

## TRAVAUX DES COMMISSIONS OUVERTES

### COMMISSION OUVERTE DROIT IMMOBILIER

#### *SOUS-COMMISSION BAUX COMMERCIAUX*

Auteur : M. Jehan-Denis Barbier

Date : Mardi 10 novembre 2009

---

### NOTE SOMMAIRE

#### LA CRISE COTE LOCATAIRE

##### PREAMBULE

Au cours des 10 dernières années, le commerce a découvert la finance, ou plutôt, les financiers ont voulu pénétrer le domaine de la distribution.

Des mécanismes ont donc été mis en place à partir de l'an 2000, le véhicule retenu étant les LBO.

Rapidement les financiers ont souhaité récupérer le pouvoir décisionnaire et des gérants de portefeuilles ont été installés.

Les fondateurs des sociétés de commerce ont été remerciés, tout en partant avec de fortes plus-values.

Les Directeurs Financiers et les DRH ont connu les mêmes traitements, ce qui a eu pour conséquence une disparition de la mémoire et de l'historique de l'entreprise.

##### ➤ De 2000 à 2007

Les résultats ont été très satisfaisants. Les banques ont continué à investir dans ces sociétés de commerce et les ont amenées à acheter et à ouvrir de nombreux magasins, engager de nombreux salariés et commander d'importants stocks.

##### ➤ De septembre 2007 à ce jour

La crise bancaire a entraîné un départ rapide de ces Etablissements financiers, lesquels ont même accepté d'abandonner leur participation au sein des sociétés.

Toutefois, les sociétés de commerce ne peuvent plus tenir leurs engagements de rentabilité, tels que prévus dans les LBO.

Par ailleurs, du fait du retrait des Etablissements financiers, ces sociétés se retrouvent avec une perte de trésorerie, alors qu'elles ont toujours le personnel, les stocks et les boutiques pour une période de six ans minimum, voire de douze ans.

Tous les éléments du cocktail explosif sont donc réunis pour entrer dans une crise profonde.

## I - LA PROMESSE DE BAIL

Face aux demandes des banques d'ouvrir des magasins, les enseignes se sont rapprochées des foncières, lesquelles ont créé de nombreux projets de Centres Commerciaux, de Galeries Marchandes ou de réaménagements de cœur de ville qui, aujourd'hui, arrivent à leur terme.

Les locaux sont achevés et prêts à être livrés.

Lors de la signature de la promesse de bail, il est prévu, traditionnellement, selon les cas :

- le versement d'un droit d'entrée
- la fixation d'un loyer déjà indexé (soit, 3 à 4 ans avant la livraison du local)
- une durée ferme de 6 ans, voire 9 ans.

Compte tenu de cette nouvelle situation, les enseignes vont, au mieux, renégocier les loyers (suppression du droit d'entrée, abandon du loyer préalablement indexé) au pire, trouver tous moyens pour sortir de la promesse.

- Le plus souvent contesté est le versement d'une indemnité au profit du bailleur (versement du droit d'entrée).
- Recherche d'un successeur par l'enseigne elle-même.
- Contester la conformité des locaux ou leur livraison.

Il est certain que, dans les mois à venir, les Tribunaux vont être sollicités pour trancher ce type de litige.

## II – LA COMMERCIALITE DU SITE

Que ce soit en Centre Ville mais, plus encore, dans les Centres Commerciaux, la baisse de fréquentation est importante.

Il est vraisemblable que pour les « cœur de ville », la baisse devrait être de 3,1 % et, dans les Centres Commerciaux, de 4,2 % pour l'année 2009.

Ce taux de fréquentation entraîne des baisses bien plus importantes en termes de chiffres d'affaires pour les locataires.

En effet, on distingue le taux de pénétration du taux de transformation.

Ainsi, des enseignes devraient perdre entre 12 et 25 % du chiffre d'affaires à comparer avec 2008.

Compte tenu du nombre de magasins récemment ouverts, du personnel engagé et du stock payé, les résultats vont être largement déficitaires.

Des responsabilités vont être recherchées et engagées, que ce soit à l'égard des responsables de magasins, des Directeurs Immobiliers, des Agents des Présidents de sociétés.

Le bailleur va se cacher derrière les clauses du bail, lesquelles prévoient l'absence de responsabilité en cas de commercialité insuffisante.

Le locataire va chercher à renégocier son loyer, compte tenu de ses résultats médiocres et, à défaut, poursuivre la responsabilité du bailleur. Les contentieux sont inévitables.

Aujourd'hui, des ensembles commerciaux :

- ne trouvent pas preneurs
- se décommercialisent
- la jachère commence !

### III – LE LOYER A LA BAISSSE

Afin de rediscuter et de renégocier le loyer, le commerce a su rebondir après avoir subi les augmentations liées à l'ICC (2009 + 8 %, 2005 + 5,5 % ... près de 49 % en 9 ans).

IL est certain que dans le secteur de Bureau, les renégociations sur le fondement de l'article 145-39 se sont très vite effectuées. Il n'y a quasiment aucun contentieux.

En revanche, pour le bail commercial, la situation est toute autre.

De nombreux propriétaires ont déterminés leur investissement initial en fonction du loyer à percevoir et de son indexation.

Trop souvent, l'indexation du loyer est devenue un instrument financier.

