

LA LOI « PINEL » DU 18 JUIN 2014 ET LE STATUT DES BAUX COMMERCIAUX : L'ESSENTIEL

Modification de la réglementation du droit de préemption des communes (article 1^{er} et 17), application immédiate

Suppression des baux et périodes fermes, possibilités pour les héritiers du locataire de résilier en cours de période triennale (article 2), OP*, application immédiate

Modification de la réglementation du bail dérogatoire (article 3), OP, application aux baux conclus ou renouvelés à compter de septembre 2014

Définition légale de la convention d'occupation précaire (article 4), application immédiate

Suppression des références légales à la nationalité française (article 5), OP, application immédiate

Transfert du bail en cas de transmission universelle de patrimoine du fait de la réunion de toutes les parts sociales en une seule main (article 6), application immédiate

Nouvelles règles applicables à la clause de garantie solidaire en cas de cession (articles 7 et 8), application immédiate

Élargissement du champ de compétence des commissions départementales de conciliation (article 10), application immédiate

Substitution de l'ILC ou de l'ILAT à l'ICC pour calculer le plafonnement (article 9), OP pour la révision triennale, application aux baux conclus ou renouvelés à compter de septembre 2014

Application progressive de l'augmentation du loyer en cas de déplafonnement (article 11), OP pour les révisions légales, application aux baux conclus ou renouvelés à compter de septembre 2014

Nouvelle réglementation de l'état des lieux, des charges et des travaux (article 14), OP, application aux baux conclus ou renouvelés à compter de septembre 2014

Droit de préemption du locataire en cas de vente du local (article 14), application aux cessions intervenues à partir de décembre 2014

Possibilité d'adjonction d'activités connexes ou complémentaires sur autorisation judiciaire en cas de procédure collective (article 15), application immédiate

Possibilité de donner congé par LRAR (article 20), application immédiate

***OP= d'ordre public**

IMPORTANT : la question de l'application dans le temps de la loi nouvelle et du caractère supplétif ou bien d'ordre public de certaines dispositions donne lieu à des controverses ; les mentions relatives à ces questions sont donc données à titre indicatif.

LES BAUX COMMERCIAUX

CHAP. I. LE CHAMP D'APPLICATION DU STATUT. (P. 2)

Section I. Les critères de l'assujettissement de plein droit.

Section II. Baux commerciaux et conventions exclus du statut.

Section III. Les baux soumis conventionnellement au statut.

CHAP. II. LA DUREE DU BAIL COMMERCIAL ET SON RENOUVELLEMENT. (P.12)

Section I. La durée.

Section II. Le renouvellement.

CHAP. III. LE DROIT AU RENOUVELLEMENT ET LE REFUS DE RENOUVELLEMENT. (P.16)

Section I. Le droit au renouvellement.

Section II. Le refus de renouvellement.

CHAP. IV. LA CESSION ET LA SOUS-LOCATION. (P. 23)

Section I. La cession.

Section II. La sous-location.

CHAP V. LE LOYER DU BAIL COMMERCIAL. (P. 28)

SOUS-CHAP. I. LE LOYER DU BAIL RENOUVELE.

Section I. La procédure.

Section II. La notion de valeur locative.

Section III. Le plafonnement et le déplafonnement.

SOUS-CHAP II. L'EVOLUTION DU LOYER EN COURS DE BAIL.

Section I. La révision triennale.

Section II. La clause d'échelle mobile et la révision de l'article L. 145-39.

Section III. Le cumul de la révision et de l'indexation.

Section IV. Les loyers variables.

CHAP. VI. LA RESILIATION DU BAIL COMMERCIAL. (P. 51)

CHAP. VII. LA DESPECIALISATION. (P. 53)

Section I. La déspecialisation partielle.

Section II. La déspecialisation plénière.

Section III. Les cas particuliers de déspecialisation.

CHAP. VIII. LA PROCEDURE. (P. 61)

SOUS-CHAP I. LES PROCEDURES JUDICIAIRES.

Section I. Les différentes juridictions et leurs règles de procédure.

Section II. Le délai pour agir.

SOUS-CHAP II. LES PROCEDURES AMIABLES.

Section I. L'arbitrage.

Section II. Le mandat d'intérêt commun.

Section III. La conciliation.

Section IV. La médiation judiciaire.

SYNTHESE (dernière page). Trois études complémentaires (charges, réparations, bail vert) sont annexées en fin de documents ou communiquées à la demande.

CHAPITRE I. LE CHAMP D'APPLICATION DU STATUT DES BAUX COMMERCIAUX

La plupart des baux commerciaux sont assujettis de plein droit au statut desdits baux, c'est à dire aux articles L. 145-1 à L. 145-60 du Code de commerce ainsi qu'aux articles R.145-1 à R. 145-33 du même code.

Le statut des baux commerciaux garantit au locataire un régime très protecteur comprenant, notamment, le bénéfice de la « propriété commerciale » dont le principal élément est le droit au renouvellement (droit au renouvellement du bail expiré ou, à défaut, à une indemnité d'éviction). Dans sa rédaction d'origine, il date de 1953 (décret du 30 septembre 1953) et ses grands principes sont restés inchangés depuis. Des modifications sont néanmoins intervenues au fil du temps, les plus récentes étant issues de la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite PINEL.

C'est de ce statut qu'il sera presque exclusivement question dans l'ensemble du présent document, c'est-à-dire des règles spécifiques qu'il contient.

Les baux commerciaux sont cependant soumis, par ailleurs, au droit commun des baux c'est-à-dire aux dispositions générales des articles 1713 et suivants du Code civil, dès lors qu'elles ne sont pas contredites par une disposition particulière du statut. Il faut rappeler que le régime du Code civil n'est pas d'ordre public, ce qui laisse une grande liberté contractuelle, en immobilier d'entreprise, dans les domaines qui en relèvent exclusivement. Ces domaines sont toutefois moins nombreux désormais, la loi PINEL ayant complété le statut des baux commerciaux par de nouvelles dispositions qui, pour certaines, sont d'ordre public (nouvelle réglementation des charges et des réparations, notamment –cf. études distinctes sur ces sujets).

Les baux commerciaux sont en outre soumis à l'annexion obligatoire du diagnostic de performance énergétique (article L. 134-3-1 du code de la construction et de l'habitation) et, dans les zones concernées, de l'état des risques naturels et technologique ainsi qu'à l'obligation d'information écrite du preneur des sinistres indemnisés de cette nature ayant éventuellement frappé l'immeuble (article L. 125-5 du code de l'environnement). Par ailleurs, les baux portant sur plus de 2000 mètres carrés doivent comprendre une annexe environnementale (article L. 125-9 du même code, décret du 30 décembre 2011).

Après avoir étudié les critères de l'assujettissement au statut de plein droit, c'est à dire indépendamment de la volonté des parties (I), nous examinerons l'hypothèse des baux non soumis au statut (II) et nous terminerons par les baux commerciaux soumis au statut par la seule volonté des parties (III).

Section I. Les critères de l'assujettissement de plein droit au statut des baux commerciaux

Les baux assujettis de plein droit au statut des baux commerciaux (c'est à dire la plupart des baux des locaux dévolus à l'exercice d'une activité commerciale) sont donc régis par les articles précités du Code de commerce et du décret de 1953, sans qu'il soit nécessaire de faire une référence à ces textes dans le bail. En revanche, si les articles L. 145-15, L. 145-16 et L. 145-45 du code réputent impérative une grande partie du statut (essentiellement règles relatives au droit au renouvellement du locataire – chapitre III-, à la durée du bail, à la révision triennale du loyer et à la révision limitant les effets de la clause d'échelle mobile, à l'état des lieux, aux charges et aux réparations locatives, à la clause de résiliation de plein droit, à la déspecialisation et à la cession du fonds), ce qui signifie que les parties ne peuvent pas s'en affranchir contractuellement*, les autres dispositions sont supplétives de volonté,

c'est à dire qu'elles ne s'appliqueront qu'à défaut de disposition contractuelle contraire. (Il faut noter, toutefois, que la jurisprudence de la Cour de cassation tend à conférer un caractère d'ordre public à des dispositions statutaires qui sont supplétives : notamment à celles relatives aux conditions de forme du congé – cf. chapitre II.)

Ajoutons que l'ordre public du statut est un ordre public de protection, auquel il est donc possible de renoncer. Cette renonciation (qui n'est pas répandue et qui est assez délicate à mettre en œuvre) n'est possible, toutefois, qu'après la naissance du droit protégé. Ainsi, la jurisprudence admet que le locataire puisse valablement renoncer à son droit au renouvellement après la conclusion du bail (en ce sens : Cour de cassation, 04.05.2006, AJDI octobre 2006), voire dès le lendemain. Dans ce cas, le bail cesse de plein droit à l'arrivée du terme, ce qui dispense le propriétaire de délivrer congé (id., 08.04.2010, Loyers et copropriété juin 2010). (Sur cette question, cf. aussi Section II, Sous-section III).

Le champ d'application du statut est défini par les articles L. 145-1 à L. 145-3 du code.

Ce sont les deux premiers paragraphes de l'article L. 145-1 I qui définissent les critères auxquels doivent répondre les baux pour être assujettis de plein droit au statut, indépendamment des hypothèses particulières que nous venons d'évoquer. Il convient donc de se référer en premier lieu à la lettre du texte, lequel dispose :

« Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne soit à un commerçant ou à un industriel immatriculé au registre du commerce et des sociétés, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers, accomplissant ou non des actes de commerce, et en outre :

1° Aux baux de locaux ou d'immeubles accessoires à l'exploitation d'un fonds de commerce quand leur privation est de nature à compromettre l'exploitation du fonds et qu'ils appartiennent au propriétaire du local ou de l'immeuble où est situé l'établissement principal. En cas de pluralité de propriétaires, les locaux accessoires doivent avoir été loués au vu et au su du bailleur en vue de l'utilisation jointe. »

On voit que des critères précis doivent être cumulativement remplis pour qu'un bail soit assujetti au statut (c'est le plus souvent en fin de bail que l'on vérifiera si ces critères sont remplis, pour déterminer si le locataire peut prétendre à la propriété commerciale : il y a donc, en pratique, bien souvent un glissement des conditions d'application du statut à celles du droit au renouvellement). Nous les examinerons successivement, après avoir précisé que la destination mixte (commerciale et d'habitation) n'exclut pas l'application du statut (Cour de cassation, 09.05.1967, notamment), la réglementation du logement décent s'appliquant alors au logement à usage d'habitation principale (Cour de cassation, 14.10.2009, Loyers et copropriété janvier 2010 ; Cour de Montpellier, 13.04.2011, AJDI février 2012).

[Les articles L. 145-5.1° et L. 145-5.2° énumèrent par ailleurs plusieurs locations qui, par exception, sont soumises au statut sans répondre aux critères précités : essentiellement, baux des terrains nus sur lesquels ont été édifiées, avec l'accord du propriétaire, des constructions à usage commercial, baux des établissements d'enseignement, certaines locations consenties à l'Administration, baux consentis à des artistes répondant à certaines conditions.]

Sous-section I. Le bail doit porter sur un immeuble ou un local affecté à l'exploitation d'un fonds commercial ou artisanal appartenant au locataire

Si, comme nous l'avons vu, par application de l'article L. 145 I 2° du code, les baux de certains terrains nus sont, par exception, assujettis au statut, la règle n'en demeure pas moins que *l'existence d'un « immeuble » ou d'un « local »* est une condition de son application.

Le local est généralement défini par la jurisprudence comme « un espace clos et couvert » (Cour de Paris, 14.11.1956), présentant un caractère de fixité et de solidité suffisant ou, au moins, un caractère « de stabilité et de permanence » (id., 19.01.2005, Loyers et copropriété mars 2005).

Faute d'espace clos et couvert constitutif d'un volume sont exclues, par exemple les aires de stationnement, selon la jurisprudence dominante (Cour de cassation 04.01.1995 ; id., 01.07.2014, AJDI octobre 2014), ou encore des bungalows de type Algeco (Cour de Douai, 05.11.2013, AJDI mai 2014). Selon la Cour de Nancy (14.11.2012, AJDI juin 2013), un ouvrage lui-même solide ne relève pas du statut au motif qu'il peut-être désolidarisé de son socle, ce dernier étant seul ancré aux fondations.

Deux décisions récentes sont en net retrait au regard des principes ci-dessus, pour des surfaces non cloisonnées incluses dans une structure :

Dans un arrêt du 23 mars 2006 (Administrer, mai 2006), la Cour de cassation retient la qualification de local (accessoire), s'agissant d'un emplacement de stationnement non fermé, au motif qu'il dépendait d'un local fermé (à opposer aux parkings « extérieurs », hypothèse de la décision précitée du 1^{er} juillet 2014).

Dans une décision du 20 mars 2014 (AJDI mars 2014) la Cour de cassation a jugé que si l'application du statut supposait un emplacement stable et permanent, un espace clos et couvert n'était pas exigé. Elle a donc appliqué le statut à une surface d'exploitation (manège dans les parties communes d'un centre commercial).

Sur ce sujet, l'aléa judiciaire n'est donc pas à négliger, la notion de local fluctuant avec le temps et selon les juges.

L'immeuble ou le local doit, en outre, être affecté à l'exploitation d'un fonds.

L'hypothèse la plus simple est celle du local principal : celui dans lequel le fonds est exploité.

La loi précise, nous l'avons vu, les critères du local accessoire (loué distinctement : les locaux loués accessoirement au local principal par le même contrat sont soumis au statut, car le bail est indivisible) soumis au statut. Il s'agit du local accessoire qui est nécessaire (indispensable) au fonds (Cour de cassation, 05.03.1971, ou encore Cour de Paris 19.09.2006, notamment), et non pas simplement commode (id., 26.10.1964 ; ou encore 27.09.2005 : Gazette du Palais, 16 et 17 juin 2006). Le fait que le locataire dispose de possibilités de remplacement est indifférent (id., 30.01.1970).

Les juges du fond apprécient souverainement le caractère nécessaire du local, selon le commerce dont il s'agit. Ainsi, l'entrepôt d'un fleuriste a été jugé nécessaire (Cour de cassation, 01.03.1966), de même que celui servant au dépôt du matériel d'un entrepreneur de travaux publics (Cour de Paris, 23.05.1961), mais pas celui d'un négociant en jus de fruits et légumes (Cour de Paris, 23.05.1961) ou d'un commerce d'alimentation générale (Cour d'Amiens, 08.03.1999). Selon un arrêt rendu le 1^{er} mars 2012 par la Cour de Metz (AJDI avril 2013) c'est au locataire qu'il appartient d'apporter la preuve du caractère nécessaire de ce local, ce caractère ne devant pas s'apprécier au moment de la conclusion du bail « mais à une période contemporaine de la délivrance de l'acte de refus de renouvellement » (Cf. Chapitre III).

La jurisprudence est partagée sur la question de savoir si le statut s'applique à un local accessoire alors que l'activité n'est pas exercée dans un local (exemple : garage des camions d'un forain) : pour l'application du statut, Cour de cassation, 01.03.1966.

L'application du statut aux locaux accessoires pose notamment difficulté au regard des bureaux commerciaux à caractère administratif (par opposition aux « bureaux-boutiques », cf. chapitre V). Il n'est pas systématique, en effet, qu'un fonds y soit directement exploité, ce qui plaide contre la qualification de local principal. Par ailleurs, il ne va pas toujours de soi qu'ils sont indispensables à l'exploitation du locataire. Des considérations de cet ordre ont pu amener certains auteurs à conclure que les bureaux ne relèvent pas systématiquement et de plein droit du statut (en ce sens : Me BEAUCHAIS, Gaz. Pal. 1991). Si la jurisprudence est peu abondante sur le sujet ce qui s'explique par le fait que, dans la plupart des cas, les baux de bureaux sont soumis volontairement au statut (ou, en tout cas, soumis audit statut par les parties, sans que cette soumission réponde toujours aux conditions de l'application volontaire, cf. section III), il semble cependant que celui-ci ait vocation à régir de telles locations, dans la plupart des cas.

La jurisprudence de la Cour de cassation tend à admettre son application aux sièges sociaux (13.04.1959). Quant aux bureaux abritant des services détachés, la jurisprudence se prononce au cas par cas pour ou contre l'application du statut, ce qui encourage à la prudence pour les en exclure (contre : Cour de cassation, 25.06.1991, pour : id., 19.07.1966).

Le fonds en cause doit être artisanal ou commercial :

Le statut s'applique d'abord aux artisans immatriculés au répertoire des métiers, c'est-à-dire employant dix salariés au plus et dont l'activité figure dans la nomenclature réglementaire. En pratique, l'artisanat se confond souvent avec le petit commerce. Le statut s'applique, aussi et surtout, aux commerçants exploitant un fonds dévolu à l'accomplissement d'actes de commerce au sens du Code de commerce (fonds de commerce). La jurisprudence très largement dominante s'attache à la nature de l'activité exercée : s'il s'agit d'une activité civile non constitutive d'un fonds artisanal, le statut ne s'appliquera pas de plein droit, même si elle est exercée par une société commerciale par la forme (Cour de cassation. 05.03.1971).

Les articles L. 145-1 et L. 145-8 du Code n'octroient le bénéfice du statut et le droit au renouvellement qu'au propriétaire du fonds (ce qui exclut de la protection légale le locataire consentant une sous-location intégrale - Cour de cassation, 30.05.1996 et 04.05.2011, Cour de Paris 02.05 2012, Administrer juin 2012, notamment). La Cour suprême refuse ainsi le statut aux locataires dont le fonds se situe au sein d'une exploitation plus vaste, lorsqu'ils n'ont pas une clientèle propre et autonome, ce qui est fréquemment jugé dans ce type de situation : c'est la jurisprudence des commerces dits intégrés, dépendants ou satellites. (En revanche, depuis un arrêt du 19 mars 2003 – Administrer, juillet 2003-, la Cour suprême n'exige plus que cette clientèle soit prépondérante.) Dans un arrêt critiqué du 5 février 2003 (Administrer mai 2003), la Cour de cassation avait même paru s'orienter vers une dénegation systématique du statut dans les centres commerciaux, au motif que les locataires n'y disposent pas d'une « **autonomie de gestion** ». Dans les situations d'intégration, c'est en effet bien souvent l'absence d'autonomie de gestion qui était, encore assez récemment, retenue par les décisions pour conclure à l'inexistence d'une clientèle propre. La Cour de cassation a toutefois admis une telle autonomie dans un arrêt contemporain, s'agissant d'une station de lavage de véhicules « en extrémité d'un centre commercial », fonctionnant nuit et jour toute la semaine, au motif de pratiques tarifaires, publicitaires, etc. personnelles audit locataire (23.11.2004, précité). Plus encore, dans une décision du 19 janvier 2005 (précitée), s'agissant d'un magasin exploité dans l'enceinte d'un hôtel, la Cour de cassation décide d'octroyer au locataire le bénéfice du statut, sans se référer au critère de l'autonomie de gestion, parce qu'il n'avait pas été démontré que l'exploitant du fonds était soumis à « des contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité ». Dans une décision du 5 septembre 2012 (AJDI octobre 2012), la même Cour de cassation a refusé le bénéfice du statut à une entreprise de restauration dépendant d'une société hôtelière au motif que « les contraintes auxquelles (elle) était soumise étaient incompatibles avec le libre exercice de son activité ». La cour relève entre autres choses que les horaires sont imposés par société hôtelière, l'hôtel pouvant exercer un contrôle sur les employés, prenant en charge de nombreuses prestations (électricité, entretien et réparation des agencements, notamment). Il semblerait donc que le critère de l'autonomie de gestion soit en chute, et qu'il appartient désormais au bailleur contestant l'application du statut dans les situations de ce type d'établir que le locataire est soumis aux contraintes précitées, plutôt qu'au locataire de faire la preuve d'une autonomie de gestion. Indépendamment de l'inversion de la charge de la preuve, la démonstration desdites contraintes paraît plus difficile que celle d'une absence d'autonomie de gestion. Ainsi, selon Me BLATTER, le fait que le locataire commercial ne décide pas de ses horaires ne serait plus forcément déterminant. En revanche, « le droit de regard que le propriétaire se réserve sur la conduite de l'exploitation, l'absence de liberté dans la détermination des prix, l'impossibilité d'encaisser les recettes et la soumission du personnel de l'exploitant au pouvoir disciplinaire du propriétaire » le seraient (Me BLATTER s'est exprimé ainsi au colloque DALLOZ-AJDI du 27 février 2006 : cité dans AJDI mai 2006). Cette analyse est du reste assez largement confortée par l'arrêt précité du 5 septembre 2012.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 20 juin 2007 (Loyers et copropriété janvier 2008) se réfère encore à la théorie de l'autonomie de gestion, mais c'est pour reconnaître cette autonomie s'agissant d'un locataire exploitant à l'extérieur d'un supermarché. Un arrêt de la Cour de Paris du 14 avril 2010

(AJDI novembre 2010) s’y réfère également (pour un centre de beauté dans un hôtel), mais c’est pour écarter cette autonomie pour des raisons qui révèlent des contraintes incompatibles avec le libre exercice de l’activité, au regard des critères ci-dessus.

