exercé par le locataire (Cass. 3^e civ. 8 janvier 1997; Cass. 3^e civ. 16 juillet 1998). La Cour de cassation ne fait qu'interpréter la loi. Si le corps social trouve cette interprétation trop restrictive, il n'a qu'à faire changer la loi. Mais pour le pouvoir politique qu'est-ce qui est le plus important: les bailleurs ou les preneurs?

Le propriétaire essaie de se rebiffer. Il n'est pas l'associé du locataire et on n'a pas à lui opposer la médiocrité des résultats de son locataire pour limiter la valeur locative du lieu au moment du renouvellement.

Mais faut-il pour autant faire abstraction, au moment du renouvellement, de la limitation imposée, que constitue la destination, par le bailleur lui-même au preneur? On comprend que le propriétaire souhaite retrouver en cas de déplafonnement la valeur locative de l'emplacement indépendamment des contraintes imposées par la destination.

Cependant, dans le contexte juridique actuel, une telle exigence paraît anormale, contrairement à ce qu'ont dit Marie-Laurence Sainturat et Xavier Ferrandi. Le propriétaire a joué, il a perdu. On doit tenir compte des restrictions qu'il a lui-même imposées pour fixer le loyer de renouvellement.

La pratique des tribunaux est pourtant différente. Dans de nombreux cas, cette valeur est fixée en tenant compte de la valeur de l'emplacement indépendamment de la destination.

Toutefois, ce n'est pas toujours le cas. Pour certains types de commerce moins rentables, les experts atté-

nuent la valeur locative (cas des commerces alimentaires, par exemple).

Jusqu'où peut-on aller dans cette direction?

Si le propriétaire a trop restreint la destination, il limitera la valeur locative aux valeurs supportables par les activités considérées ou réellement exercées.

Mais s'il élargit trop la destination, est-il à l'abri pour autant?

Les risques de déspecialisation disparaissent et les chances de plafonnement s'accroissent. Ne reste alors au bailleur que les autres motifs de déplafonnement la modification des facteurs locaux de commercialité.

Le bon sens économique voudrait que ceux-ci soient interprétés de manière réaliste et pas trop restrictive. Le pauvre bailleur est donc enfermé dans un dilemme: ni trop de restriction, ni trop peu, d'où la nécessité de recourir aux spécialistes, car, comme l'a souligné un des intervenants, la destination influe à l'insu du plein gré des parties sur la détermination du loyer. Ajoutons: comme l'inconscient influe sur nos actes, à notre insu.

Sur ce thème, il nous paraît essentiel de souligner ce qui a été dit: il faut prendre en compte la volonté des parties, donc la rentabilité des activités autorisées, sans pour autant associer le bailleur au preneur, ce qui signifie qu'il faut prendre en compte la rentabilité potentielle du commerce autorisé et non pas la rentabilité effective du commerçant dans l'activité exercée à l'instar du calcul effectué dans la méthode hôtelière d'une recette théorique qui est *a priori* différente de la recette réelle de l'hôtel.

Le problème, c'est que les termes de comparaison comprennent aussi les baux plafonnés qui, de ce fait, vont affecter les valeurs locatives judiciaires.

A L'ÉVICTION... COMPTE LA DESTINATION

Au moment de l'éviction, qu'en est-il de l'effet boomerang? Comme l'ont indiqué Marie-Laurence Sainturat et Xavier Ferrandi, pour le bailleur, au moment de l'éviction, on va considérer pour calculer l'indemnité ce qu'a fait le preneur en tenant compte de la contrainte de destination que lui a imposée le bailleur.

Mais, là encore, s'agit-il de l'activité autorisée ou de l'activité exercée?

On sait que l'indemnité se calcule à la date la plus proche du départ du locataire, donc en prenant en compte les résultats les plus récents générés par le fonds, mais aussi en considérant sa consistance au moment du congé ou du refus de renouvellement.

Seules sont prises en compte les activités entrant dans la destination prévue et l'activité effectivement exercée au moment du congé, dès lors qu'elle rentre dans le champ des activités autorisées.

Ainsi, pour la seule indemnité d'éviction, on peut

considérer que la restriction est payante pour le bailleur, puisque plus le champ est étroit et peu rentable, moins le fonds pourra être florissant et l'indemnité élevée.

Il y a donc une certaine cohérence. Le bailleur ne paie que pour ce qu'il a autorisé et le preneur ne peut être indemnisé que pour son préjudice réel causé par le refus de renouvellement, c'est-à-dire pour la perte du fonds qu'il a créé, dont la valeur est fonction de son chiffre d'affaires, de sa rentabilité et de son potentiel de développement.