En effet, les investisseurs comparaient le taux de prêts bancaires par rapport au taux prévisible de l'indexation et, par ce simple fait, dégageaient des profits.

Désormais, toute baisse du loyer pourrait entraîner une impossibilité de rembourser, par le bailleur, les Etablissements bancaires.

Aussi, au cours des derniers mois, les foncières se sont organisées et structurées pour éviter que le loyer facial, signé au cours de l'année 2009, soit inférieur aux loyers signés en 2007 ou 2008 ou même, que les loyers plus anciens, mais indexés.

En d'autres termes, le bailleur, pour faire échec à l'utilisation de l'article 145-39 tente de démontrer que les nouveaux loyers ne sont pas inférieurs à ceux précédemment fixés et indexés.

De ce fait, le bailleur va « offrir » des prestations annexes aux nouveaux locataires.

Ainsi, dans les Centres Commerciaux, le bailleur aménage totalement les locaux, alors qu'initialement, ils sont remis « brut de décoffrage et fluides en attente », sachant qu'un coût d'aménagement est de l'ordre de 1.200 à 2.000 €/m<sup>2</sup>.

Dès lors, en cas de procédure et après avoir obtenu communication des baux signés en 2009, les preneurs sont dans l'impossibilité d'établir que les nouveaux locaux pris à bail ont baissé.

L'essentiel est donc, pour les bailleurs, de maintenir un loyer facial. Plus encore, si nous sommes en présence d'une Foncière qui doit rendre compte à ses actionnaires.

De ce fait, les preneurs ont du mal à s'engager sur un article 145-39, compte tenu de la politique non transparente des grandes foncières.

#### IV – LA RENEGOCIATION DU BAIL

Dans la mesure où l'article 145-39 ne trouve pas à s'appliquer (cf. SUPRA au-dessus), le bailleur, confronté à un risque de se retrouver avec un local vide, propose de mettre un terme au bail précédent et de signer un nouveau bail, lui garantissant une nouvelle présence de son locataire pour une durée de 6 ans.

Par ce biais, le loyer offert au preneur sera plus faible que le précédent, mais le bailleur peut justifier auprès de son Etablissement prêteur ou de ses actionnaires, un engagement commercial et financier de son locataire.

Dans d'autres cas, le loyer proposé au locataire sera progressif. Ainsi, pendant une période de deux ans, il sera diminué de x %, puis il retrouvera le loyer initial.

Encore une fois, l'objectif est de maintenir un loyer facial.

#### V – LA CLAUSE RESOLUTOIRE

Les nouveaux concepts sont certainement les plus malmenés dans une économie où la concurrence est la plus forte et la consommation la plus faible.

Il est certain que les propriétaires vont pouvoir récupérer, à bas prix, les emplacements qui ont été donnés à bail au cours des trois dernières années.

Même de puissants groupes, tels que INDETEX (ZARA, MASSIMO DUTI, STRADIVARIUS, BERSHKA, OYSHO, PULL & BEAR, ZARA HOME ...) connaissent de graves difficultés et sont susceptibles de restituer les locaux aménagés.

Un tel retrait devrait entraîner une baisse très importante des valeurs locatives et, d'une manière générale, du marché commercial immobilier.

C'est grâce à ces puissantes enseignes que des Foncières ont réussi à pénétrer le marché boursier (CAC 40 ...).

Les bailleurs en ont pris conscience depuis peu ; il est vraisemblable que des aménagements de loyer seront effectués à leur profit, mais celles et ceux qui ne disposeront pas d'une telle image, connaîtront certainement un traitement différent et feront l'objet des fameuses clauses résolutoires.

## **VI – LES CONGES SORTIE DE BAIL**

Les locataires multiplient les congés résiliation (période triennale) ou les congés fin de bail avec exercice du droit d'option.

Les bailleurs vont tenter de trouver soit des motifs formels pour éviter le départ du locataire (non respect du délai de signification), soit une contestation quant à la restitution du local.

En effet, de nombreux contentieux apparaissent quant à la remise du local : en bon état de réparation locative, en parfait état, restitution des aménagements intérieurs, remise en état du local initial (brut de décoffrage).

Tous les éléments sont recherchés pour :

- Soit, obtenir le maintien du locataire
- Soit, offrir au futur locataire un local aménagé avec un coût le plus faible.

## **VII – LES CESSIONS DE FONDS DE COMMERCE**

Au cours des dernières années, même en présence d'une véritable cession de fonds de commerce, le bailleur recherchait la mise en place d'un nouveau bail.

Souvent, au motif que des travaux devaient être réalisés par le nouveau locataire, le bailleur obtenait un nouveau contrat.

Ce contrat était, bien évidemment, plus restrictif, notamment pour contrôler les futures cessions (droit de préemption, clause d'enseigne, destination réduite ...).

Toutefois, par la signature d'un nouveau bail, le précédent locataire était dégagé de la solidarité pour le paiement des loyers et charges.

Aujourd'hui, compte tenu de la nouvelle situation économique, il est certain que les bailleurs ne vont pas laisser « filer » le cédant.

Les clauses de solidarité vont être régulièrement rappelées dans les actes de cession et scrupuleusement respectées.

Il est certain que, là encore, des contentieux vont naître.

Paris, le 10 novembre 2009

Gilles HITTINGER-ROUX