En synthèse, et au-delà du vocabulaire utilisé, on doit considérer que le seul fait que le locataire exploite dans une situation dite d’inclusion ne révèle pas à elle seule l’inexistence d’une clientèle personnelle, ce qui ne doit évidemment pas dissuader les propriétaires d’examiner cette question en fin de bail, pour apprécier le droit au renouvellement dudit locataire.

Si la loi du 13 juin 1989 octroie le statut aux GIE dont l’objet est commercial, la jurisprudence tend à le refuser au groupement qui n’exploite pas un fonds caractérisé par l’existence d’une clientèle autre que constituée de ses membres (Cour de Paris, 11.10.2002).

En revanche, dans un arrêt du 27 mars 2002 (Administrer juillet 2003) la Cour de cassation reconnaît la propriété commerciale au locataire franchisé qui apporte les moyens d’attirer une clientèle personnelle et supporte les risques de l’entreprise.

Si la non exploitation du fonds peut être invoquée à l’appui d’un congé avec refus de renouvellement et refus d’indemnité d’éviction dans les conditions que nous verrons (Chapitres II et III), la jurisprudence considère en général que le propriétaire, en cours de bail, ne peut pas poursuivre sur ce motif l’acquisition de la clause de résiliation de plein droit ou la résiliation judiciaire, lorsque le bail ne contient pas une obligation expresse d’exploitation (Cour de cassation, 19.05.2004, Administrer juillet 2004, ou encore 10.06.2009 –deux arrêts- et 06.10.2012). En revanche, une clause contractuelle obligeant le locataire à exploiter permet d’obtenir la résiliation du bail lorsque cette disposition n’est pas respectée (Cour de Paris, 14.06.2006, AJDI novembre 2006).

Sous-section II. Le locataire doit être immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers

La revendication du statut des baux commerciaux, notamment à l’expiration d’une location saisonnière, doit être immatriculé à la date de sa demande (Cour de cassation, 22.01.2014 et 18.06.2014, AJDI novembre 2014).

La Cour de cassation a admis que le locataire titulaire d’un bail commercial statutaire peut prétendre au renouvellement dès lors qu’il est immatriculé au jour de la délivrance du congé ou de la demande de renouvellement (cf. chapitre suivant) et à la date d’effet de ces actes (28.01.2004, Administrer avril 2004, ou 18.05.2005, Administrer juillet 2005, ou encore 22.11.2011, AJDI janvier 2012).

Si le défaut d’immatriculation justifie un refus de renouvellement sans indemnité d’éviction, il ne peut pas permettre, en cours de bail, d’en poursuivre la résiliation, sauf si l’obligation d’immatriculation a été mise au nombre des obligations contractuelles (en ce sens : Cour de Paris, 04.12.2008, AJDI avril 2009, notamment). La jurisprudence contemporaine considère parfois qu’un congé délivré déraisonnablement à l’avance (plusieurs années avant le terme du bail) pour défaut d’immatriculation est frauduleux (Cour de cassation, 05.03.2008, Administrer mai 2008 ; Cour de Paris, 21.05.2008, Administrer octobre 2008 ; mais, contra, Cour de Paris, 11.03.2009, et même cour, 20.06.2012, Administrer octobre 2012).

En tout état de cause, la jurisprudence est bien souvent sévère vis-à-vis du locataire qui n’est pas immatriculé en fin de bail. Elle exige notamment que l’établissement exploité soit l’objet d’une inscription même s’il ne s’agit que d’un établissement secondaire (en ce sens : Cour de cassation, 13.10.1999, ou 15.04.2008 ; Cour de Paris, 29.11.2002, ou 03.11.2008, ou encore 07.10.2009, notamment) – cette exigence ne vaut pas pour un local accessoire, qui n’est pas un établissement secondaire, puisque aucune exploitation commerciale n’y est réalisée (id., 18.10.1989, notamment).

Dans des arrêts du 12 juillet 2000 et 3 mai 2011 (lesquels ne sont pas dans le sens de la jurisprudence antérieure : Cour de cassation, 24.11.1993, notamment) la Cour suprême a même sanctionné commerçant dont le défaut d’immatriculation était dû à une erreur du greffe. La Cour de Paris a reproduit cette jurisprudence (notamment, 17.06.2009, AJDI décembre 2009). Confirmant, par ailleurs, une précédente jurisprudence du 2 juin 1999, la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 octobre

2005, a considéré que la faute du bailleur (laquelle avait conduit le locataire à mettre en sommeil sa société, d'où la radiation) était inopérante pour couvrir un défaut d'immatriculation (Loyers et copropriété, décembre 2005).

Dans le même esprit, la jurisprudence considère que l'immatriculation doit être faite pour l'activité contractuelle, et non pas pour une autre (Cour de cassation, 22.01.2008 ; id., 18.01.2011, Loyers et copropriété mars 2011).

Il existe plusieurs exceptions à l'obligation d'immatriculation :

- L'article L. 145-1 II. du Code de commerce en exempte le propriétaire du fonds en location-gérance (le défaut d'immatriculation du locataire gérant ne privant pas non plus le locataire du bénéfice du statut : Cour de cassation, 15.09.2010, AJDI avril 2010).

- L'article L. 145-1 III., issu de la loi de modernisation de l'économie (dite « LME ») du 4 août 2008 précise que lorsque le bail est consenti à plusieurs preneurs ou indivisaires l'exploitant du fonds bénéficie du statut alors même que ses copreneurs ou coindivisaires ne sont pas immatriculés ; la Cour de cassation jugeait l'inverse (14.11.2007) sauf si les colocataires étaient des époux communs en biens (id., 05.03.1997, notamment). Le nouveau texte ne précise pas, cependant, si cette immatriculation pourra bénéficier à l'ensemble des copreneurs ou coindivisaires.

- Le nouvel article L. 145-1 III. indique aussi qu'en cas de décès du locataire, les héritiers ou ayants droit n'exploitant pas le fonds et demandant « le maintien de l'immatriculation de leur ayant cause pour les besoins de la succession » profitent également du statut.

Section II. Baux commerciaux et conventions exclus du statut

Les baux commerciaux ou conventions de type locatif réputés exclus du statut alors même que les conditions de son application pourraient sembler réunies, en tout cas pour l'essentiel, constituent des hypothèses moins fréquentes.

Sous-section I. Les baux dérogatoires

L'article L. 145-5 du Code de commerce autorise les parties à s'affranchir du statut dans le cadre d'un bail commercial de deux ans au plus, d'où l'appellation souvent retenue de « bail de courte durée » :

« Les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux du preneur, déroger aux dispositions du présent chapitre à la condition que la durée totale du bail ou des baux successifs ne soit pas supérieure à trois ans. A l'expiration de cette durée, les parties ne peuvent plus conclure un nouveau bail dérogeant aux dispositions du présent chapitre pour exploiter le même fonds dans les mêmes locaux »

Le texte ci-dessus a été modifié par les lois LME et PINEL.

En dépit de sa formulation qui fait référence à « l'entrée dans les lieux du preneur », et ceci avant même les dernières réformes précitées, la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 15 octobre 2014 (Gaz. Pal. 23 au 25.09.2014) que l'on pouvait convenir d'un bail dérogatoire après la résiliation conventionnelle d'un bail statutaire.

En revanche, l'article L. 145-5 autorise le bail dérogatoire sans qu'il soit nécessaire de justifier d'une circonstance particulière. C'est ici l'une des différences avec la convention d'occupation précaire (cf. infra). Toutefois, la volonté de déroger doit être claire et non équivoque (Cour de cassation, 08.11.1972) et la seule durée de deux ans au plus ne suffit pas à caractériser un bail dérogatoire selon

la dernière jurisprudence de la Cour suprême plus exigeante, en cela, que certaines décisions plus anciennes (02.02.2005, Administrer avril 2005).

Par ailleurs, l'article L. 145-5, second alinéa, modifié par la loi PINEL, dispose :

« Si, à l'expiration de cette durée, et au plus tard à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de l'échéance, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par les dispositions du présent chapitre. » Le locataire maintenu dans les lieux à l'issue d'un délai d'un mois à compter de l'échéance est donc de plein droit titulaire d'un nouveau bail statutaire, à défaut de manifestation expresse d'une intention contraire pendant ladite période. Ce nouveau bail est un bail de neuf ans, avec la faculté statutaire de résiliation triennale : il ne s'agit pas d'un bail à durée indéterminée que l'on pourrait dénoncer à tout moment (Cour de Colmar, 30.11.2006, Gaz. Pal. 25 et 26.07.2007).

La situation est donc risquée pour le bailleur qui souhaite récupérer son local, voire pour le locataire qui souhaite partir.

Ce nouveau bail suppose, selon la jurisprudence, (Cour de cassation, 15.10.2008 ; id. 24.06.2009, Loyers et copropriété décembre 2009 ; Cour de Caen 12.05.2010 et Cour de Paris 17.11.2010, Loyers et copropriété avril 2011), que la location réponde aux conditions légales d'application du statut : doivent donc être vérifiées l'existence d'un local et l'exploitation d'un fonds. (Néanmoins, deux arrêts désormais un peu anciens de la Cour de cassation avaient admis que le défaut d'immatriculation ne mettait pas en échec la naissance du nouveau bail : 30.04.1997 et 19.07.2000 ; dans le même sens, Cour de Chambéry, 17.01.2012, AJDI mars 2013. Cette jurisprudence n'est pas en phase avec les arrêts des 22 janvier et 18 juin 2014, précités en Section I.).

A défaut d'accord des parties sur le loyer du nouveau bail, se pose la question de la manière dont il doit être déterminé. Alors qu'il était généralement admis que le nouveau bail statutaire était aux clauses et conditions du bail expiré ne contrevenant pas aux règles impératives du statut et notamment, par voie de conséquence, au loyer du bail échu (Cour de Versailles, 30.09.1993, notamment), la Cour de Paris a plus récemment jugé que le prix du nouveau bail devait être fixé à la valeur locative (12.01.2005, Loyers et copropriété, mars 2005 ; ou encore 18.10.2006, Administrer mars 2007). La Cour de cassation a statué dans le même sens par une première décision du 14 décembre 2005 (Loyers et copropriété, février 2006), puis à nouveau par un arrêt du 5 février 2008 (Administrer avril 2008). Dans un autre arrêt du 31 octobre 2007 (Administrer février 2008), la Cour de Paris a précisé que la valeur locative en cause est « la valeur locative du marché » (et non pas la valeur locative statutaire : cf. chapitre V), puis, dans une décision du 2 septembre 2009 (Administrer novembre 2009) qu'il convenait d'exclure les prix des baux dérogatoires pour calculer ladite valeur.

La jurisprudence sanctionne très sévèrement le bailleur qui n'a pas régi pendant le délai légal en concluant à l'application du statut. La nouvelle rédaction du second alinéa précité de l'article L. 145-5 n'est pas interprétée de la même manière par l'ensemble de la doctrine. Selon la lecture la plus prudente du texte, et en dépit du délai de grâce d'un mois prévu par cette nouvelle rédaction, il semble prudent pour le propriétaire de délivrer congé avant le terme contractuel.

La Cour de cassation a jugé qu'aucune clause du bail dérogatoire ne pouvait dispenser ledit propriétaire de faire connaître au preneur son opposition au maintien dans les lieux (arrêt du 04.05.2010 ; jurisprudence reprise le 2 décembre 2011 par la Cour d'Aix-en-Provence, qui précise en outre qu'une telle clause est inopérante qu'elle figure dans le bail dérogatoire lui-même ou encore dans un avenant –AJDI février 2011). (La Cour de Bordeaux avait admis le contraire dans une décision du 25 mars 2008.)

La délivrance d'un congé avant le terme permet au bailleur de poursuivre l'expulsion si le preneur ne libère pas les locaux, ou encore de négocier un bail commercial statutaire à de nouvelles conditions sans que ces négociations puissent permettre au locataire de plaider qu'il est maintenu en possession (en ce sens, pour des négociations après l'échéance du bail dérogatoire : Cour de cassation, 05.06.2013). A défaut de congé, dans une affaire où le bailleur s'était contenté en fin de bail dérogatoire d'« indiquer » (semble-t-il, de façon informelle) au locataire qu'il s'opposait en maintien en possession et avait repris après le terme des négociations qui avaient finalement échoué, le locataire a plaidé avec succès le maintien en possession (id., 28.06.2011, Administrer août-septembre 2011).

La jurisprudence a admis qu'en cas de maintien en possession à l'issue d'un bail dérogatoire le locataire puisse renoncer au statut. Cette renonciation ne peut se concevoir que lorsque le locataire maintenu en possession peut prétendre au statut (Cour de cassation, 05.04.2011, AJDI mai 2011, notamment). Par ailleurs, une telle renonciation doit être claire, dépourvue d'équivoque (id., 23.02.1983) et intervenir en toute connaissance de cause (id., 02.04.2003, Administrer juin 2003, ou encore 05.04.2011 précité) : la conscience qu'a le preneur qu'il peut prétendre au statut doit donc apparaître. Dès lors, la Cour de cassation tend à considérer que la seule conclusion d'un autre bail dérogatoire ne caractérise pas la renonciation (id., 19.11.2003, Administrer février 2004 ; mais en sens contraire, Cour de Paris 05.10.2006, AJDI mars 2007, ou encore Cour de Colmar, 30.06.2010). La renonciation au statut peut éventuellement émaner du propriétaire dans le cas, plus rare, où c'est le locataire qui soutient qu'en dépit de son maintien en possession il ne s'est pas formé un bail statutaire. Le maintien de cette jurisprudence est toutefois incertain, au regard de la nouvelle rédaction de l'article L. 145-5 issue de la loi PINEL.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi PINEL, l'article L. 145-5 dispose également qu'un état des lieux amiable (ou par huissier, à frais partagés par moitié) doit être établi lors de la prise de possession des locaux et lors de leur restitution. L'état des lieux d'entrée est joint au bail ou conservé par les parties. (Sur l'état des lieux en matière de bail commercial statutaire, cf. Chapitre IV. et étude sur les réparations locatives.)

Sous-section II. Les conventions d'occupation précaire

Il faut se garder de confondre le bail dérogatoire avec la convention d'occupation précaire, ce que font souvent les praticiens, notamment en utilisant l'appellation erronée de « bail précaire » pour désigner le bail dérogatoire. Issue de la pratique, la convention d'occupation précaire est, depuis la loi PINEL, définie par l'article L. 145-5-1 du code de commerce comme se caractérisant « quelque soit sa durée, par le fait que l'occupation des lieux n'est autorisée qu'à raison de circonstances particulières indépendantes de la seule volonté des parties ». Cette définition est conforme à celle issue de la jurisprudence préexistante de la Cour de cassation.

L'article précité exclut cette convention du statut, comme le faisait jusqu'alors la jurisprudence.

La convention d'occupation précaire se distingue du bail dérogatoire en ce qu'elle peut excéder deux ans, et en ce qu'elle doit être dictée par des circonstances particulières justifiant l'absence de bail (ex : l'incendie des locaux loués, Cour de cassation 02.04.2003 ; ou un projet d'urbanisme faisant redouter une expropriation, Cour de Caen, 14.04.2005 ; ou encore la volonté de vendre manifestée par le bailleur avant la signature de la convention, Cour de Rennes, 09.11.2004 ou Cour de Paris, 19.09.2007 –Loyers et copropriété décembre 2007, etc.).

Le défaut de circonstances particulières objectives permet à l'occupant de plaider avec succès la requalification en bail commercial (Cour de Montpellier, 21.09.2011, AJDI septembre 2011).

L'arrêt précité rendu par la Cour de Paris le 19 septembre 2007 admet que le motif de précarité ne doit pas nécessairement figurer dans l'acte. Cette mention reste cependant souhaitable car il existe une jurisprudence en sens contraire : Cour de Rennes, 23.11.2010, AJDI février 2011).

La convention d'occupation précaire diffère donc du bail par ses caractéristiques, mais aussi par ses conséquences : à son expiration, aucun droit au statut (ni aucun droit locatif) n'est ouvert au bénéficiaire (Cour de cassation, 02.04.2003 précité ; ou encore Cour de Paris, 11.10.2006, AJDI mars 2007). Il semble néanmoins prudent de ne pas laisser perdurer une occupation précaire au-delà du terme si l'on veut éviter tout débat inutile, d'autant que la jurisprudence a pu admettre le droit de l'occupant au statut en cas de maintien des rapports contractuels après la disparition du motif de précarité (en ce sens, Cour de Paris, 04.07.2007, AJDI janvier 2008).

Sous-section III. Les locations saisonnières

L'exploitation saisonnière (pendant « une période de l'année propice à une activité ou à la fréquentation d'un lieu » (Me BLATTER, *Droit des baux commerciaux*) s'oppose à l'existence d'une clientèle fixe attachée au commerçant laquelle, nous l'avons dit, conditionne l'application du statut.

Il faut cependant ajouter que les juges ne sont pas liés par la qualification employée par les parties et que, par conséquent, en dépit des termes utilisés, le statut sera appliqué si les circonstances font apparaître une continuité de la location (Cour de cassation, 13.06.1998, notamment). La jurisprudence récente admet cependant qu'une occupation sans exploitation pendant l'intersaison n'emporte pas le bénéfice du statut lorsqu'elle résulte d'une simple tolérance du propriétaire (id., 19.04.2005, dans une espèce où les bailleurs avaient pris la précaution de faire signer au locataire un écrit en ce sens ; ou encore 18.01.2011, Loyers et copropriété mars 2011), mais il n'en a pas toujours été ainsi dans le passé : cette pratique est donc à risque. Par ailleurs, le locataire maintenu dans les lieux après la location saisonnière peut valablement renoncer au statut (Cour de cassation, 10.11.2010), l'ordre public du statut étant, nous l'avons vu, un ordre public de protection.

La revendication du statut des baux commerciaux par le locataire titulaire d'un bail saisonnier exploitant au-delà de la saison contractuelle avec l'accord du bailleur suppose que le premier soit immatriculé à la date de l'assignation, selon un arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2014 (précité).

Section III. Les baux soumis conventionnellement au statut

L'extension conventionnelle du statut est la soumission audit statut par la seule volonté des parties de baux qui n'y sont pas soumis de plein droit. Elle doit de préférence être expresse, et en tout cas dépourvue d'équivoque (Cour de Paris, 15.02.2006, notamment). Elle ne peut se déduire de la seule référence au statut ni de l'intitulé du contrat (Cour de cassation, 14.05.2008 ; Cour de Pau, 11.12.2007), ni encore, en principe, de la présence des clauses habituelles dans un bail commercial (Cour de cassation, 04.03.1987). Il faut donc qu'il apparaisse que les parties ont souhaité se soumettre au statut alors qu'elles savaient que celui-ci n'avait pas vocation à s'appliquer, a priori (id. 28.11.2003, AJDI novembre 2004). Les juges ont cependant parfois tendance à déduire cette volonté commune des parties de l'intitulé et du contenu du bail, ce qui ruine en partie l'incidence pratique des principes posés (pour un exemple : arrêt de la Cour de Paris du 15.02.2006 précité ; id. 17.09.2008 et Cour de Montpellier 25.04.2012). L'adoption conventionnelle du statut pose donc d'assez nombreuses difficultés que la lecture d'une jurisprudence reposant sur une analyse au cas par cas de la volonté des parties ne permet pas toujours de résoudre.