Il y a aussi une différence légitime entre la problématique de la détermination de l'indemnité d'éviction et celle de la valeur locative qui prend en compte une valeur de marché potentielle et non pas uniquement la capacité contributive du preneur.

On pourrait penser que pour une fois la loi engendre un effet économiquement cohérent avec la réalité de l'économie de marché. Ce serait aller trop vite en besogne et oublier, d'une part, que la valeur plancher de l'indemnité d'éviction est constituée par la valeur du droit au bail et que, d'autre part, en cas de simple déplacement du locataire, c'est aussi le droit au bail qui sert de référence.

Alors qu'en est-il lorsque l'indemnité se résume à sa valeur plancher que constitue le droit au bail.

Puisque ce dernier est calculé en capitalisant la différence entre une valeur locative de marché sans passe-porte et le loyer de renouvellement théorique, qu'en sera-t-il de cette valeur de renouvellement de marché? On rejoint la problématique précédente, à double titre: pour déterminer le loyer de marché, et pour évaluer celui de renouvellement qui dépendra de l'existence ou non d'un plafonnement.

Si l'on est dans les conditions d'un déplafonnement du fait de conditions d'exploitation étroites, l'indemnité se réduit.

Le commerçant dynamique est léssé, son indemnité risque de se réduire comme peau de chagrin. C'est le bailleur qui est favorisé.

Mais l'effet boomerang jouera contre le bailleur dans le cas du commerçant médiocre qui n'aura réuni aucune clause de déplafonnement dans un emplacement dont la commercialité se sera accrue sans pour autant que les facteurs locaux de commercialité aient été modifiés.

Une seule solution pour éviter ces effets anti-économiques: interpréter de manière étendue les conditions de déplafonnement, en particulier de modification des facteurs locaux de commercialité et par là même les clauses de déplafonnement.

C'est dans l'air du temps. L'économie se libéralise. Les commerçants existentialistes, enfants du baby-boom, ont appris à prendre des risques.

On constate donc qu'une clause anodine, la destination, peut s'avérer dangereuse pour tout le marché.

– Pour le preneur, si la destination est trop étroite, le

déplafonnement est presque sûr et la valeur locative renouvelée ne tiendra pas nécessairement compte du caractère étroit de la destination, peut-être à tort puisque, si le propriétaire a voulu jouer au plus malin en restreignant le champ des destins possibles, il doit en supporter les conséquences. Si la destination est trop large, ce n'est pas nécessairement une protection pour le preneur puisque, pour exercer un nouveau commerce, il faut pouvoir procéder à des travaux qui ne sont pas nécessairement autorisés.

— Pour le bailleur, un bail tous commerces peut accroître les chances de demeurer, tandis qu'un bail à destination étroite peut augmenter les chances de déplafonnement mais aussi réduire la valeur locative de renouvellement; il peut aussi freiner les ardeurs du commerçant qui ne voudra pas risquer le déplafonnement.

Le décret de 1953 est né dans un contexte malthusien d'après-guerre visant à la protection du petit commerce. Il constitue une distorsion par rapport au fonctionnement normal des marchés. Le petit commerçant se rebiffe toujours ou bien s'installe ailleurs. C'est ce qui s'est passé avec le développement des centres commerciaux dont les règles de fixation de la valeur locative ont pu échapper au dé-

cret. De ce fait, il faut faire la part à ce que la loi doit protéger et à ce qu'elle doit laisser libre.

La loi doit protéger l'environnement car, comme l'a montré Claude Morizet-Pavec, l'urbanisme commercial sauvage transforme les centres-villes en centre commercial. Mais c'est là un sujet délicat, car le commerce c'est aussi ce qui rend la ville vivante.

Il convient donc de rechercher un consensus en évitant de plaquer des stéréotypes. Dans ce cas, la réglementation répond à la volonté de réduire des externalités négatives, c'est-à-dire ce qui enrichit le bailleur au détriment de la collectivité.

Il ne faut donc pas confondre cette volonté légitime de la réglementation qui vise à assurer à tous une convention équilibrée, car le contrat n'est que l'outil pessimiste de la guerre froide entre bailleur et preneur, et l'autre volonté qui, en renforçant les mécanismes de plafonnement, est anti-économique puisqu'elle contribue à brider le commerçant dynamique au bénéfice du commerçant passif.

C'est dans ce contexte que la loi et la jurisprudence ont instauré une véritable scolastique dont la maîtrise est affaire de spécialistes pour ne pas risquer soit l'effet boomerang, soit les risques de la médiocrité. On ne peut malheureusement pas encore entonner ce que Jean Derruppé a appelé «le *requiem* du statut et de la destination». ■