Une fois acquise, l'extension conventionnelle interdit en principe au bailleur de se prévaloir, au terme du bail, du défaut de respect des conditions d'application du statut, qu'il s'agisse de l'absence d'immatriculation ou du défaut d'exploitation d'un fonds (Cour de cassation, 1^{er} juillet 2003, Administrer octobre 2004 ; id., 09.02.2005, Administrer mai 2005 ; id., 10.07.2007, AJDI novembre 2007 ; id., 09.12.2008 ; Cour de Paris 23.01.2004, 15.02.2006, ou encore 27.06.2007, AJDI mai 2008 ; Cour de Montpellier, 25.04.2012, précité). Toutefois, la Cour de cassation a jugé le 18 janvier 2011 que le locataire commerçant était tenu d'être immatriculé alors même qu'une application volontaire du statut lui avait été consentie. Depuis l'intervention d'un arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 17 mai 2002, il semble bien que l'adoption volontaire du statut soit totale, permanente et définitive, ce qui était controversé dans l'état antérieur du droit. Cela signifie qu'il ne serait plus possible de choisir d'adopter conventionnellement une partie et une partie seulement des dispositions

d'ordre public du statut, en excluant par exemple la propriété commerciale (Cf. chapitre suivant sur cet arrêt).

L'extension conventionnelle n'est possible que si elle ne fait pas échec à un autre régime d'ordre public, tel celui de la loi du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation.

Toutefois, l'article L. 145-2 I. 7° du Code de commerce, créé par la loi LME du 4 août 2008, prévoit désormais que les parties peuvent soumettre conventionnellement au statut un bail exclusivement professionnel, par dérogation à l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986, article d'ordre public concernant les locations professionnelles.

Dans un arrêt du 12 mars 2012 (AJDI mai 2013), la Cour de Basse-Terre a admis que les parties puissent renoncer au statut des baux commerciaux au profit du régime de l'article 57-A. Ce montage contractuel est pourtant sujet à caution dans la mesure où, à la différence du précédent, il a pour résultat d'évincer des règles d'ordre public (celles du statut) sans que cette éviction soit prévue par la loi.

CHAPITRE II. LA DUREE DU BAIL COMMERCIAL ET SON RENOUVELLEMENT

Section I. La durée

La durée du bail commercial est essentiellement traitée par l'article (impératif) L. 145-4, premier alinéa, du Code de commerce, lequel dispose :

« La durée du contrat de location est au moins égale à neuf ans. Toutefois, le preneur a la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale, dans les formes et délai de l'article L. 145-9. »
Par ailleurs, la faculté de donner congé dans les formes et délais légaux peut être utilisée à tout moment, en cours de bail, par le locataire partant à la retraite ou frappé d'invalidité (article L. 145-4, 3^{ème} alinéa) ; ces dispositions sont applicables à l'associé unique d'une EURL ou au gérant majoritaire depuis au moins deux ans d'une SARL ou encore, depuis la loi PINEL, aux héritiers du preneur décédé.

Deux idées forces se dégagent donc du texte précité, qui sont la durée minimale incompressible de neuf ans (sauf bail dit dérogatoire de l'article L 145-5) et la faculté pour le locataire seul de donner congé à chaque période triennale (faculté écartée, toutefois, pour les locataires exploitant des résidences de tourisme : article L. 145-7-1 issu de la loi du 22 juillet 2009). Depuis l'intervention de la loi PINEL, il n'est plus possible de déroger contractuellement au droit de résiliation triennal du locataire sauf pour les baux conclus pour plus de neuf ans, les baux des locaux monovalents ou à usage exclusif de bureaux (cf. Chapitre V pour ces trois baux), et les baux des locaux de stockage.

[Le bailleur peut aussi donner congé pour l'expiration d'une période triennale « s'il entend invoquer les dispositions des articles L. 145-18, L. 145-21 L. 145-23-1 et L. 145-24... » (article L. 145-4, second alinéa).

L'article L. 145-18 autorise le bailleur qui souhaite construire ou reconstruire l'immeuble, ou encore « effectuer des travaux nécessitant l'évacuation des lieux compris dans un secteur ou périmètre prévu aux articles L. 313-3 à L. 313-4-2 du Code de l'urbanisme » (secteurs des opérations de restauration immobilière : dans ces secteurs, les articles L. 145-6 et L. 145-7 organisent, en outre, une procédure de reprise à tout moment par le bailleur, moyennant relogement) à refuser le renouvellement pour la fin du bail mais aussi à délivrer congé pour la fin d'une période triennale. Ce congé entraîne pour le locataire le droit à indemnité d'éviction (cf. infra) sauf offre d'un local de remplacement répondant à ses besoins et possibilités dans un emplacement équivalent, offre que le locataire est réputé avoir acceptée s'il n'a pas saisi le juge dans les trois mois de sa signification.

Cette procédure suppose que le bailleur démontre son intention réelle de faire les travaux (Cour de cassation, 27.10.1993), mais il est présumé de bonne foi et n'est donc pas tenu de justifier des autorisations d'urbanisme lors de la délivrance du congé (Cour de Paris, 26.04.2000). Cette bonne foi n'a pas été retenue par la Cour de Paris dans un arrêt du 13 mai 2004 (Administrer, août-septembre 2004) au motif de la vente de l'immeuble un mois après le congé à une société ayant le projet de démolir et reconstruire (le projet n'étant donc pas, manifestement, celui du bailleur d'origine qui avait délivré le congé). Le bailleur doit aussi, en cas de relogement, rembourser au locataire ses frais normaux de déménagement et emménagement ainsi que, « le cas échéant », l'indemniser de sa privation temporaire de jouissance (perte temporaire de chiffre d'affaire) et de la moins-value de son fonds (perte partielle de clientèle).

Les travaux de démolition-reconstruction visés par l'article ci-dessus sont l'objet d'une jurisprudence hétérogène. La plupart des décisions exigent une reconstruction totale de l'immeuble (Cour de Paris, 19.01.1960). D'autres appliquent le texte en cas de démolition partielle (TGI Paris, 03.05.2001) ou de reconstruction partielle (Cour de Paris, 26.04.2000 précité).

L'article L. 145-21 permet quant à lui au bailleur qui souhaite surélever l'immeuble de différer le renouvellement du bail pendant trois ans, ou encore de suspendre le bail pendant trois ans à l'expiration d'une période triennale. Dans ce cas, le locataire a droit à une indemnité égale, au plus, à trois ans de loyer.

Par ailleurs, l'article L. 145-24 autorise le bailleur qui a obtenu un permis de construire pour un local d'habitation sur un terrain nu soumis au statut de refuser le renouvellement en fin de bail ou de donner congé en fin de triennale, sur la partie du terrain indispensable à l'opération. L'indemnité ou l'offre de remplacement prévues dans le cadre de la procédure de l'article L. 145-18 sont exigibles dans les mêmes termes, si la reprise entraîne obligatoirement une cessation de l'exploitation.

Enfin, l'article L. 145-23-1, créé par la loi ENL du 13 juillet 2006, autorise sous certaines conditions et organise la reprise par le bailleur, en fin de période triennale (et donc aussi au terme du bail), des locaux d'habitation accessoires s'ils ne sont pas affectés à cet usage.]

La durée précitée de neuf ans est un minimum : rien n'interdit aux parties de prévoir une durée plus longue, notamment de douze ans, ainsi que cela se pratique beaucoup dans les centres commerciaux. Une durée de plus de neuf ans permet au bailleur, comme précisé ci-dessus, d'écarter le droit de résiliation triennale du locataire.

La conclusion d'un bail pour plus de neuf ans entraîne en outre, pour le bailleur, un avantage en matière de loyer de renouvellement (cf. chapitre V).

Section II. Le Renouvellement

Le renouvellement du bail commercial est traité par les articles L. 145-8 à L. 145-13 du Code de commerce. En réalité, ce corps d'articles traite non seulement du renouvellement du bail mais encore du congé et de la tacite reconduction, dont il sera donc aussi question ci-après.

Les règles chronologiques développées ci-dessous ont été reformulées par la loi « Warsmann » du 22 mars 2012 afin de dissiper des ambiguïtés attachées à la rédaction antérieure.

L'article L. 145-8 traite du droit au renouvellement, que nous étudierons dans le chapitre consacré au refus de renouvellement.

L'article L. 145-9, premier alinéa, dispose : « ... les baux de locaux soumis aux dispositions du présent chapitre ne cessent que par l'effet d'un congé donné six mois à l'avance ou d'une demande de renouvellement ». Ce congé peut être théorique : il s'agit du congé dit avec offre (de renouvellement) délivré à la demande du bailleur, le plus souvent pour augmenter le loyer, qui provoque le renouvellement du bail le lendemain de sa date d'effet, laissant perdurer néanmoins le débat sur le loyer et la possibilité d'exercer le droit d'option –cf. infra- (il s'agit donc d'un renouvellement « virtuel »).

De la même manière, le locataire peut demander le renouvellement de son bail ce qu'il fera, souvent, lorsqu'il prétend à une baisse du loyer (cet acte entraînant aussi le renouvellement « virtuel » du bail, sauf si le propriétaire s'y oppose). Aux termes de l'article L. 145-10 la demande de renouvellement doit être faite (par acte d'huissier) dans les six derniers mois du bail pour prendre effet à son échéance. Nous reviendrons sur deux actes dans le chapitre V.

Le préavis légal de six mois du congé peut par ailleurs être allongé contractuellement (Cour de cassation, 09.03.2004, Administrer mai 2004 ; id., 18.06.2013, Administrer août-septembre 2013), mais non réduit.

Il n'est pas nécessairement abusif de délivrer un congé longtemps à l'avance (Cour de Paris, 16.12.2002 ; ou encore même Cour, 11.03.2009, Loyers et copropriété juillet-août 2009 : congé délivré sept ans à l'avance, mais après plusieurs mises en demeure), sous réserve de la mauvaise foi du

bailleur (pour un exemple, Cour de cassation 05.03.2008, précité Chapitre Ier, Section I, Sous-section II).

Le congé délivré pour une date prématurée n'est pas nul, ses effets sont différés à la bonne date (Cour de cassation, 09.10.1996). De même un congé tardif (ne respectant pas le délai de préavis) verra ses effets différés à la bonne date.

L'article L. 145-9, second alinéa, précise que : « *A défaut de congé ou de demande de renouvellement, le bail fait par écrit se prolonge tacitement au-delà du terme fixé par le contrat. Au cours de la tacite prolongation, le congé doit être donné au moins six mois à l'avance et pour le dernier jour d'un trimestre civil* »

A défaut de congé délivré au moins six mois avant la fin du bail (ou de demande de renouvellement, précise expressément le texte depuis l'intervention de la loi LME) le bail se prolonge donc pour une durée indéterminée. Le congé délivré trop tardivement pour prendre effet à la date de fin du bail en cours, ou délivré au cours de la reconduction à durée indéterminée, ne prend effet que six mois plus tard au moins ; « au moins » car ses effets sont reportés au dernier jour du trimestre en cours.

L'article L. 145-12 dispose, quant à lui, que la demande de renouvellement signifiée en cours de tacite prolongation prend effet au premier jour du trimestre civil qui la suit.

L'article L. 145-9, dernier alinéa, indique que le congé doit être donné par acte extra-judiciaire (ou, depuis la loi PINEL, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception) et, à peine de nullité, être motivé et indiquer le délai de prescription de deux ans donné au locataire pour le contester ou demander une indemnité d'éviction. La Cour de cassation a jugé que la forme légale est d'ordre public (arrêt du 17 mai 2002, précité chapitre Ier, notamment). La motivation ne s'impose pas dans tous les cas : le congé du locataire en triennale ou en fin de bail, le congé avec offre de renouvellement, ou le congé avec refus de renouvellement et offre d'indemnité d'éviction (sur ces notions, cf. Chapitre suivant) n'ont pas à être motivés (en ce sens, et pour un congé avec refus de renouvellement et offre d'indemnité : Cour de cassation, 08.02.2006, Administrer avril 2006 ; id., 17.09.2013, Loyers et copropriété novembre 2013).

L'article L. 145-12 indique que « la durée du bail renouvelé est de neuf ans, sauf accord des parties sur une durée plus longue ». Selon deux arrêts de la Cour de cassation du 2 octobre 2002 et du 18 juin 2013 (Administrer, décembre 2013), cet accord ne peut pas précéder la date du renouvellement : la clause du bail d'origine prévoyant qu'en cas de renouvellement celui-ci interviendra pour une durée supérieure à neuf ans est donc sans valeur. (Dans le même sens : Cour de Paris, 18.06.2014, Administrer octobre 2014.)

Précisons enfin que l'article L. 145-57 permet au locataire de renoncer au renouvellement, qu'il avait demandé ou qui lui avait été proposé, ou encore au bailleur de le refuser, après l'avoir proposé ou accepté (à charge pour lui de payer l'indemnité d'éviction, cf. infra), au plus tard dans le mois qui suit la signification de la décision définitive relative au loyer de renouvellement (et à tout moment avant, sauf si un accord est intervenu sur le loyer de renouvellement - Cour de cassation, 23.03.2011, Administrer mai 2011, notamment – y compris pendant une procédure d'appel – id., 11.12.2013, Loyers et copropriété février 2014). C'est ce que l'on appelle le droit d'option, dont l'exercice oblige à supporter les frais de l'instance (s'il y en a eu une). L'exercice du droit d'option (lequel suppose, uniquement pour le bailleur, le recours à l'acte extrajudiciaire) met en échec le renouvellement (lequel a donc un caractère provisoire, tant que le délai d'exercice du droit d'option n'est pas expiré). L'option du bailleur est irrévocable (article L. 145-59).

Nota : pour le droit de repentir, autre revirement possible, cf. Chapitre V.

Lorsque le renouvellement a lieu, l'article L. 145-12 du Code de commerce indique que le nouveau bail prend effet à compter de l'expiration du précédent, ou de sa prolongation (l'expiration de la prolongation est la date d'effet du congé ou le terme d'usage suivant la demande de renouvellement), ou encore à celle de l'exercice du droit de repentir (sur ce droit, cf. chapitre V). Le bail est renouvelé aux clauses et conditions du bail échu, sauf accord des parties (Cour de cassation, 03.02.1988), excepté le recours possible au juge pour le loyer (cf. infra).

CHAPITRE III. LE DROIT AU RENOUELEMENT ET LE REFUS DE RENOUELEMENT

Le statut des baux commerciaux se caractérise essentiellement par ce que l'on appelle la « propriété commerciale », régie par des dispositions impératives.

La propriété commerciale s'entend du droit qu'a le locataire sur son bail et, plus particulièrement, celui d'en obtenir lorsqu'il arrive à échéance :

- soit le renouvellement ;
- soit, à défaut (c'est à dire en cas de refus de renouvellement), une indemnité d'éviction.

Section I. Le droit au renouvellement

L'article L. 145-8 du Code de commerce garantit au « propriétaire du fonds exploité dans les lieux » le droit au renouvellement de son bail. (La condition de nationalité française prévue par le statut à l'origine a été abrogée par la loi PINEL).

Ce droit n'existe que si le locataire répond aux conditions d'application du statut, ou encore en cas de soumission conventionnelle à ce même statut. Ces questions ont déjà été examinées ; aussi n'y reviendrons-nous pas. Nous précisons cependant que le droit au renouvellement, du point de vue du respect des conditions statutaires, s'apprécie à la date de la délivrance du congé ou de la demande de renouvellement, lesquels ont donc pour effet de « geler » la situation locative.

Cette première condition (application du statut, soit de plein droit, soit par soumission conventionnelle) est nécessaire pour que le droit au renouvellement existe, mais elle n'est pas suffisante hormis l'hypothèse de la soumission conventionnelle : l'article L. 145-8, second alinéa, ajoute en effet que le locataire postulant au renouvellement doit également « sauf motif légitime » pouvoir justifier d'une « exploitation effective (du fonds) au cours des trois dernières années qui ont précédé la date d'expiration du bail ou de sa reconduction. »

Cette exploitation de trois ans doit être continue et porter sur le même fonds, le cas échéant transformé par voie de déspecialisation (cf. infra).

Quant aux motifs légitimes pouvant dispenser le locataire de respecter cette obligation, il peut ne pas s'agir d'une impossibilité d'exploiter le fonds (Cour de cassation, 06.10.1982, Bull. civ. III n° 191).

Section II. Le refus de renouvellement et l'indemnité d'éviction

Sous-section I. Le refus de renouvellement

Le refus de renouvellement est régi par les articles L. 145-14 et suivants du Code de commerce. Il suppose la délivrance d'un congé, dans les conditions de forme et de délai déjà examinées (ou encore une réponse négative à la demande de renouvellement du locataire : cf. chapitre relatif au loyer de renouvellement). Ce congé est appelé en pratique « congé avec refus de renouvellement », pour le

distinguer du « congé avec offre de renouvellement », dont l'objectif, le plus souvent, est de permettre au bailleur d'augmenter le loyer. Selon les cas, le congé avec refus de renouvellement est accompagné ou non d'une offre d'indemnité d'éviction.

Le refus de renouvellement ouvre au locataire le droit à l'indemnité d'éviction (cf. I.2.), sauf en cas d'insalubrité reconnue par l'Administration justifiant une démolition ou de dangerosité des locaux et, surtout, de « motif grave et légitime », qui permettent au bailleur de refuser le renouvellement ET l'indemnité d'éviction.

L'article L. 145-17 du Code de commerce dispose :

« I. – Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail sans être tenu au paiement d'aucune indemnité :

1° S'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du locataire sortant. Toutefois, s'il s'agit soit de l'inexécution d'une obligation, soit de la cessation sans raison sérieuse et légitime de l'exploitation du fonds, compte tenu des dispositions de l'article L. 145-8, l'infraction commise par le preneur ne peut être invoquée que si elle s'est poursuivie ou renouvelée plus d'un mois après mise en demeure du bailleur d'avoir à la faire cesser. Cette mise en demeure doit, à peine de nullité, être effectuée par acte extra-judiciaire, préciser le motif invoqué et reproduire les termes du présent alinéa ; »

La mise en demeure prévue par le texte ci-dessus est inutile lorsque le locataire ne remplit pas les conditions d'application du statut, faute d'existence de local, ou en cas d'absence de fonds, ou à défaut d'immatriculation (Cour de cassation, 23.02.1994, 11.07.2006, ou encore Cour de Paris, 02.07.2008 et 07.12.2011) ; on doit alors parler de refus de renouvellement pour dénégation du droit au bénéfice du statut plutôt que de refus de renouvellement pour motif grave et légitime. La mise en demeure est également inutile lorsque l'infraction ne peut pas être régularisée (id, 28.02.1968, ou Cour de Paris, 13 février 2004, id. 16.10.2013 –Loyers et copropriété février 2014- ; ou encore même cour, 26.02.2014, Loyers et copropriété avril 2014). Elle est requise, en revanche, en cas de non exploitation temporaire ayant laissé subsister le fonds (Cour de cassation, 16.02.1982 ; ou Cour de Toulouse, 12.03.2008, Loyers et copropriété septembre 2008 ; ou encore Cour de Paris, 03.03.2010, Loyers et copropriété septembre 2010), encore que la jurisprudence rendue sur cette situation comprenne des décisions de nature à nuancer cette obligation. Elle est également requise en cas d'impayé de loyers, ce qui prive le bailleur de la faculté d'invoquer le texte en cas de simples retards, régularisés dans le mois de la sommation, même répétés (id., 09.11.1981). Elle peut figurer dans le même acte que le commandement visant la clause résolutoire à condition que ledit acte la mentionne distinctement (Cour de Paris, 18.11 1997).

La jurisprudence considère habituellement que la nullité de la mise en demeure, ou son absence, ou encore le caractère infondé des motifs, ou leur absence, n'entraînent pas la nullité du refus de renouvellement mais permettent seulement au locataire de prétendre à l'indemnité d'éviction (en ce sens, notamment, Cour de cassation 15.05.2008, Loyers et copropriété juillet-août 2008 ; id. 28.10.2009, Loyers et copropriété décembre 2009, 19.12.2012, Administrer mars 2013, 19.02.2014, Administrer mai 2014).

Comme le texte l'induit, le motif grave et légitime peut ne pas être la non exécution d'une obligation contractuelle, ni la cessation d'exploitation (exemple : agissement délictueux envers l'épouse du bailleur, Cour de cassation, 06.03.1996 ; ou encore faux bail établi à son profit par le père de la locataire, que cette dernière s'était substitué dans l'exploitation du fonds, id. 11.06.2008), auquel cas la mise en demeure n'est pas requise.

Le caractère grave et légitime relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

[sous-location irrégulière : Cour de cassation, 05.01.2010 (AJDI mars 2010) ;

présence de quatorze chiens dans un hôtel restaurant ; id. 03.04.2001 (Gaz. Pal. 08 et 09.02.2002)].

En outre, les articles L. 145-18, L. 145-21, L. 145-23-1 et L. 145-24 du Code, qui légitiment le congé du bailleur en fin de triennale, peuvent être également invoqués à l'appui d'un congé avec refus de renouvellement (cf. chapitre précédent).

Enfin, l'article L. 145-22 autorise, sous certaines conditions, le bailleur à reprendre en fin de bail les locaux d'habitation accessoires, pour se loger ou pour loger sa famille.

Sous section II. L'indemnité d'éviction

§.1 Le calcul de l'indemnité d'éviction

L'article L. 145-14, second alinéa, du Code de commerce dispose :

« Cette indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre. » Elle est appréciée souverainement par les juges du fond (Cour de cassation, 03.11.1971).

On voit que le texte ci-dessus emporte une présomption de perte du fonds, auquel cas le locataire aura droit à une indemnité de remplacement. Si le bailleur établit que le préjudice est moindre, parce que le fonds a été transféré ou peut l'être sans perte significative de clientèle, notamment lorsque celle-ci n'est pas attachée au local mais à la personne du locataire ou à son activité (exemple : un grand couturier, Cour de cassation, 21.03.1968), il n'aura à verser qu'une indemnité dite de déplacement ou de transfert. Tel est le cas aussi pour des bureaux.

Cela étant, il ne pourra être question de verser une indemnité de transfert si l'indemnisation du transfert s'avère plus lourde que celle de la perte de fonds, compte tenu des postes accessoires de ladite indemnité de transfert (cf. B/), la solution la plus économique devant être retenue (Cour de cassation, 16.12.1997).

Il faut préciser que l'indemnité d'éviction doit être appréciée, lorsque le locataire n'a pas encore quitté les lieux, à la date la plus proche possible de son éviction, c'est-à-dire celle à laquelle le juge statue (Cour de cassation, 06.03.1995 et 28.09.2011 –AJDI avril 2012-, notamment), y compris s'il s'agit d'une indemnité de transfert (id., 24.11.2004, Loyers et copropriété janvier 2005). Dans un arrêt du 26 mars 2009 (Loyers et copropriété juin 2009), la Cour de Paris a cependant admis une majoration au motif que la restructuration du quartier *en cours* à la date de la décision aurait entraîné une valorisation du fonds.

Lorsque le locataire a quitté les lieux lorsque le juge statue, l'indemnité doit être appréciée au jour du départ (Cour de cassation, 26.09.2001, notamment).

A. L'indemnité de remplacement

Depuis un arrêt de la Cour suprême du 20 mai 1980, il est jugé avec constance que la valeur du fonds de commerce doit être au moins égale à celle du droit au bail (sur cette dernière, cf. B/), laquelle constitue donc un plancher (pour une application de cette règle : Cour de Poitiers, 17.04.2012, Administrer juin 2012 ; Cour d'Aix-en-Provence, 02.10.2014, Administrer novembre 2014). Cela signifie qu'en cas d'entreprise à très faibles bénéfices, voire déficitaire, le locataire aura la garantie d'être indemnisé au moins à hauteur de son bail (en ce sens, notamment, TGI de Paris, 09.11.2010).

Dérogeant à cette jurisprudence jusqu'alors constante, la Cour de Paris a jugé le 20 mars 2013 (Administrer mai 2013) a cantonné la valeur du droit au bail à celle du fonds, dans une espèce où la seconde excédait la première. Elle est revenue depuis à la jurisprudence classique (arrêts des 15 et 22 mai 2013, Administrer juillet 2013).

Cette précision étant faite, venons en maintenant au poste principal de l'indemnité de remplacement, c'est à dire à la valeur du fonds. La loi renvoie aux « usages de la profession. » La méthode traditionnelle, encore utilisée le plus souvent, consiste à appliquer à une assiette en général égale au chiffre d'affaires moyen des trois dernières années un pourcentage défini en fonction de la branche d'activité. Les pourcentages utilisés figurent dans des barèmes, tel celui utilisé par l'Administration fiscale. Il existe des méthodes concurrentes, comme celle de rentabilité qui consiste à calculer la valeur du fonds à partir de son cash-flow, et d'autres encore, prisées par tel ou tel expert ou tribunal (telle la méthode de l'expert parisien M. MARX). Les juges parfois tendance aujourd'hui à panacher la méthode traditionnelle et celle de rentabilité pour dégager une moyenne (Cour de Paris, 16.01.2008, Administrer avril 2008, par exemple), à condition toutefois que les résultats de ces deux méthodes se recourent, à défaut de quoi la méthode traditionnelle doit a priori être privilégiée (pour un exemple en ce sens : Cour de Paris, 28.11.2007 ; ou encore id. 29.04.2009, Administrer janvier 2010). Notons que dans des arrêts du 19 juin 2013 (Administrer, octobre 2013) et du 26 septembre 2013 (id. novembre 2013), les cours de Rennes et d'Aix-en-Provence ont procédé à une moyenne alors que les résultats issus des deux méthodes étaient très différents, ce que la doctrine considère en général comme incohérent.

La multiplication des méthodes d'évaluation, les larges marges d'appréciation dans l'application de ces méthodes, et la possible désuétude des usages auxquels renvoie le texte, crée une d'incertitude importante qu'illustre notamment un arrêt rendu le 6 mai 2009 par la Cour de Paris (Administrer août-septembre 2009), dans lequel ladite cour a presque quintuplé l'évaluation des premiers juges.

L'indemnité de remplacement peut comporter également des postes accessoires, dont deux sont cités par l'article L. 145-14 du code : il s'agit des frais dits de remploi (frais et droits de mutation à payer pour l'achat d'un fonds ou d'un bail de même nature) ainsi que des frais de déménagement et de réinstallation. Il existe d'autres postes accessoires possibles (trouble commercial, liquidation du stock, frais de licenciement...).

La jurisprudence attribue en général au titre des frais de remploi un pourcentage de la valeur du fonds (souvent 10% : Cour de Paris, 24.10.2005, Administrer avril 2006 ; Cour d'Aix-en-Provence, 13.05.2011, Administrer juillet 2011). Dans un arrêt du 3 avril 2001 (Administrer, juillet 2001), la Cour de cassation a toutefois jugé que ces frais devaient être évalués in concreto ; dans ce cas d'espèce, le locataire s'était réinstallé sans acheter un fonds de commerce ni payer un pas de porte, ce qui ne justifiait donc pas lesdits frais.

Alors qu'il était admis que les frais de réinstallation n'étaient pas dus en cas d'indemnité de remplacement, la Cour de cassation a jugé le contraire le 21 mars 2007 (Gaz. Pal. 25 et 26 juillet 2007), suivie depuis par la Cour de Paris (24.02.2010, Loyers et copropriété juin 2010 ; id. 27.11.2013, Administrer janvier 2014). Ces décisions sont toutefois justifiées par un concept particulier (Monoprix), dans le premier cas, et des « prestations de grande qualité », dans le second. L'indemnité de réinstallation en cas de remplacement est donc parfois refusée, encore aujourd'hui (TGI Paris 25.10 et 1^{er}.12.2011 ; id. Cour de Paris 27.11.2013 précité). En toute hypothèse, elle n'est versée que sur justificatifs.

L'absence de réinstallation, lorsqu'elle est avérée, s'oppose au paiement des postes accessoires attachés à une réinstallation. Il en est ainsi lorsqu'un locataire de 77 ans, prenant sa retraite, ne justifie d'aucun projet (Cour de cassation, 09.11.2010) ou encore si le locataire déclare (imprudemment) ne pas souhaiter se réinstaller « pour l'instant (Cour de Paris, 16.05.2012, Administrer juillet 2012). Mais il a aussi été jugé que l'absence de réinstallation ne peut se présumer (Cour de cassation, 18.12.2012, Gaz. Pal. 19 et 20.04.2013) et qu'elle ne peut se déduire de l'âge du locataire (Cour de Paris, 21.11.2012, même publication). Dans l'affaire jugée par la Cour de cassation le 18 décembre 2012, le locataire n'était âgé que d'une cinquantaine d'année, ce qui peut contribuer à expliquer la différence de traitement au regard de la décision du 9 novembre 2010.

De façon constante, la jurisprudence exclut de l'indemnité l'impôt sur les plus-values dû par le locataire : Cour de cassation, 11.01.1968 ; ou encore Cour de Paris, 24.10.2005, Administrer avril 2006.

B. L'indemnité de transfert

Le poste principal, nous l'avons vu, est la valeur du droit au bail (laquelle constitue également, rappelons-le, le plancher du poste principal l'indemnité de remplacement).

La méthode la plus fréquemment utilisée pour évaluer ce poste principal est celle dite du différentiel, ou de l'économie de loyer. Il s'agit de calculer la différence, sur un an, entre le loyer libre de marché sans pas de porte des locaux objet de l'éviction et le loyer théorique de renouvellement des mêmes locaux (c'est-à-dire le loyer auquel le bail aurait été renouvelé : cf. chapitre V sur ce loyer) en cause, pour la capitaliser ensuite. Cette capitalisation peut être réalisée de différentes façons : la plus utilisée actuellement consiste à multiplier la différence de loyer ci-dessus par un coefficient de situation, en général de 1 à 9.

Un courant de doctrine et de jurisprudence qui semble se renforcer calcule la valeur du droit au bail, lorsque les locaux de réinstallation sont identifiés, en faisant la différence entre le loyer de ces nouveaux locaux et celui des locaux objet de l'éviction, quitte à appliquer un abattement si les premiers sont mieux adaptés que les seconds (en ce sens, notamment : Cour de Paris, 05.07.2006 et 09.06.2010 ; id. 05.03.2014, Loyers et copropriété mai 2014). Ce mouvement participe de la tendance générale qui consiste à coller au plus près au préjudice réel du locataire.

Une difficulté particulière existe en matière de bureaux. En effet, le loyer de renouvellement de ces locaux est non seulement déplafonné (cf. Chapitre V) mais, en outre, fixé à partir de références issues du seul marché (id.), ce qui semble à première vue exclure l'existence d'un différentiel. Une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence considère donc que l'indemnité de transfert de bureaux doit se réduire aux postes accessoires (en ce sens, Cour de Paris 16^{ème} chambre B, 28.06.2007, Gaz. Pal. 25 et 26.07.2007 ; id. 20.03.2008, Administrer novembre 2008 ; id. 26.02.2009, Administrer mai 2009). Cette opinion ne fait pas l'unanimité, puisque l'on peut aussi considérer que le loyer de renouvellement, même déplafonné, n'est jamais exactement identique à un loyer de marché, ce dernier étant totalement libre et non soumis à une régulation judiciaire (en ce sens : même Cour, 16^{ème} chambre A, 20.06.2007 ; id. 28.06.2007, Administrer avril 2009 ; id. 04.07.2007, Administrer novembre 2007 ; id. 11.06.2008, Administrer novembre 2008). Dans deux arrêts du 12 novembre 2008 (Administrer janvier 2009) et du 4 février 2009 (Administrer avril 2009), la Cour de cassation a confirmé des arrêts d'appel appliquant l'une et l'autre des deux théories, en s'appuyant sur l'appréciation souveraine des juges du fond. (Sur la question des bureaux, voir aussi Chap. V., Sous-Chap. I, Section I).

L'indemnité de transfert peut comporter les mêmes postes accessoires que l'indemnité de remplacement plus, éventuellement, des postes accessoires spécifiques, telle une indemnité pour perte partielle de clientèle.

§ 2 Le versement de l'indemnité d'éviction

Le versement de l'indemnité est régi par les articles L. 145-28 à 30 du Code de commerce.

Article L. 145-28 :

« Aucun locataire pouvant prétendre à une indemnité d'éviction ne peut être obligé de quitter les lieux avant de l'avoir reçue. Jusqu'au paiement de cette indemnité, il a droit au maintien dans les lieux aux

clauses et conditions du contrat de bail expiré. Toutefois, l'indemnité d'occupation est déterminée conformément aux dispositions des sections VI et VII, compte tenu de tous les éléments d'appréciation. (...) »

En pratique, l'indemnité d'occupation est fixée à la valeur locative (Cour de cassation, 21.06.1972), sans application du plafonnement (id., 14.11.1978) minorée le plus souvent d'un abattement de 10 à 30% pour précarité.

Article L. 145-29 :

« En cas d'éviction, les lieux doivent être remis au bailleur à l'expiration d'un délai de trois mois suivant la date du versement de l'indemnité d'éviction au locataire lui-même ou de la notification à celui-ci du versement de l'indemnité à un séquestre. A défaut d'accord entre les parties, le séquestre est nommé par le jugement prononçant condamnation à paiement de l'indemnité ou à défaut par simple ordonnance sur requête.

L'indemnité est versée par le séquestre au locataire sur sa seule quittance, s'il n'y a pas d'opposition des créanciers et contre remise des clés du local vide, sur justification du paiement des impôts, des loyers et sous réserve des réparations locatives. »

Dans la version de l'article antérieure à l'entrée en vigueur de la loi LME les lieux devaient être restitués « pour le premier jour du terme d'usage qui suit l'expiration du délai de quinzaine à compter du versement de l'indemnité ». Comme en matière de congé, la référence aux usages locaux s'efface donc pour les baux postérieurs à l'entrée en vigueur de ladite loi.

Article L. 145-30 :

« En cas de non remise des clés à la date fixée et après mise en demeure, le séquestre retient 1% par jour de retard et restitue cette retenue au bailleur sur sa seule quittance.

Lorsque le délai de quinzaine prévu à l'article L 145-38 a pris fin sans que le bailleur ait usé de son droit de repentir (cf. chapitres II. et V.), l'indemnité d'éviction doit être versée au locataire ou, éventuellement, à un séquestre, dans un délai de trois mois à compter de la date d'un commandement fait par acte extra-judiciaire (...) »

La procédure du séquestre est évidemment avantageuse pour le bailleur lorsque le locataire est toujours dans les lieux, puisqu'elle lui permet de sanctionner économiquement le retard dans la libération des locaux. Prenant le contre-pied d'une jurisprudence antérieure de la Cour de Paris (14.12.2005) et cassant ce dernier arrêt, la Cour de cassation a jugé, le 27 juin 2007 (Administrer octobre 2007), que la mauvaise foi éventuelle du bailleur, tardant exagérément à payer l'indemnité, n'y faisait pas obstacle et n'ouvrait au locataire qu'une action distincte en dommages et intérêts. La Cour de Paris, statuant le 16 octobre 2008 sur renvoi dans la même affaire (Administrer janvier 2008), a octroyé au locataire des dommages et intérêts compensant l'application de la pénalité de 1% issue de l'article L. 145-30.

Lorsque la vente de l'immeuble intervient entre la délivrance du congé et le départ du locataire, la Cour de cassation a jugé, notamment le 15 décembre 1999 et le 13 septembre 2011, que c'était au vendeur de payer l'indemnité. Cela dit, si l'acte de vente met clairement à la charge de l'un ou de l'autre le paiement de l'indemnité, il convient de s'y référer, et le preneur est fondé à s'adresser directement au redevable même si ce dernier point est parfois contesté en doctrine au motif de l'effet relatif des contrats (en ce sens : Cour de Paris, 15.09.2004, Administrer juin 2005, suivie par la Cour de cassation dans son arrêt du 05.03.2008).

On considère le plus souvent que le locataire ne peut prétendre à une provision à valoir sur l'indemnité à définir tant qu'il se maintient dans les lieux (puisque le bailleur peut encore échapper au paiement

en exerçant son droit de repentir – Cf. Chapitre V) : en ce sens, Cour de Toulouse, 14.09.2009 (Gaz. Pal. 12 et 13.03.2010), mais, en sens contraire, Cour de Bordeaux, 07.10.2009 (même revue).

NOTA : La destruction des lieux, notamment par un incendie, fait disparaître le droit indemnitaire du locataire (Cour de cassation 29.06.2011, Administrer août-septembre 2011, notamment).

CHAPITRE IV. LA CESSION DU BAIL, DU FONDS OU DU LOCAL, ET LA SOUS-LOCATION EN MATIERE DE BAIL COMMERCIAL

Section I. La cession

Contrairement à ce que nous verrons en matière de sous-location, le statut des baux commerciaux ne déroge pas à l'article 1717 du Code civil en ce qu'il dispose :

« *Le preneur a le droit de... céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite.* »

Lorsqu'elle est possible, la cession doit être signifiée au bailleur ou acceptée par lui dans un acte authentique (article 1690 du Code civil), sauf si le propriétaire dispense contractuellement le locataire de cette formalité ou y renonce.

Lorsque le bailleur souhaite interdire la cession du bail, il est de son intérêt de l'interdire purement et simplement : si le bail ne fait qu'assujettir la cession à l'agrément du bailleur, le refus de ce dernier, s'il n'est pas légitime, permet au locataire de se faire autoriser à passer outre par le juge, ou encore de solliciter de celui-ci des dommages et intérêts (pour des exemples de condamnation à ce titre : Cour de cassation, 15.06.2011, Loyers et copropriété octobre 2011 ; Cour de Nîmes, 08.09.2011, AJDI septembre 2012).

La cession de parts sociales n'est pas une cession de bail : Cour de cassation, 10.04.2013 (AJDI avril 2013).

Toutefois, l'article L. 145-16, premier alinéa, du Code de commerce déclare « *réputées non écrites...les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail...à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise.* » En d'autres termes, seule la cession du bail pratiquée isolément peut être interdite contractuellement.

C'est la raison pour laquelle la jurisprudence invalide les clauses d'enseigne qui, contraignant le locataire à exploiter sous une enseigne déterminée, le privent notamment de la liberté de céder son fonds (Cour de cassation, 12.07.2000 ; Cour de Rouen, 25.09.2008, Gazette du Palais 1^{er} au 5 mai 2009).

Il convient d'être vigilant quant à la notion d'acquéreur du fonds, la tentation pouvant être, pour le locataire, de déguiser en cession de fonds ce qui n'est, en réalité, qu'une cession de bail seul, laquelle est le plus souvent interdite contractuellement ; il en sera ainsi lorsque la clientèle, élément déterminant, n'est pas comprise au moins en (grande) partie dans la cession (pour un exemple de requalification de cession de fonds en cession de bail : Cour de Paris, 22.11.2007, Loyers et copropriété février 2008).

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation la clause n'autorisant la cession du bail par le locataire qu'à un successeur « dans son activité » (15.12.1999) permet la cession du bail seul, de même que la clause visant un successeur « dans le même commerce » (id., 11.01.1978, et pour une décision similaire Cour de Paris 27.04.2006, cette dernière décision considérant que le successeur dans le même commerce peut être celui qui exerce un commerce identique ou la même activité, sans être pour autant le repreneur du fonds – contra, toutefois, Cour de Paris 13.10.1988). En revanche, tel n'est pas le cas si le bail autorise le preneur à céder à un successeur « dans son commerce » (Cour de cassation, 15.10.1991, ou Cour de Paris, 25.01.2007, AJDI juin 2007) ou encore dans « le commerce exploité » (id. 06.11.2001).

De jurisprudence constante, les clauses ne faisant que restreindre la faculté donnée au locataire de céder son bail à l'acquéreur du fonds, sans l'interdire, sont licites. Dans cet ordre d'idée, les clauses dites d'agrément (obligeant le locataire vendant son fonds à recueillir l'accord du bailleur) sont

valables, le refus abusif du bailleur pouvant être invalidé judiciairement (Cour de cassation, 02.10.2002, notamment).

Sont aussi valables les clauses donnant au bailleur un droit de préemption (Cour de cassation, 12.07.2000 ; Cour de Paris 01.02.2006 - AJDI, mai 2006 -).

Sont également licites les clauses prévoyant que le bailleur doit être appelé à concourir à l'acte de cession. Dans ce cas, il suffira au locataire d'appeler le bailleur à concourir, l'absence volontaire du bailleur aux opérations de cessions étant dès lors inopérante (Cour de cassation, 18.10.1965).

Sont encore valables les clauses imposant une formalité tel, le plus souvent, un acte notarié. La violation d'une telle disposition contractuelle entraîne l'acquisition de la clause résolutoire (Cour de cassation, 01.04.1998).

Un arrêt de la Cour de Metz en date du 14 novembre 2012 (AJDI, juin 2013) admet la licéité de la clause accordant au bailleur la moitié du prix de cession.

La doctrine et la jurisprudence traditionnelles tendaient à considérer que la cession ne décharge pas le locataire d'origine de ses obligations vis à vis du bailleur, notamment quant au paiement des loyers que ce dernier pourrait donc réclamer au cédant comme au cessionnaire. La Cour de cassation a cependant statué en sens contraire, notamment le 12 juillet 1988, d'où l'utilité des clauses de garantie du cédant, figurant dans la plupart des baux. Ces clauses ne constituent pas des cautionnements et échappent donc aux règles de forme applicables en la matière (Cour de Paris, 07.12.1989). En revanche, la jurisprudence les interprète strictement et, en particulier, les déclare inapplicables en matière d'indemnité d'occupation (en ce sens : Cour de cassation, 28.10.2009).

La clause de garantie solidaire ne permet pas, sauf stipulation contraire, de poursuivre le cédant pour des dettes attachées à un renouvellement du bail postérieur à la cession (Cour de cassation, 14.06.2006) ; par contre, elle poursuit ses effets pendant la tacite prolongation (Cour de cassation, 07.02.2007 ; Cour de Versailles, 16.02.2010, AJDI février 2011 ; Cour d'Aix-en-Provence, 13.10.2011, AJDI octobre 2012), sous réserve du nouvel article L. 145-16-2 commenté ci-dessous..

[De très rares baux prévoient une garantie solidaire du cessionnaire, permettant de poursuivre l'acquéreur du bail pour des dettes antérieures à la cession, mécanisme qui peut s'avérer intéressant en cas de faillite (cf. infra).]

La loi PINEL a intégré dans le statut deux nouveaux articles :

L'article L. 145-16-1 oblige le bailleur à informer le cédant de tout impayé du locataire dans un délai d'un mois à compter de la date d'exigibilité.

L'article L. 145-16-2 précise que la clause de garantie solidaire ne peut être invoquée que pendant les trois années suivant la cession.

L'article L. 145-16 du Code de commerce, modifié par la loi « Warsmann » du 22 mars 2012 puis par la loi PINEL, dispose qu'en cas de fusion ou de scission de sociétés, ou en cas de transmission universelle de patrimoine issu de la réunion de toutes les parts en une seule main, ou encore en cas d'apport partiel d'actif réalisé sous la forme d'une scission, la société issue de la fusion, la société désignée par le contrat de scission (ou, à défaut, les sociétés issues de la scission), la société bénéficiaire de l'apport ou de la transmission est substituée au locataire d'origine.

Le troisième alinéa de l'article L. 145-16, qui s'applique tant aux cessions visées par le premier alinéa qu'aux opérations dont traite le second, dispose que « *si l'obligation de garantie ne peut plus être assurée dans les termes de la convention, le tribunal peut y substituer toutes garanties qu'il juge suffisantes.* »

Depuis la loi PINEL, la cession du bail ou du fonds donne lieu à l'établissement d'un état des lieux dans les mêmes conditions que le bail (article L. 145-40-1 du code de commerce, cf. étude sur les réparations locatives).

Rappelons par ailleurs que le bail commercial peut être également transmis dans le cadre d'une procédure collective.

La loi du 26 juillet 2005 a créé une procédure de sauvegarde pour les entreprises justifiant de difficultés ne rendant pas relevant pas d'un redressement ou d'une liquidation.

En cas de cession du bail dans le cadre d'une procédure collective, la clause de garantie du cédant est réputée non écrite (article L. 622-15, désormais applicable dans les trois procédures). Mais tel n'est pas le cas d'une clause de garantie du cessionnaire (Cour de cassation, 27.09.2011, Administrer novembre 2011).

La cession du bail dans le cadre d'une cession d'activité ou d'entreprise, que celle-ci ait lieu en sauvegarde, en redressement ou en liquidation, met en échec les clauses réservant l'accord ou la préemption du bailleur (articles L. 626-1 et L. 642-7) : Cour de Caen, 09.11.2010 ; Cour de Paris, 23.01.2013 (Loyers et copropriété mai 2013). En revanche, en cas de cession isolée du bail dans le cadre d'une liquidation, ces dernières clauses devraient conserver leur empire (en ce sens : Maître BRAULT, sous Cour de cassation 11.04.2012, Loyers et copropriété octobre 2012 et, en ce sens aussi, Cour de Rouen, 24.11.2011, AJDI janvier 2013).

Mais une clause de garantie du cessionnaire n'est pas mise en échec par une procédure collective (Cour de cassation, 27.09.2011, Administrer novembre 2011).

Depuis la loi PINEL, l'article L. 642-7 indique qu'en cas de cession du bail dans le cadre d'une procédure collective le tribunal peut autoriser le repreneur à adjoindre des activités connexes ou complémentaires. Le bailleur doit être préalablement entendu.

Il faut enfin signaler que l'article 58 de la loi du 2 août 2005 a créé un droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux ainsi que sur les fonds ou baux commerciaux (articles L. 214-1 à L. 214-3 nouveaux du Code de l'urbanisme). Ces dispositions ont fait l'objet d'un décret d'application du 26 décembre 2007 (articles R. 214-1 à R. 214-16 du Code) et d'un arrêté du 29 février 2008 (article A. 214-1 du Code). Elles ont été complétées et modifiées par la loi « Warsmann » du 22 mars 2012 puis par la loi PINEL. Elles permettent aux communes de créer un tel droit après avoir délimité « un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité » dans lequel il pourra être exercé. Dans ce périmètre, les cessions à titre onéreux doivent être préalablement déclarées à la commune (ou à un délégataire du droit de préemption) qui a deux mois pour préempter et, si elle le fait, deux ans à compter de la prise d'effet de la cession pour rétrocéder à une entreprise « en vue d'une exploitation destinée à préserver la diversité et à promouvoir le développement de l'activité commerciale et artisanale dans le périmètre concerné ». Cette rétrocession est toutefois soumise, à peine de nullité, à l'accord préalable du bailleur, sous le contrôle du tribunal de grande instance. L'information du bailleur, qui doit être averti tant de la préemption que de la saisine éventuelle du juge de l'expropriation (compétent en cas de désaccord sur le prix) est organisée par le décret.

L'article L. 145-2 du Code de commerce, modifié par les lois ci-dessus, dispose que le statut des baux commerciaux s'applique pendant le délai de deux ans précité, durant laquelle le fonds préempté peut être mis en location-gérance (auquel cas le délai est porté à trois ans). Il précise toutefois que le défaut d'exploitation pendant ce même délai ne peut être invoqué par le propriétaire pour mettre fin au bail.

La Cour de Paris a prononcé l'annulation d'une cession de fonds dans une zone soumise à préemption à défaut de déclaration préalable à la commune (10.10.2012, Administrer décembre 2012).

NOTA : la cession pour départ à la retraite ou invalidité est évoquée dans le chapitre consacré à la déspecialisation.

La loi PINEL a intégré dans le Code de commerce un nouvel article L. 145-46-1 applicable aux ventes de locaux commerciaux intervenant à compter de décembre 2014. Cet article organise un droit de préemption légal au profit du locataire (sauf en cas de cession unique de plusieurs locaux d'un ensemble commercial, de cession unique de locaux commerciaux distincts ou d'un seul local commercial au copropriétaire d'un ensemble commercial, de cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux, ou de cession au conjoint du bailleur, ou à un ascendant ou un descendant du bailleur ou de son conjoint). Le bailleur doit notifier par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou remise en main propre une offre de vente au preneur. Celui-ci dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception de l'offre pour se prononcer. En cas d'acceptation, il dispose d'un délai de deux mois à compter de l'envoi de sa réponse au bailleur pour réaliser la vente (ce délai est porté à quatre mois s'il déclare recourir à un prêt). Si le propriétaire décide de vendre à un prix ou à des conditions plus avantageux, une nouvelle offre, faisant courir les mêmes délais, doit être faite au locataire.

Section II. La sous-location

Ici, l'article L. 145-31 du Code de commerce déroge à l'article 1717 du Code civil, puisqu'il dispose :

- « *Sauf stipulation contraire du bail ou accord du bailleur, toute sous-location totale ou partielle est interdite.* » (premier alinéa)
- « *En cas de sous-location autorisée, le propriétaire est appelé à concourir à l'acte.* » (second alinéa)
- « *Le locataire doit faire connaître au propriétaire son intention de sous-louer par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dans les quinze jours de la réception de cet avis, le propriétaire doit faire connaître s'il entend concourir à l'acte. Si, malgré l'autorisation prévue au premier alinéa, le bailleur refuse ou omet de répondre, il est passé outre.* » (quatrième alinéa)

Dans un arrêt du 22 février 2006 (AJDI, septembre 2006), la Cour suprême a rappelé que la tolérance du bailleur ou l'autorisation de principe d'une sous-location et ne dispense pas le locataire d'appeler le bailleur à concourir (dans le même sens : Cour de Paris, 26.10.2006, AJDI février 2007). Une autorisation générale de sous-location ou même à personne désignée ne dispense pas non plus de l'appel au concours (Cour de cassation, 27.09.2006, Loyers et copropriété décembre 2006 ; id. 19.09.2006).

Une acceptation tacite du bailleur a pu cependant être admise dans un cas d'espèce où elle était particulièrement certaine et acquise depuis longtemps (Cour de cassation, 04.05.2011).

Le défaut de concours n'autorise pas le bailleur à agir en expulsion du sous-locataire pendant la durée du bail (id., 01.02.2012, Administrer mars 2012 ; id., 02.05.2012, Administrer juin 2012) ; le bailleur doit donc agir contre son locataire, en résiliation, ou en refusant le renouvellement.

Le troisième alinéa traite des incidences éventuelles de la sous-location en matière de loyer : le propriétaire peut réclamer au locataire une majoration de loyer si le sous-loyer est supérieur au loyer (y compris en cas de sous-location partielle : on procède alors par comparaison des prix à l'unité de surface).

La loi prévoit que le montant de cette majoration doit être égal au dépassement du sous-loyer par rapport au loyer principal, mais il convient de tenir compte des charges pesant sur le locataire et sur le sous-locataire pour déterminer si le sous-loyer excède le loyer, ce qui peut ne pas être le cas lorsque le locataire assume des charges qu'il ne répercute pas au sous-locataire (en ce sens : Cour de Paris, 14.11.2012, Loyers et copropriété janvier 2013). Le réajustement du loyer prend effet à compter de la demande en justice du bailleur ou à celle du jugement, selon les décisions.

Rappelons que la sous-location totale prive le locataire du bénéfice du statut (Chap. Ier).

Par ailleurs, l'article L. 145-32 octroie dans certaines conditions au sous-locataire le bénéfice de la propriété commerciale :

« Le sous-locataire peut demander le renouvellement de son bail au locataire principal dans la mesure des droits que ce dernier tient lui-même du propriétaire. Le bailleur est appelé à concourir à l'acte, comme il est prévu à l'article L. 145-31.

A l'expiration du bail principal, le propriétaire n'est tenu au renouvellement que s'il a, expressément ou tacitement, autorisé ou agréé la sous-location et si, en cas de sous-location partielle, les lieux faisant l'objet du bail principal ne forment pas un tout indivisible matériellement ou dans la commune intention des parties. »

Le droit du sous-locataire à revendiquer le renouvellement à son profit a un caractère subsidiaire : il n'existe que si le bail principal a pris fin sans renouvellement (Cour de cassation, 06.12.1972). Il ne

peut pas être exercé en cas de tacite reconduction du bail principal (Cour de Paris, 17.05.2006, Administrer octobre 2006). En cas de sous-location partielle, il est cantonné à la surface sous-louée (Cour de cassation, 15.11.2006).

Dans un arrêt du 14 juin 2006 (Administrer, août septembre 2006), la Cour de cassation juge qu'un congé avec refus de renouvellement peut être délivré au locataire principal sans obliger le bailleur à verser une indemnité d'éviction au sous-locataire, si celui-ci n'a pas demandé le renouvellement de son propre bail. Le droit direct au renouvellement suppose donc une initiative de la part du sous-locataire.

La plupart des baux interdisent la sous-location et, lorsqu'elle est autorisée partiellement, il est souhaitable pour le bailleur de réputer les locaux indivisibles, faisant ainsi échec au droit direct du sous-locataire.

La jurisprudence contemporaine est de nature à dissuader les propriétaires d'accepter une sous-location totale : il appartient dans ce cas au seul sous-locataire de renoncer à son droit direct, ce qu'il ne peut faire qu'après avoir acquis ce droit et donc en aucun cas dans le contrat de sous-location (Cour de cassation, 28.11.2007, Loyers et copropriété janvier 2008).

Il est à noter que les sous-locations doivent être distinguées de situations voisines qui ne peuvent donc entraîner le bénéfice de la propriété commerciale. Ainsi, selon la jurisprudence dominante, l'autorisation de domiciliation ne permet pas la sous-location (Cour de cassation, 10.04.2002), et la sanction du locataire soumis à une interdiction de sous-louer n'est pas encourue en cas de domiciliation (Cour de Paris, 15.03.2006, Administrer juillet 2006, notamment). La Cour de cassation considère que la location-gérance* n'est pas constitutive d'une sous-location (Cour de cassation, 10.10.2001 ; 14.11.2002 ; 09.07.2003, ou encore 19.03.2008) avec le même type de conséquences. (Encore faut-il qu'il s'agisse d'une véritable location-gérance, et non d'une sous-location déguisée, ce qui est le cas en cas de changement de clientèle, révélant la disparition du fonds litigieux : en ce sens, notamment, Cour de cassation 26.06.2007, Loyers et copropriété septembre 2007 ; ou encore Cour de Paris, 21.03.2007, AJDI novembre 2007.) En revanche, la jurisprudence de la même Cour de cassation qualifie sous-location la mise à disposition de locaux comportant une contrepartie autre qu'un sous-loyer (07.04.1994 : mise à disposition d'un employé du locataire de locaux à titre de logement de fonction). L'exigence d'une contrepartie, traditionnellement requise par la jurisprudence locative pour caractériser une sous-location (en ce sens : Cour de cassation, 10.11.2009, Administrer février 2010, notamment), semble toutefois ignorée par un arrêt isolé de la Cour de Paris du 17 mai 2006 (AJDI, novembre 2006) qui envisage qu'une sous-location puisse être « gracieuse ».

* Le caractère licite ou illicite de la location-gérance, lorsqu'elle n'est pas visée telle quelle dans le contrat, donne lieu à une jurisprudence délicate à analyser, dans la mesure où elle s'appuie au cas par cas sur la recherche de la commune intention des parties à partir de la rédaction du bail et où elle ne permet pas toujours de dégager des règles claires. Il est donc préférable de viser explicitement la location-gérance dans un bail, lorsque l'on souhaite traiter de ce contrat-là.

CHAPITRE V. LE LOYER DU BAIL COMMERCIAL

Le loyer est librement fixé lors de la prise à bail. Son paiement donne lieu à la délivrance d'une quittance, si le locataire le demande, par application de l'article 11 de la loi du 29 décembre 1977 (Cour d'Aix-en-Provence, 18.03.2010).

L'article L. 145-40 du Code de commerce (d'ordre public) précise que les loyers payés d'avance par le locataire (dépôt de garantie compris, et pas de porte également s'il est qualifié de supplément de loyer –cf. infra sur ce sujet) portent intérêt à son profit pour les sommes excédant le prix de deux termes*. La Cour de Paris a récemment condamné un bailleur à verser des intérêts au locataire au titre de cette disposition, assez largement méconnue (16.09.2009, Administrer décembre 2009). L'application du mécanisme, du reste, peut résulter d'une modification du quittance convenue en cours de bail (Cour de Paris, 06.04.2011, AJDI novembre 2011).

Les baux prévoient en général que le dépôt de garantie devra toujours correspondre à x termes de loyers, ce qui conduit à en rectifier le montant à chaque modification du loyer.

Le statut encadre la révision du loyer et la fixation du loyer de renouvellement. Les textes envisagent le loyer de renouvellement avant la révision ; aussi procédons-nous dans cet ordre.

Précisons en amont que, pendant l'instance relative à la fixation du loyer, le locataire devra payer le prix ancien ou le loyer provisionnel fixé par le juge et que, en matière de renouvellement, un mois après la décision définitive, la décision judiciaire vaudra bail, sauf envoi dans ce délai d'un projet par le bailleur au locataire, et accord des parties dans le mois dudit envoi (article L. 145-57).

(*Pour le pas de porte, cf. infra, Sous-chapitre I, Section III, Sous-section II, C : la qualification de supplément de loyer le fait entrer dans les sommes visées par l'article L. 145-40.)

SOUS-CHAPITRE I. LE LOYER DU BAIL COMMERCIAL RENOUVELE

Si le bail renouvelé s'opère pour neuf ans aux clauses et conditions du bail échu sauf accord des parties (Cour de cassation, 03.02.1988 ; id. 17.05.2006 ; id. 15.05.2008, Gaz.Pal. 6 et 7.02.2009), il peut en être autrement du seul loyer.

L'article L. 145-33 du Code de commerce dispose que « le montant des loyers des baux renouvelés... doit être fixé à la valeur locative » (cf. section II). Néanmoins, l'article L. 145-34 limite, dans la plupart des cas, la modification du loyer de renouvellement à une variation indiciaire (c'est le mécanisme du plafonnement) sauf hypothèses particulières (déplafonnement), points que nous examinerons en section III. Notons toutefois que ces règles ne sont pas d'ordre public et qu'elles peuvent donc être écartées conventionnellement (cf. addendum en fin de Section I).

Il convient en premier lieu d'examiner quand et comment le bailleur ou le locataire peuvent prétendre à la modification, en renouvellement, du loyer d'origine (Section I).

Section I. La procédure : le congé avec offre de renouvellement, la demande de renouvellement et le droit de repentir.

Sous section I. Le congé avec offre de renouvellement (article L. 145-11 du Code de commerce)

Sauf à négocier avec le locataire un avenant de renouvellement au prix souhaité, le propriétaire qui souhaite voir augmenter le loyer à l'occasion du renouvellement du bail doit délivrer, six mois au moins avant le terme du bail et par acte extrajudiciaire, un congé avec offre de renouvellement. S'il

laisse passer le délai de six mois précédant la date d'échéance, le congé avec offre de renouvellement peut être délivré pour une date ultérieure (pendant la tacite reconduction), toujours dans la même forme et avec un préavis de six mois au moins. Ces questions sont étudiées en détail dans le chapitre II. Le congé mentionnera de préférence le loyer proposé : à défaut le nouveau loyer ne sera dû qu'à compter de la demande ultérieure du bailleur et pourra donc ne commencer à courir qu'après la date de renouvellement (article L. 145-11). Le congé avec offre ne peut être ensuite être rétracté avec refus d'indemnité d'éviction pour un motif grave et légitime dont le bailleur avait déjà connaissance (Cour de cassation, 29.05.1991), mais il pourra l'être si le locataire ne répond pas aux conditions d'application du statut, faute d'immatriculation, par exemple (en ce sens : id., 23.02.1994, ou encore Cour de Paris, 23.03.2006, et id. 18.05.2006, AJDI octobre 2006, 15.03.2007, AJDI juillet-août 2007, notamment).

L'acceptation par le locataire du principe du renouvellement *et* du loyer proposé entraîne le renouvellement immédiat et définitif du contrat au loyer souhaité par le propriétaire.

A défaut d'acceptation par le locataire du loyer proposé, l'inaction des parties pendant deux ans à compter de la date de renouvellement éteint l'action relative au loyer (article L. 145-60), le bail étant dès lors réputé renouvelé aux clauses et conditions antérieures, y compris quant au loyer (Cour de cassation, 17.04.1996, ou Cour de Paris 20.09.2006, AJDI décembre 2006, notamment). Il en est ainsi même en cas d'acceptation par le locataire du seul principe du renouvellement, laquelle ne permet donc pas au propriétaire d'appeler le nouveau loyer (Cour de cassation, 28.11.2006, AJDI septembre 2007, ou encore Cour de Chambéry, 14.11.2006). De rares décisions admettent que le paiement sans réserve par le locataire du loyer proposé par le bailleur entraîne le renouvellement audit loyer, lorsque ce paiement est réitéré pendant un temps significatif (un an : Cour de cassation, 02.02.2010).

Le bail renouvelé l'étant forcément, en dehors du seul loyer, aux conditions du bail échu, la jurisprudence décide qu'un congé avec offre de renouvellement à de nouvelles conditions s'analysait en refus de renouvellement, ouvrant droit à indemnité d'éviction (notamment, Cour de cassation 24.10.2006).

Sous-section II. La demande de renouvellement (article L. 145-10 du Code de commerce)

La demande de renouvellement est l'acte par lequel le locataire demande à son bailleur le renouvellement du bail, le cas échéant à un loyer moindre (cf. chapitre II). Elle doit être faite par acte d'huissier : à défaut, elle est nulle (Cour de Paris, 07.12.2006, inédit). Par application des article L. 145-10 et L. 145-12, 3^{ème} alinéa, elle prend effet au terme du bail, si elle est faite dans les six mois précédant son expiration (faite avant, elle est nulle : Cour de Paris, 08.03.2006) ou, lorsqu'elle est signifiée en cours de tacite prolongation, au premier jour du trimestre civil suivant (cf. chapitre II en ce qui concerne la disparition des usages locaux).

A défaut de réponse (s'il s'agit d'un refus, cette réponse doit, à peine de nullité, être faite par acte extra-judiciaire, motivée, sauf si elle est assortie d'une offre d'indemnité d'éviction, et rappeler le délai de deux ans donné au locataire pour contester ce refus ou demander une indemnité d'éviction) dans les trois mois de la signification de la demande, le bailleur est réputé avoir accepté le principe du renouvellement, le débat ne perdurant plus que sur le montant du loyer et, ici encore, seulement pendant deux ans. Il ne pourra plus, après ce délai de trois mois, évoquer un motif grave et légitime, dont il avait connaissance (Cour de cassation, 04.05.1982 ; ou encore Cour de Paris, 02.07.2008, Loyers et copropriété novembre 2008). En revanche, au-delà dudit délai, le bailleur peut toujours évoquer un tel motif découvert postérieurement, ou dénier le droit au bénéfice du statut si le locataire

s'avère ne pas en remplir les conditions (Cour de cassation, 15.11.2006), ou encore, notamment selon deux arrêt de la Cour de cassation des 15 et 21 janvier 2014 (Administrer mars 2014, Gaz. Pal. 18 et 19.04.2014) exercer le droit d'option (cf. ci-dessous, fin de sous-section.)

Le bailleur peut aussi accepter le seul principe du renouvellement en proposant « son loyer », et il a même intérêt à le faire, s'il souhaite une modification du loyer, car à défaut le nouveau loyer ne sera dû qu'à compter de la demande ultérieure qu'il en fera (article L. 145-11). Cette acceptation de principe exprime a les effets d'un congé avec offre de renouvellement. Seule l'acceptation du renouvellement *et* du loyer proposé par le locataire entraîne immédiatement et définitivement le renouvellement audit loyer.

Nous rappelons que le congé avec offre ou la demande de renouvellement peuvent être suivis du droit d'option (cf. chapitre II).

Sur le concours entre congé avec offre et demande de renouvellement, cf. infra.

Sous section III. Le droit de repentir (article L. 145-58 du Code de commerce)

La loi permet au bailleur qui a refusé le renouvellement, dès lors que le locataire est encore dans les lieux et n'a ni acheté ni loué pour se réinstaller, de consentir audit renouvellement. Le bailleur devra alors supporter les frais de l'instance, s'il y en a eu une.

C'est ce que l'on appelle le droit de repentir, lequel s'exerce le plus souvent par un acte extrajudiciaire (mais pas obligatoirement : Cour de cassation, 15.06.2010, admettant la lettre recommandée AR – Loyers et copropriété septembre 2010) dans laquelle le bailleur fera figurer le prix proposé, comme dans un congé avec offre, sauf que cette signification prendra effet au jour où il y est procédé (et non pas au terme d'usage suivant l'expiration d'un préavis de six mois).

La Cour de cassation a récemment évolué sur la notion de libération des lieux (laquelle interdit l'exercice du repentir) : alors qu'elle devait s'entendre, selon l'opinion générale (en ce sens, Cour de cassation, 15.02.1995, notamment), d'une libération intégrale des locaux et d'une restitution des clés, elle a admis dans un arrêt du 10 mars 2010 (Loyers et copropriété mai 2010) qu'il pouvait s'agir d'une libération partielle dès lors que le locataire a engagé un processus irréversible de départ au vu et au su du bailleur. Cette dernière jurisprudence a été reprise à l'identique par la Cour de Paris le 15 janvier 2014 (Loyers et copropriété mars 2014).

La Cour de cassation a jugé le 13 juin 2007 (Gaz. Pal. 25 et 26.07.2007) qu'un achat de parts sociales n'était pas assimilable à une location. Cette décision rappelle par ailleurs que lorsque le propriétaire n'est pas commerçant, la date du bail de réinstallation doit être certaine au sens de l'article 1328 du Code civil, ce qui suppose un acte authentique ou un enregistrement (dans le même sens : Cour de cassation, 31 mai 2012, Gaz. Pal. 29 et 30.06.2012). Ce raisonnement est transposable à l'acte d'achat de nouveaux locaux. En revanche, lorsque le bailleur est commerçant, l'antériorité de l'acte de réinstallation peut être prouvée par tous moyens (id., 29.11.2005, Loyers et copropriété février 2006). La Cour de Paris considère qu'un contrat de sous-location vaut bail de réinstallation (22.03.2007, Gaz. Pal. 25 et 26.07.2007).

Le droit de repentir doit s'exercer au plus tard dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la décision fixant l'indemnité d'éviction est passée en force de chose jugée. D'après la Cour de cassation (04.04.1962), ce droit peut s'exercer à tout moment avant l'échéance ci-dessus, en amont même de toute procédure judiciaire, fut-ce aussitôt après la délivrance du congé avec refus. Le repentir est irrévocable (article L. L. 145-59).

Dans un arrêt du 30 novembre 2005 (Loyers et copropriété, janvier 2006) reprenant le raisonnement d'une décision antérieure de la Cour de Paris (06.11.1998), la Cour de cassation précise que le droit de repentir peut suivre un refus de renouvellement sans indemnité d'éviction (pour motif grave et légitime, en l'espèce) et permettre au bailleur de revendiquer un déplafonnement du loyer, si les conditions en sont réunies. La Cour de Grenoble, dont l'arrêt du 16 septembre 2004 a donc été censuré par la Cour suprême, avait considéré qu'il ne pouvait pas s'agir d'un droit de repentir statutaire, mais d'une renonciation impliquant la reconduction du bail au prix antérieur.

ADDENDUM : Les règles de fixation du loyer de renouvellement n'étant pas d'ordre public, elles peuvent être écartées par le bail au profit d'autres modalités (en ce sens, notamment, Cour de cassation, 10.03 et 17.10.2004). A fortiori, il n'y a aucun obstacle à convenir d'un avenant de renouvellement en cours de bail, ou en cours de tacite prolongation.

En revanche, le bail comportant une promesse de renouvellement sans qu'il soit convenu d'un loyer de renouvellement n'interdit pas la délivrance d'un congé avec offre de renouvellement (Cour de cassation, 23.05.2012, AJDI janvier 2013 ; id. 12.12.2012, AJDI mars 2013).

Section II. La notion de valeur locative

Sous-section I. Le principe de la fixation à la valeur locative

Il importe de définir les éléments de détermination de la valeur locative à laquelle doit donc correspondre le loyer de renouvellement (sous la réserve –importante- du mécanisme du plafonnement que nous examinerons en infra).

Sous-section II. Les composantes de la valeur locative

Les éléments de la valeur locative (qui devront servir de base à sa fixation à défaut d'accord amiable) sont énumérés par l'article L. 145-33 du Code de commerce :

- 1) les caractéristiques du local considéré ;
- 2) la destination des lieux ;
- 3) les obligations respectives des parties ;
- 4) les facteurs locaux de commercialité ;
- 5) les prix couramment pratiqués dans le voisinage.

Les articles R. 145-3 à R.145-8 du Code de commerce précisent la consistance de ces cinq éléments :

- article R.145-3

« *Les caractéristiques propres au local s'apprécient en considération :*

- . *de sa situation dans l'immeuble où il se trouve, de sa surface et de son volume, de la commodité de son accès pour le public ;*

- . *de l'importance des surfaces respectivement affectées à la réception du public, à l'exploitation ou à chacune des activités diverses qui sont exercées dans les lieux ;*
- . *des rapports entre ses différentes dimensions, de la conformation de chaque partie et de son adaptation à la forme d'activité qui y est exercée ;*
- . *de l'état d'entretien, de vétusté ou de salubrité et, le cas échéant, de la conformité aux normes exigées par la législation du travail ;*
- . *de la nature et de l'état des équipements et des moyens d'exploitation mis à la disposition du locataire. »*

- article R. 145-4

« Les caractéristiques propres au local peuvent être affectées par des éléments extrinsèques constitués par des locaux accessoires, des locaux annexes ou des dépendances, loués par le même bailleur et susceptibles d'une utilisation conjointe avec les locaux principaux. »

Lorsque les lieux loués comportent une partie affectée à l'habitation, la valeur locative de celle-ci est déterminée par comparaison avec les prix pratiqués pour des locaux d'habitation analogues faisant l'objet d'une location nouvelle, majorés ou minorés, pour tenir compte des avantages ou des inconvénients présentés par leur intégration dans un tout commercial.

- article R. 145-5

« La destination des lieux est celle effectivement autorisée par le bail et ses avenants ou, dans les cas prévus, au titre VII, par le tribunal. »

La clause tous commerces justifie par conséquent la majoration de la valeur locative (majoration de 10% : Cour de cassation, 03.11.2005, Administrer janvier 2006).

- article R. 145-8

« Du point de vue des obligations respectives des parties, les restrictions à la jouissance des lieux et les obligations incombant normalement au bailleur dont celui-ci se serait déchargé sur le locataire sans contrepartie constituent un facteur de diminution de la valeur locative. Il en est de même des obligations imposées au locataire au-delà de celles qui découlent de la loi ou des usages.

Les améliorations apportées aux lieux loués au cours du bail à renouveler ne sont prises en considération que si, directement ou indirectement, notamment par l'acceptation d'un loyer réduit, le bailleur en a assumé la charge.

Les obligations découlant de la loi et génératrices de charges pour l'une ou l'autre partie depuis la dernière fixation du prix peuvent être invoquées par celui qui est tenu de les assumer.

Il est aussi tenu compte des modalités selon lesquelles le prix antérieurement applicable a été originellement fixé. »

Les charges dites « exorbitantes du droit commun » (tel l'impôt foncier ou les réparations de l' « article 606 » à la charge du locataire) peuvent justifier une minoration de la valeur locative. Selon une partie de la doctrine, cette minoration ne devrait pas avoir lieu dès lors que baux des éléments de comparaison (article R. 145-7 ci-dessous) comportent des dispositions du même ordre (en ce sens, Marie-Laurence SAINTURAT, sous Cour de Paris 06.10.2010, Administrer décembre 2010). Ainsi, en centre commercial, en bureaux, ou pour une location d'immeuble entier, la prise en charge de l'impôt foncier par le locataire est désormais à peu près systématique et ne légitimerait donc pas une décote de la valeur locative. Cette opinion n'est pas celle de tous les auteurs au motif, notamment, que la définition de la norme ne doit pas être abandonnée aux bailleurs, mais appréciée de façon objective (en ce sens, Jehan-Denis BARBIER, Gaz. Pal. 17 et 18.02.2012). Elle n'est en tout cas pas relayée, à ce jour, par une jurisprudence significative. La plupart des décisions procèdent donc à une minoration de la valeur locative, en présence de charges dites exorbitantes, y compris-même lorsque les baux de comparaison en comportent également ou, à tout le moins, qu'il n'est pas établi qu'ils n'en comportent pas (à titre d'exemple : Cour de Paris 30.11.2011, Gaz. Pal. précitée, pour une déduction au titre de

l'impôt foncier, dans un centre commercial, alors que tous les locataires du centre étaient tenus de le payer ; ou encore TGI de Paris, 18.01.2013, Administrer avril 2013, pour un bail hôtelier comportant la même disposition « peu important à cet égard que de nombreux baux puissent contenir une clause dérogatoire similaire ». (Toutefois, dans une décision du 11 juin 2012 -Administrer octobre 2012-, le TGI de Paris n'avait pas réduit la valeur locative s'agissant d'un bail de bureaux faisant supporter l'impôt foncier au preneur au motif que ce transfert était habituel pour ce type de locaux ; dans un autre jugement du 6 janvier 2014 –Administrer mai 2014- le même tribunal a écarté toute minoration s'agissant d'un bail dit « investisseur » faisant notamment supporter au preneur l'impôt foncier et les grosses réparations de l'article 606 représentatif de la pratique habituel sur le site). En revanche, dans une décision du 1^{er} février 2011 (Administrer avril 2011), la Cour de cassation a condamné la pratique expertale courante consistant à déduire de la valeur locative le dernier impôt foncier, lorsqu'il est à la charge du locataire.

En synthèse, si les charges précitées, alors même qu'elles sont aujourd'hui très répandues, continuent à pouvoir justifier une minoration de la valeur locative, cette minoration ne doit plus se faire à l'euro près, mais plutôt prendre la forme d'un abattement forfaitaire.

Le décret du 3 novembre 2014 permettant aux bailleurs de refacturer l'impôt foncier (cf. étude sur les charges) on peut donc s'interroger sur le caractère exorbitant de cette charge dans les nouveaux contrats.

A contrario, les clauses exorbitantes avantageant le locataire (autorisation de sous-location, par exemple, ou encore, selon un jugement du TGI de Paris du 19 mars 2012, une autorisation de location-gérance) justifient une majoration de la valeur locative. (Cf., aussi, Cour de cassation, 09.04.2013, en fin de section.)

- article R. 145-6

« Les facteurs locaux de commercialité dépendent principalement de l'intérêt que présente, pour le commerce considéré, l'importance de la ville, du quartier ou de la rue où il est situé, du lieu de son implantation, de la répartition des diverses activités dans le voisinage, des moyens de transport, de l'attrait particulier ou des sujétions que peut présenter l'emplacement pour l'activité considérée et des modifications que ces éléments subissent d'une manière durable ou provisoire. »

- article R. 145-7

« Les prix couramment pratiqués dans le voisinage, par unité de surface, auxquels il est fait référence, doivent concerner des locaux équivalents, eu égard à l'ensemble des éléments mentionnés aux articles R.145-3 à R 145-6.

A défaut d'équivalence, ils peuvent, à titre indicatif, être utilisés pour la détermination des prix de base, sauf à être corrigés en considération des différences constatées entre le local loué et les locaux de référence.

Les références proposées de part et d'autre doivent porter sur plusieurs locaux et comporter, pour chaque local, son adresse et sa description succincte. Elles sont corrigées à raison des différences qui peuvent exister entre les dates de fixation des prix et les modalités de cette fixation. »

Il est à noter que, s'agissant des prix de référence, la jurisprudence amalgame généralement références de marché, références de renouvellement amiables et références judiciaires (Cour de Paris, 13.06.1985 ; id. 26.10.2005, ou encore TGI de Paris 29.11.2011, Administrer février 2012), même si une partie de la doctrine tend à considérer que seules les premières sont pertinentes ou, en tout cas, qu'elles doivent être privilégiées. Cette pratique prétorienne est une des raisons induisant une différence entre les loyers de marché et ceux judiciairement fixés, même dé plafonnés. Cette différence est beaucoup moins sensible pour les bureaux, puisque leur loyer de renouvellement est en principe établi à partir de références issues du seul marché lequel, compte tenu de sa fluidité, en offre en grand nombre ; elle existe néanmoins, selon un courant de jurisprudence que la Cour de cassation ne condamne pas (Cf. Chap. III, développement sur l'indemnité de transfert).

Le jugement précité du 29 novembre 2011 se démarque au demeurant d'une jurisprudence jusqu'alors constante en intégrant, parmi les références judiciaires, des loyers plafonnés (cf. infra).

La pratique des experts et des juges admettent régulièrement, lorsqu'un loyer de référence est issu d'un bail cédé ou ayant fait l'objet du versement d'un pas-de-porte (cf. infra) il convient de décapitaliser la somme versée à ce titre pour l'ajouter au loyer contractuel. Cette méthode est l'objet de critiques et d'assez nombreux arrêts d'appel récents rejettent la décapitalisation des prix de cession (Cour de Douai, 20.05.2010), voire du pas-de-porte lorsqu'il n'est pas établi qu'il est constitutif d'un supplément de loyer – cf. infra sur cette question – (Cour de Toulouse, 10.03.2010). Dans des décisions du 31 mai 2011 (AJDI octobre 2011) et du 11 octobre 2011 (AJDI novembre 2011), la Cour de cassation a rejeté les pourvois engagés contre les arrêts d'appel, le premier rejetant la prise en compte de prix de cession décapitalisés, et le second admettant celles de pas-de-porte décapitalisés, en considérant que cette question relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

La jurisprudence considère en général qu'un centre commercial ou une galerie marchande constitue une entité autonome ce qui exclut que l'on prenne de références en dehors de cette entité pour fixer le loyer des commerces qui y sont inclus (en ce sens, notamment : Cour de cassation, 06.03.2012, AJDI septembre 2012 ; Cour de Caen, 24.05.1985). Il arrive cependant que les magistrats soient plus souples. Ainsi, dans un arrêt du 3 novembre 2009 (Loyers et copropriété mai 2010), la Cour de Montpellier a admis que le monopole du bailleur, qui possédait l'intégralité d'une galerie, justifiait de rechercher des références dans d'autres centres et galeries pas trop éloignés. (Dans le même sens : Cour de Paris, 02.07.2014, Administrer octobre 2014.)

En dehors même ces centres et des galeries, des décisions isolées admettent un choix de références en dehors du voisinage lorsqu'elles s'avèrent plus représentatives que celle du voisinage au regard de la nature du commerce et de sa surface (exemple, arrêt *La Grande Récré*, Cour de Paris, 29.01.2014, Administrer mars 2014). (Cf. supra, quant à la possibilité de s'écarter du voisinage pour les bureaux.)

Les juges sont libres du choix de la méthode de la valeur locative, à partir du moment où ils tiennent bien compte des paramètres légaux (Cour de cassation, 16.10.1990, notamment) et exclusivement de ceux-ci.

En pratique, après avoir analysées les cinq composantes légales, les experts et les tribunaux définissent un prix au mètre carré qui sera appliqué à une surface le plus souvent pondérée (les bureaux, dans la plupart des cas, ne sont pas pondérés, sauf s'il s'agit de « bureaux-boutiques » - cf. infra sur cette notion) ; ce système conduit à tenir pour moindres les surfaces commercialement peu intéressantes, sous-sols par exemple, voire, plus rarement, à majorer les surfaces particulièrement attractives, telle une vitrine d'angle. Dans un arrêt du 19 septembre 2007 (AJDI novembre 2007), la Cour de Cassation a rappelé qu'il n'existait pas de méthode réglementée de pondération, même si l'on tend de plus en plus à uniformiser les techniques. Dans une décision du 9 avril 2013 (Loyers et copropriété, juin 2013), elle a admis qu'une clause puisse définir contractuellement la pondération des surfaces, sans que cette clause puisse être qualifiée d'exorbitante. Cette jurisprudence est confortée par le décret du 3 novembre 2014 qui fait précisément référence à une pondération contractuelle pour répartir les charges locatives (cf. étude distincte).

Section III. Le plafonnement et le déplafonnement.

Sous-section I. Le mécanisme du plafonnement et les cas de déplafonnement de plein droit

Le principe de la fixation à la valeur locative du loyer de renouvellement voit ses effets réduits par l'article L. 145-34 du Code de commerce qui dispose que, sauf exceptions, la modification du loyer ne peut être faite que dans la limite de la variation d'un indice qui, depuis l'intervention de la loi PINEL, est l'ILC ou l'ILAT selon le local concerné (cf. sous-chapitre suivant sur ces indices). C'est cela que l'on appelle le plafonnement.

(L'article indique que l'indice de référence est celui prévu au bail en cas de renouvellement à la date d'échéance contractuelle. Il indique aussi qu'à défaut d'indice contractuel ou encore en cas de renouvellement postérieur à l'échéance contractuelle, l'indexation est calculée à partir du dernier indice publié à la date du renouvellement.)

Pour fixer le loyer de renouvellement, il faut donc calculer le loyer plafonné (indexé) et établir la valeur locative.

Si la valeur locative est inférieure au loyer plafonné, le loyer de renouvellement doit être fixé à ladite valeur locative, quand bien même serait-elle inférieure au loyer d'origine. C'est l'« exception de valeur locative » (Cour de cassation, 29.10.1986, 03.12.2003, 13.01.2004 Administrer avril 2004 ; deux arrêts du 3 juin 2004 Administrer août-septembre 2004 ; 05.11.2014, Gaz. Pal. 23 au 25.11.2014 ; Cour de Paris, 02.07.2014, Loyers et copropriété octobre 2014). Dans l'arrêt précité du 3 décembre 2003, la Cour suprême ajoute que le juge du fond doit rechercher au besoin d'office si le loyer de renouvellement correspond à la valeur locative.

Si la valeur locative excède le loyer plafonné, le principe est que le loyer de renouvellement est cantonné au plafond (plafonnement) ; mais ce principe, nous l'avons dit, supporte des exceptions (déplafonnement).

Le mécanisme du plafonnement prive souvent d'intérêt l'offre de renouvellement, la modification du loyer résultant de la seule variation indiciaire ayant déjà été obtenue dans la plupart des cas grâce à la clause d'échelle mobile figurant généralement dans les baux. Dans ces conditions, les exceptions au mécanisme du plafonnement, qui permettent de fixer le loyer de renouvellement à la valeur locative lorsqu'elle excède le loyer plafonné, prennent toute leur importance.

Il existe d'abord des baux qui sont exclus de plein droit du plafonnement, dont le loyer de renouvellement peut donc d'office être fixé à la valeur locative.

Il s'agit en premier, selon l'article L. 145-34 du Code de Commerce, des baux dont la durée contractuelle excède neuf ans (selon la jurisprudence de la Cour de cassation – 30.01.1991, notamment – la durée de neuf ans dont le dépassement entraîne le déplafonnement au renouvellement peut-être celle du bail renouvelé, dans le cas où les parties conviennent d'un renouvellement pour une telle durée – seul cas visé clairement par le texte - , ou encore celle du bail d'origine venant en renouvellement. **Depuis l'entrée en vigueur de la loi PINEL, la variation du loyer issue de ce déplafonnement « ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10% du loyer acquitté au cours de l'année précédente ».** L'application arithmétique de cette règle dite du « plafonnement du déplafonnement », également applicable aux hypothèses de déplafonnement visées dans la sous-section II et dans les sous-chapitre suivant n'est pas évidente et peut donner lieu à des analyses divergentes. Ce mécanisme peut, toutefois, être écarté contractuellement puisque, nous l'avons vu, les règles de fixation du loyer de renouvellement ne sont pas d'ordre public.

Il s'agit aussi des baux dont la durée excède douze ans par l'effet d'une tacite prolongation.

Le bailleur a donc intérêt, de ce point de vue, à consentir un bail de plus de neuf ans. En droit strict, il suffit que le bail soit de neuf ans et un jour pour obtenir l'avantage escompté. En pratique, la durée supérieure à neuf ans est souvent de douze ans.

Le bailleur peut aussi avoir intérêt, pour la même raison, à ne pas réagir lors de l'expiration d'un bail de neuf ans au plus, dans l'espoir d'une tacite reconduction se poursuivant au delà de la douzième année. Cette stratégie sera mise en échec si le locataire formule une demande de renouvellement prenant effet avant. Elle est par ailleurs inopportune si le bailleur dispose, avant l'écoulement des douze ans, d'un motif de déplafonnement, et d'une valeur locative favorable qui peut disparaître ensuite.

En cas de **concoures** entre un congé avec offre de renouvellement délivré pour une date postérieure à l'échéance contractuelle et une demande de renouvellement pour une date plus rapprochée, la jurisprudence décide que le second acte doit primer (Cour de cassation, 27.11.1990 ; ou encore Cour

de Paris, 04.03.2009), ce qui empêche notamment que le locataire puisse être piégé par une tacite reconduction de plus de douze ans qu'il a voulu mettre en échec. Pourtant, en dernier lieu dans un arrêt du 21 février 2007 (Administrer juin 2007), la Cour de cassation décide aussi que le congé avec refus de renouvellement délivré par le propriétaire pour une date postérieure à l'échéance contractuelle prive d'effet une demande de renouvellement ultérieure, ce qui a pour résultat pratique de permettre au bailleur exerçant son repentir après les douze ans d'obtenir le déplaçonnement ; la survie de cette jurisprudence depuis la modification de l'article L. 145-9 par la loi LME (cf. chapitre II) n'est pas certaine.

Il s'agit par ailleurs des baux de terrains nus (soumis au statut : cf. Chapitre Ier), de locaux monovalents (construits en vue d'une seule utilisation) et des locaux à usage exclusif de bureaux (article L. 145-36).

La valeur locative de ces locaux est fixée comme précisé aux articles R. 145-9 et suivants du Code de commerce :

- article R. 145-9

« Le prix du bail des terrains est fixé en considération de ceux des éléments qui leur sont particuliers, eu égard à la nature et aux modalités de l'exploitation effectivement autorisée. »

- article R. 145-10

« Le prix du bail des locaux construits en vue d'une seule utilisation peut, par dérogation aux dispositions qui précèdent, être déterminé selon les usages observés dans la branche d'activité considérée. »

Cf. infra pour le cas particulier des cinémas.

- article R. 145-11

« Le prix du bail des locaux à usage exclusif de bureaux est fixé par référence aux prix pratiqués pour des locaux équivalents, sauf à être corrigés en considération des différences constatées entre le local loué et les locaux de référence. »

Les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article R.145-7 sont en ce cas applicables. »

De façon constante la jurisprudence considère que les règles dérogatoires précitées font échapper au plafonnement les loyers de renouvellement des locaux en cause (notamment Cour de cassation, 15.10.1975, pour des locaux monovalents).

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation (29.04.1998, ou 01.12.2003, ou encore 08.02.2006, par ex.) sont monovalents les locaux construits ou modifiés en vue d'une seule utilisation qui ne peuvent être transformés sans travaux importants et/ou onéreux (par exemple, en principe, un hôtel, ou encore des bains douches : Cour de Paris, 24.10.2007). Un aménagement spécifique ne répondra pas forcément à ces critères. (La jurisprudence exclut désormais la monovalence pour les boulangeries : Cour de cassation, 08.03.2005, Loyers et copropriété mai 2005. Un garage n'est pas forcément monovalent : Cour de cassation, 10.11.2010, Loyers et copropriété février 2011). Peu importe que l'aménagement en local monovalent ait été réalisé par le locataire (id., 29.09.2004, AJDI avril 2005). Selon la jurisprudence récente, la clause « tous commerces » ne s'oppose pas à la qualification de monovalence (id., 27.11.2002, Loyers et Copropriété juin 2003, notamment). Le 1^{er} mars 2006

(Administrer, mai 2006), la Cour de Paris a jugé que la possibilité d'une modification *partielle* des locaux n'exclut pas la monovalence. Depuis l'intervention de la loi du 30 septembre 2010, le loyer des salles de cinéma *doit* être déterminé selon les seuls usages de la profession (article L. 145-36 nouveau du Code de commerce).

Quant aux locaux à usage exclusif de bureaux, ceux-ci s'entendent de locaux où s'effectue un travail essentiellement intellectuel, sans réception ni stockage de marchandises. La qualification ne bureaux n'est pas affectées par la réception de la clientèle. La jurisprudence y inclut les agences bancaires (Cour de cassation, 19.04.1989) et les agences de voyage (Cour de Paris, 30.06.2004, Loyers et copropriété décembre 2004). L'activité d'agent immobilier/marchand de biens est également du bureau au sens du statut (Cour de Paris, 07.02.2005, AJDI mai 2005 ; id. 30.05.2007, Administrer novembre 2007 ; id. 16.01.2008, AJDI octobre 2008). Les références des loyers à retenir pour ces « bureaux-boutiques » posent difficulté et donnent lieu à des appréciations divergentes. Les juges privilégient parfois les références prises pour des locaux équivalents (pour une banque, loyers de banques ou de locaux du même type tels ceux d'une agence d'intérim, par exemple : Cour de Paris, 08.09.2004 ; TGI de Nanterre, 15.01. et 10.03.2008, AJDI octobre 2009), mais l'utilisation de références de boutiques n'est pas systématiquement exclue, toutefois (à titre d'exemple, Cour de Paris 30.11.2011 ; ou encore, TGI de Paris, 20.03.2013, Administrer mai 2013), quitte à procéder à une minoration. Comme nous l'avons vu, on exclut en principe les références judiciaires. Par ailleurs, l'article L. 145-11 faisant mention « locaux équivalents » sans renvoi à la notion de voisinage, il est admissible de s'appuyer sur des loyers de locaux du même ordre dans des communes limitrophes : Cour de Paris, 30.04.2014, Administrer juin 2014.

Il est à noter que la qualification de bureaux s'apprécie au regard de la destination contractuelle et non pas de l'usage effectif des locaux (Cour de cassation, 12.10.1976 ; ou encore id., 1^{er}.4.2009, Administrer juin 2009). C'est pourquoi, ici, la clause « tous commerces » exclut la qualification de locaux à usage exclusifs de bureaux (Cour de Cassation, 17.12.2002 ou 25.06.2008 ; Cour de Paris 22.09.2004, Administrer décembre 2004). Il en est de même d'une autorisation de sous-location pour tous commerces (Cour d'Amiens, 10.04.2007, Loyers et copropriété septembre 2007).

Dans un arrêt du 20 septembre 2005 (AJDI, février 2006), la Cour de cassation a précisé que les dispositions de l'article R. 145-11 avaient vocation à s'appliquer alors même que la destination avait été acquise par déspecialisation (Chapitre VII) et que le bailleur n'avait pas poursuivi le déplafonnement sur ce fondement lors du premier renouvellement suivant cette déspecialisation (de jurisprudence constante, la renonciation ne se présume pas).

Quant aux autres baux, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas déplafonnés de plein droit, le loyer de renouvellement peut être déplafonné dans les conditions expliquées ci-après.

Sous-section II. Les motifs de déplafonnement

L'article L. 145-34 du Code de commerce autorise le déplafonnement lorsqu'il existe une « modification notable » de l'un des quatre premiers éléments de détermination de la valeur locative (ce qui exclut donc les prix couramment pratiqués dans le voisinage), pendant la période litigieuse (de la prise d'effet du bail d'origine ou du dernier renouvellement à la date du renouvellement). L'étalement éventuel de l'augmentation issu de nouvel article L. 145-34 est applicable dans cette hypothèse (cf. avant dernier paragraphe Sous-section I). **Dans cette hypothèse, le « plafonnement du déplafonnement » de la loi PINEL, traité dans la sous-section précédente, s'applique, sauf dérogation contractuelle.**

La Cour de Paris a rappelé que « l'importance de la différence entre le loyer plafonné et la valeur locative n'est pas une cause de déplafonnement » (02.03.2006, AJDI juillet-août 2006).

Nous citerons aussi une décision de la Cour de cassation du 2 décembre 1998, qui admet le déplafonnement en présence de différentes modifications (deux, en l'espèce) dont aucune, prise isolément, n'est notable mais qui prendraient ce dernier caractère du fait de leur addition. Cette jurisprudence isolée et critiquée n'a, toutefois, jamais été réitérée.

Ces précisions liminaires étant faites, nous allons examiner ci-dessous les différentes modifications notables pouvant être invoquées en motif de déplafonnement, en raisonnant à partir des articles du code de commerce.

A. Les caractéristiques propres du local (article R. 145-3 et R. 145-4 du Code)

La question des travaux sera examinée en infra.

Nous nous en tiendrons donc ici à signaler que la modification notable au sens de l'article 23-1 s'entend souvent d'une modification de l'« assiette » du bail (adjonction de surface, par exemple). Le critère de la notabilité du changement intervenu doit être fonction de l'intérêt qu'il présente pour le commerçant, et pas seulement de l'importance de la surface adjointe (Cour de Paris 03.04.2008, Administrer juin 2008, notamment).

La Cour de cassation a jugé que l'adjonction de locaux accessoires décidée par une assemblée générale de copropriété ne pouvait être invoquée comme motif de déplafonnement, ces locaux n'appartenant au bailleur (27.11.2002, AJDI mai 2003).

B. La destination des lieux (article R. 145-5)

La question essentielle se posant à ce propos est celle de savoir si une infraction à la destination contractuelle peut motiver un déplafonnement, le changement de destination notable autorisé par le bailleur justifiant à coup sûr le déplafonnement du loyer de renouvellement (et pouvant aussi permettre la révision du loyer dans le cadre d'une déspecialisation ; cf. infra).

La Cour de cassation l'a admis à plusieurs reprises (26.11.1997, notamment ; dans le même sens, Cour de Toulouse, 15.11.2011, Administrer avril 2012). Il n'en est ainsi, toutefois, que si la modification irrégulière est notable (Cour de cassation, 08.01.1997).

La même Cour suprême a cependant précisé qu'une modification irrégulière de l'affectation des lieux utilisée par le bailleur pour obtenir un déplafonnement ne peut pas, ensuite, être invoquée comme motif de résiliation (29.09.2004, Administrer décembre 2004).

La modification de la destination acquise par voie de déspecialisation (Chapitre VII) peut aussi motiver un déplafonnement, à condition d'être notable (ce qui ne va pas forcément de soi en déspecialisation partielle).

C. Les obligations respectives des parties (article R. 145-8)

La jurisprudence rendue sur la modification notable des obligations respectives des parties est très dense. Aussi nous en tiendrons-nous aux décisions les plus récentes et/ou les plus marquantes.

- Par un arrêt du 13 juillet 1999, la Cour de cassation a jugé que l'augmentation de l'impôt foncier à la charge du propriétaire justifiait le déplafonnement (l'impôt avait plus que triplé). Cette jurisprudence, issue du troisième alinéa de l'article a été réitérée à plusieurs reprises, notamment le 19 mars 2003 (AJDI mai 2003) ou encore le 7 février 2007 (Administrer avril 2007) et le 14 septembre 2011 (Gaz.Pal. 21 et 22.10.2011). Le caractère notable de l'augmentation relève cependant de l'interprétation souveraine des juges du fond, qui tiennent compte notamment de ce que représente cet impôt au regard des loyers perçus, d'où une certaine incohérence de la jurisprudence : une augmentation de 57,01% est notable selon la Cour de Paris (25.03.2004, AJDI octobre 2004) ; en revanche, une augmentation de 76% ou même de 82% peuvent ne pas être considérées comme notables (Cour de cassation, 06.11.2001 ; id., 04.06.2013, Gaz. Pal . 2 et 3 août 2013).

- La jurisprudence décide régulièrement (Cour de cassation, 27.06.2001, ou 24.03.2004, ou encore 13.09.2011) que la modification conventionnelle du loyer dans des conditions étrangères à la loi et au bail initial justifie à elle seule le déplafonnement du loyer de renouvellement (il ne s'agit donc pas d'une modification issue de la clause d'échelle mobile –cf. infra- laquelle est issue du bail : TGI de Paris, 16.12.2009). Encore faut-il, bien sûr, que la modification soit notable pour que le déplafonnement ait lieu (ce qui n'est pas le cas d'une diminution de 8% : Cour de cassation, 5 mai 2004 ; ce qui est le cas d'une diminution de 26% : Cour de Paris, 07.12.2005, AJDI mars 2006). Le caractère notable relève lui aussi, de l'analyse « souveraine » des juges du fond (pour un refus de déplafonnement en dépit d'une diminution de 16,5% : Cour de cassation, 21.03.2006, Loyers et copropriété septembre 2006 ; et dans le même sens, pour une augmentation de 14,7%, TGI de Paris, 28.03.2011, Administrer juin 2011). Un loyer à paliers n'est pas assimilable aux modifications précitées, puisque cette stipulation n'est pas étrangère au bail (cf., fin de chapitre, passage en italique et notamment Cour de Reims, 13.03.2006).

Les révisions légales du loyer intervenues en cours de bail et notamment celles de l'article L. 145-9 (cf. infra) ne justifient pas le déplafonnement (en ce sens : Tribunal de Grande Instance de Paris, 16.12.2009, AJDI mai 2010).

Notons que si le plafonnement est retenu (ce qui, sauf circonstances particulières relevées par les juges du fond, ne doit plus être le cas), l'indexation se calcule à partir du loyer d'origine et non du loyer conventionnellement majoré (Cour de cassation, 21.02.2001 précité, Cour de Paris, 16.02.2001).

- Selon la jurisprudence classique issue du dernier alinéa de l'article la fixation d'un loyer d'origine minoré en raison de liens privilégiés entre bailleur et locataire peut être un motif de déplafonnement, si ces liens ont disparu lors du renouvellement (Cour de Paris, 04.02.1992 et 26.09.1995, Cour de cassation 10.07.1996...). Il appartient au bailleur d'apporter la preuve de la modicité du loyer d'origine qui n'est donc pas présumée (Cour de cassation, 21.01.2014, Loyers et copropriété avril 2014).

- Le versement d'un **pas-de-porte** lors de l'entrée des lieux pose diverses questions, dont une partie est liée à ses incidences sur le loyer de renouvellement. L'ensemble de ces questions est examiné ci-dessous.

En premier lieu, le versement d'un pas-de-porte est indéniablement licite (Cour de cassation, 15.02.1995).

Du point de vue de sa qualification, le pas-de-porte peut être analysé comme un supplément de loyer versé d'avance, ou comme une indemnité versée au bailleur, ou encore être mixte. Si la qualification ne ressort pas clairement de la rédaction du bail, les juges y procéderont. Si la qualification retenue est celle d'un supplément de loyer (ou en cas de nature mixte), le loyer de renouvellement sera déplafonné au titre de l'article R. 145-8 (ou, selon une autre technique, décapitalisé et intégré au loyer d'origine servant de base au calcul du plafonnement – cette technique étant celle à retenir pour le calcul du loyer plafonné pour la révision triennale, qui sera abordée ci-après) ; en outre, il devra être pris en compte au titre des loyers versés d'avance visés à l'article L. 145-40, cité en tête de chapitre (en ce sens : Cour de cassation, 02.12.1998). Rien de tel, dans le cas d'une qualification indemnitaire. La doctrine

(notamment Me BLATTER, *Droit des baux commerciaux*) et la jurisprudence (Cour de cassation, 16.05.2000) tendent à considérer que le fait que le pas-de-porte soit versé en une seule fois et stipulé définitivement acquis au bailleur, donc non remboursable à son départ, induit la qualification indemnitaire.

L'Administration fiscale (qui n'est pas liée par la qualification retenue par les parties ou par celle des juges civils, lesquels respectent en général la première si elle est claire) considère le plus souvent le pas-de-porte comme un complément de loyer (en ce sens : Conseil d'Etat ; 03.07.2009, Loyers et copropriété septembre 2009), ce qui implique le traitement d'une recette pour le bailleur. Chez le locataire, elle n'en admet que rarement la déduction au titre de charge d'exploitation : pour cela, il faut que le loyer soit réellement inférieur à la valeur objective.

D. Les facteurs locaux de commercialité (article R. 145-6)

La commercialité s'entend de « l'aptitude d'un secteur à générer du chiffre d'affaires » (Cour de Paris, 23.11.1993), laquelle peut être conditionnée par des modifications matérielles (ouvertures de parkings, de stations de métro).

L'article R. 145-6 dispose que les facteurs locaux doivent être appréciés non pas dans l'absolu, mais du point de vue de l'intérêt qu'ils présentent pour le commerce considéré ; celui-ci devant s'entendre, selon la Cour de cassation, comme celui effectivement exercé, et non pas comme celui autorisé par le bail, qui peut être plus large (30.06.2004, AJDI février 2005, notamment).

Ainsi, il a été jugé que les marchés de Noël n'impactent pas un commerce de prêt-à-porter pour enfants (Cour de cassation, 17.12.2013, AJDI mai 2014).

L'implantation des grandes enseignes, qui peut « doper » artificiellement le marché locatif sans entraîner une modification des facteurs locaux de commercialité pour le commerce considéré, n'est donc pas forcément un motif de déplafonnement (Cour de Paris, 09.06.2004, AJDI janvier 2005 ; id. 21.03.2005, Administrer juin 2005 ; id. 10.04.2008, AJDI octobre 2008 ; id. 10.09.2008, Administrer décembre 2008 ; id. 19.11.2008, Administrer février 2009 ; id. 17.11.2010, Gaz. Pal. 11 et 12 mars 2010). Une telle installation ne sera donc pas retenue en tant que telle, mais seulement si elle change la donne pour le commerce en cause, ce qui a été retenu dans plusieurs arrêts récents : tel est le cas s'agissant d'un bijoutier dont la clientèle est essentiellement non résidente (Cour de cassation, 05.01.2010, Loyers et copropriété mars 2010), ou d'un commerce de prêt-à-porter haut de gamme, en présence d'implantation d'enseignes de luxe (Cour de Paris, 06.04.2006, Administrer octobre 2006), ou encore d'une boutique Devernois à côté de laquelle s'est installée la FNAC (Cour d'Aix, 23.10.2008, Administrer janvier 2009).

Le commerce considéré inclut l'activité du sous-locataire, que la sous-location soit partielle ou totale (Cour de cassation, 08.12.2010 ; id., 18.02.2014, Gaz. Pal. 18 et 19.04.2014).

En milieu urbain, la jurisprudence cantonne généralement l'examen des facteurs locaux à un périmètre qui n'excède pas quelques centaines de mètres autour du commerce litigieux. Mais, ici encore, tout dépend du type de commerce et, notamment, de sa densité dans la localité (à titre d'exemple, pour une pharmacie dans Paris, l'examen a été restreint à 200 m. : Cour de Paris, 15.11.2006, Administrer février 2007).

En centre commercial ou en galerie marchande, les facteurs locaux s'entendent de ceux propres à l'entité (Cour de cassation, 29.01.2002) et aussi du quartier (Cour de cassation, 12.06.2001).

Une évolution, même notable, du chiffre d'affaires du locataire ne justifie pas en elle-même le déplafonnement (Cour de cassation, 06.11.2001, notamment), mais les juges admettent fréquemment que l'on se réfère à ce chiffre comme élément de recoupement pour apprécier l'existence ou l'inexistence d'une modification notable des facteurs (en ce sens, notamment, Cour de cassation 15.10.2013, Gaz. Pal. 24 au 26.11.2013 ; id. 17.06.2014, AJDI octobre 2014 ; Cour de Paris,

26.03.2009, Loyers et copropriété juin 2009 ; id., 29.04.2009, Administrer juillet 2009 ; id., 14.05.2014, Loyers et copropriété juillet-août 2014).

Une mesure d’instruction ne peut être ordonnée pour suppléer à la carence des parties (article 146 du code de procédure civile). Le bailleur qui invoque une modification des facteurs locaux de commercialité doit donc indiquer en début de procédure, avec autant de précision que possible, des éléments de nature à convaincre le juge lequel, le plus souvent, renverra à expertise pour en vérifier le bien fondé ; à défaut, ledit bailleur sera débouté (Cour de Paris, 30.04.2014, Administrer juin 2014, notamment).

E. Le problème des travaux

La jurisprudence rendue sur ce thème est pléthorique et extrêmement complexe. Aussi n’en donnerons- nous que les éléments essentiels en termes pratiques.

L’exécution des travaux (y compris dans les parties communes) peut autoriser le déplafonnement au renouvellement qui les suit soit au titre des articles R. 145-3 et R. 145-4 s’ils modifient (notamment) « les caractéristiques des locaux », soit au titre de l’article R. 145-8, s’il s’agit d’« améliorations » (création d’une mezzanine, par exemple) financées au moins en partie (mais de façon notable) par le bailleur fut-ce par une franchise de loyers (par conséquent, le bailleur ayant participé à une amélioration doit poursuivre le déplafonnement au renouvellement qui suit, et il sera forclos au second renouvellement : Cour de cassation, 09.11.2010, Loyers et copropriété janvier 2011).

En revanche, les améliorations financées intégralement par le locataire au cours du bail expiré ne permettent pas le déplafonnement au renouvellement suivant au titre de l’article R. 145-8. La jurisprudence de la Cour de cassation (26.11.1985, notamment) admet cependant le déplafonnement, pour ce type de travaux, au second renouvellement suivant le bail expiré. Cette solution est généralement issue de la clause d’accession contractuelle appliquée au contexte juridique de l’article précité. (Encore faut-il que le contrat prévoit clairement, comme c’est habituellement le cas, une accession en fin de bail, laquelle prendra donc effet à la date du renouvellement, celui-ci faisant naître un second bail ; si l’accession est différée au départ du preneur, le bailleur ne pourra pas en tirer partie : Cour de cassation, 21.03.2001.)

En pratique, le propriétaire a bien souvent intérêt :

- . à poursuivre le déplafonnement lors du premier renouvellement, en revendiquant la modification des caractéristiques des locaux (articles R. 145-3 et R. 145-4) et l’article R. 145-8 s’il a participé aux travaux;
- . en cas d’échec, à poursuivre le déplafonnement au second renouvellement, en invoquant l’accession.

En effet, si les événements intervenus sont à la fois modificatifs des caractéristiques et des améliorations, et peuvent donc relever tout à la fois des articles R. 145-3 et R. 145-4 au premier renouvellement et de l’article R. 145-8 au second, la plupart des décisions se prononcent pour une application prioritaire de l’article R.145-8 (en ce sens, Cour de cassation, 04.11.1998), sauf dans certaines hypothèses telles une réunion de locaux (pour certaines décisions seulement) ou une augmentation de l’assiette des lieux loués (Cour de cassation, 17.07.1996 ; ou Cour de Paris 20.12.2007, Administrer mars 2007, et 07.03.2012, Loyers et copropriété octobre 2012, notamment). L’application prioritaire des articles R. 145-3 et R.145-4 a pour conséquence l’impossibilité pour le bailleur de les invoquer en déplafonnement lors du second renouvellement, lorsqu’il n’a pas participé aux travaux.

La jurisprudence récente exclut toute augmentation du loyer de renouvellement au titre de l’un ou de l’autre des deux articles précités dès lors que les travaux en cause sont des travaux de mise en

conformité des locaux à leur destination contractuelle (Cour de cassation, 12.06.2012, AJDI septembre 2012 ; Cour de Paris, 25.03.2009, Administrer juin 2009, par exemple), notamment en cas de location en brut de décoffrage (Cour de Paris, 13.02.2004, Administrer novembre 2004, par exemple), ou encore pour des travaux de mise en conformité avec la réglementation (id., 02.12.2009, Administrer avril 2010).

En revanche, dans un arrêt du 15 novembre 2005 (Administrer, janvier 2006), la Cour de cassation retient le déplafonnement au titre des articles R. 145-3 et R. 145-4 s'agissant, pour un bail mixte, de travaux qui portaient essentiellement sur le logement.

Des règles particulières gouvernent les travaux en matière hôtelière (loi du 1^{er} juillet 1964 intégrée dans les articles L. 311 et suivants du Code du tourisme).

F. La question du « sens » des modifications

Alors que dans un arrêt isolé du 13 juillet 1999, la Cour de cassation avait admis qu'une modification des facteurs locaux de commercialité défavorable au preneur justifiait le déplafonnement, elle a depuis statué en sens contraire, pour considérer que seule une modification ayant une incidence favorable pour le commerce considéré était exploitable pour le bailleur (09.06.2009, Gaz. Pal. 12 et 13.03.2009 ; 17.01.2012, Loyers et copropriété mars 2012 ; 17.06.2014, précité ; et dans le même sens, Cour de Lyon 17 janvier 2013, Loyers et copropriété mars 2013).

Cela ne signifie pas pour autant que les modifications des facteurs locaux défavorables au commerçant doivent être évincées du débat purement et simplement : elles peuvent être prises en compte pour exclure le déplafonnement lorsqu'elles neutralisent des modifications favorables, l'ensemble de ces modifications devant être apprécié globalement (TGI Verdun, 12.07.2012, AJDI novembre 2012).

Dans un arrêt du 14 septembre 2011, la Cour de cassation ajoute aux décisions précitées en jugeant que seule une modification des facteurs « de nature à avoir une incidence favorable » sur l'activité du preneur est un argument de déplafonnement.

S'il est désormais établi que la modification des facteurs exploitable par le bailleur doit non seulement être notable mais favorable au preneur, il ne semble pas nécessaire que les incidences favorables soient avérées, de manière factuelle, à la date du renouvellement. (Symétriquement, dans une décision du 3 septembre 2008, la Cour de Bordeaux avait admis le déplafonnement alors que des modifications des facteurs étaient intervenues avant la prise à bail, au motif que leurs effets positifs s'étaient manifestés après).

Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation n'admet le déplafonnement pour des travaux et/ou des modifications des caractéristiques des locaux que si ceux-ci ont une incidence favorable sur l'activité du locataire (09.07.2008, Loyers et copropriété septembre 2008), le refusant même en cas de modification de l'utilisation des surfaces ne présentant qu'un « avantage limité » (23.06.2009, Gaz. Pal. 25 et 26.09.2009). Cette jurisprudence a été reprise par la Cour de Paris qui, dans un arrêt du 14 novembre 2012 (Administrer janvier 2013) a retenu le déplafonnement pour une adjonction de parkings au motif de leur impact favorable sur l'activité du preneur.

On en avait un peu trop vite déduit que seule une modification favorable au locataire permettait le déplafonnement. Pourtant, le 18 janvier 2012, la Cour de cassation a jugé qu'une extension notable de la destination pouvait justifier le déplafonnement sans qu'il soit nécessaire de rechercher si elle avait une incidence favorable pour le preneur.

Si des auteurs ont tenté de trouver une logique à ces différentes décisions en procédant à une analyse sémantique des articles réglementaires relatifs à la valeur locative, il n'en reste pas moins que le droit positif est désormais un peu confus sur ce sujet.

Sous-section III. La question des loyers variables

Ce type de loyer a connu un développement important dans les contrats de location de boutique dans les centres commerciaux, car il permet au propriétaire des locaux, généralement promoteur et gestionnaire du centre, d'être associé indirectement au niveau d'activité des commerçants qu'il a mis en place.

A. Principes

Le loyer variable est déterminé en fonction d'une clause recette aux termes de laquelle le montant en est fixé, en tout ou partie, en fonction des recettes du locataire.

On distingue différents types de loyers fixés en fonction du chiffre d'affaires du locataire :

le loyer variable pur : le loyer est fixé exclusivement en fonction d'un pourcentage du chiffre d'affaires ;

le loyer variable additionnel : le loyer est composé, d'une part, d'une somme fixe (loyer de base) préalablement établie contractuellement et, d'autre part, d'une somme variable égale à un certain pourcentage du chiffre d'affaires. Ces deux éléments sont dus l'un et l'autre et la somme fixée au départ ne joue pas le rôle d'un minimum garanti ;

le loyer variable alternatif (formule la plus fréquente) : le loyer est calculé globalement sur le chiffre d'affaires du locataire, mais il comporte un minimum garanti (dit « LMG »). Dans cette hypothèse, le loyer est égal au plus élevé de ces deux éléments.

B. Conséquences

La Cour de cassation a posé comme principe, dans un arrêt *Théâtre Saint-Georges*, que « la fixation du loyer renouvelé d'un bail à loyer variable devait s'opérer conformément à la convention des parties » (10.03.1993). La Cour suprême a réitéré sa jurisprudence à plusieurs reprises, en dernier lieu par un arrêt du 9 septembre 2014 (Administrer novembre 2014). Ainsi, ce mode de fixation du loyer échappe complètement à l'application des règles du plafonnement ou du déplafonnement, puisque la jurisprudence, au visa de l'article 1134 du Code civil, décide que la volonté des parties doit l'emporter. Cette jurisprudence conduit à appliquer les dispositions contractuelles relatives au loyer, à l'exclusion des mécanismes légaux de fixation du loyer de renouvellement – et de révision : cf. infra, Sous-chapitre suivant, section V.

Cette éviction contractuelle du statut s'oppose à une intervention judiciaire pour faire fixer le loyer de renouvellement, y compris lorsque la clause prévoit une partie fixe du loyer, loyer de base ou LMG (Cour de cassation, 09.09.2014, précité). Il en est ainsi, selon la Cour de Limoges, alors même que le bail prévoit que la partie fixe devra correspondre à la valeur locative statutaire pour chaque renouvellement et attribue-t-il compétence au juge en cas de litige sur cette valeur (arrêt du 4 septembre 2014, Administrer novembre 2014).

SOUS-CHAPITRE II. L'ÉVOLUTION DU LOYER COMMERCIAL EN COURS DE BAIL

Afin de garantir, autant que possible, l'équilibre économique du contrat, la loi organise plusieurs possibilités de révision du loyer en cours de bail.

Les révisions du loyer en cas de désécialisation sont analysées dans le chapitre VII.

Section I. La révision triennale

Elle est prévue par l'article L. 145-37 du Code de commerce, et ses modalités pratiques par l'article L. 145-38 et les articles R. 145- 20 et R. 145-21. Le principe est que lorsque le loyer est applicable depuis au moins trois ans, l'une ou l'autre partie peut solliciter sa révision. Ce mécanisme et ses modalités d'application sont d'ordre public, et il n'est donc pas permis d'y déroger contractuellement (Cour de cassation, 30.01.2002, AJDI avril 2002).

Sous-section I. Epoque de la révision

La révision légale n'est qu'une faculté offerte aux parties. Elle n'est donc pas automatique et doit être demandée. Il ne faut pas la confondre avec la révision contractuelle du loyer (clause dite d'échelle mobile), prévue dans la plupart des baux contemporains, qui sera examinée plus loin. La législation prévoit que la révision ne peut être demandée que lorsque le loyer est applicable « depuis trois ans au moins », c'est-à-dire après trois années complètes d'application d'un loyer convenu ou fixé judiciairement.

Ce principe est appliqué très strictement par la jurisprudence :

Ainsi, pour un loyer entré en application le 1^{er} janvier 2008, la demande de révision ne pourra être faite qu'à partir du 2 janvier 2011. Faite prématurément, elle sera jugée irrecevable (Cour de cassation, 22.04.1980). En revanche, à partir 2 janvier 2011, cette demande est recevable à tout moment, mais sans effet rétroactif aucun, car l'article R. 145-20 dans son dernier alinéa dispose que le nouveau prix n'est dû qu'à dater du jour de la demande, sauf accord des parties pour une date plus ancienne ou plus récente. Récemment, la Cour de cassation a jugé qu'une demande de révision prématurée restait irrecevable, quand bien même l'assignation consécutive était délivrée après le délai de trois ans (20.05.2001, AJDI décembre 2001).

Il est important de répéter que la demande de révision « tardive » n'est pas irrecevable et n'est pas renvoyée à la prochaine triennale (Cour de Paris 21.09.1982). Par exemple, dans le cadre du bail mentionné ci-dessus si la demande de révision est faite le 15 février 2011, elle prendra effet à cette date ; la prochaine demande sera décalée d'autant et ne pourra donc être formulée qu'à partir de février 2014. Précisons toutefois que si le bailleur ne peut pas imposer au locataire une révision prématurée, un accord des deux parties sur un loyer avant l'expiration d'une triennale est possible (Cour de cassation, 07.03.2001, Gaz. Pal. 27 et 28 06. 2001).

Sous-section II. Forme, contenu et conséquences de la demande

A. Forme et contenu

La demande, selon l'article R. 145-20, doit être faite par courrier recommandé avec AR ou par acte extra judiciaire. Elle doit indiquer le montant du loyer demandé ou offert, et ce sous peine de nullité de la demande de révision et de la procédure subséquente (Cour de cassation, 12.10.1976).

La jurisprudence a parfois admis, s'il s'agit simplement de demander une révision conforme à l'évolution de l'indice du coût de la construction (cf. ci-dessous), que la référence à cet indice est suffisante et régulière, et dispense d'indiquer le montant du loyer (Cour de Paris, 27.04.1977). Mais cette tolérance n'est pas conforme aux décisions les plus récentes, qui sanctionnent de nullité de telles demandes (Cour de cassation, 17.12.1985 ; Cour de Paris 30.01.2008, Loyers et copropriété avril 2008).

A défaut de publication de l'indice de référence pour calculer le loyer plafonné à la date de la demande de révision (sur cet indice, cf. sous-section suivante, in fine), celle-ci indiquera donc un prix provisionnel (en attendant, la publication de l'indice), ce que la Cour de cassation a admis dans une décision du 20 décembre 1989, et ce qui permettra de notifier ou signifier ensuite chiffre définitif.

B. Conséquences

Ce type de demande n'a pas pour effet d'entraîner automatiquement la modification immédiate du loyer du bail (Cour de Paris, 21.09.2006, AJDI décembre 2006, notamment).

En conséquence, le bailleur ne peut pas faire délivrer un commandement de payer afin d'obtenir le paiement du loyer ainsi révisé (Cour de Versailles, 10.01.2012, AJDI mars 2013 ; id., 18.02.2014, Loyers et copropriété avril 2014, notamment). En effet, le statut prévoit qu'à défaut d'accord, la demande est jugée dans les conditions prévues à l'article L. 145-56. Le nouveau prix sera du au jour de la demande, sauf accord sur une autre date.

Sous-section III. Montant du loyer révisé

Les articles L. 145-33 et L. 145-38 du Code de commerce encadrent strictement le montant du loyer révisé en prévoyant, d'une part, qu'il « *doit correspondre à la valeur locative* » (article L. 145-33) et, d'autre part, que « *par dérogation aux dispositions de l'article L 145-33, et à moins que ne soit rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10% de la valeur locative, la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des activités tertiaires (...) intervenue depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer* » (article L. 145-38, 3^{ème} alinéa, modifié par la loi PINEL en ce qu'il fait désormais référence à l'ILC et à l'ILAT – cf. infra sur ces indices).

Ces dispositions donnent lieu à des analyses et à des jurisprudences souvent complexes.

En synthèse, comme pour la fixation du loyer de renouvellement, il faut calculer le loyer plafonné (indexé) et établir la valeur locative, le loyer révisé étant fixé à l'une ou à l'autre des ces deux sommes, sauf à devoir rester cantonné au loyer contractuel (auquel cas il n'y a pas matière à demander une révision) :

L'indice étant à la hausse, si la valeur locative est inférieure au loyer plafonné, le loyer reste inchangé (il demeure donc fixé loyer contractuel) sauf en cas de modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10% de la valeur locative, cas dans lequel il est fixé à ladite valeur locative (Cour de cassation, 27.02.2002 ; id., 02.10.2013, Administrer novembre 2013), ou encore si celle-ci se situe entre le loyer en cours (loyer payé à la date de la demande de révision) et le loyer plafonné, auquel cas il est fixé également à la valeur locative (Cour de cassation, 06.02.2008 ; TGI de Paris 06.10.11, deux jugements, Administrer décembre 2011). Si la valeur locative est supérieure au loyer plafonné, la révision se fait à hauteur dudit loyer (plafonnement), sauf modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10% de la valeur locative, seule hypothèse (de déplafonnement) dans laquelle la révision doit se faire à cette valeur. **Dans ce cas, depuis la loi PINEL, l'article L. 145-38 prévoit désormais, par symétrie avec le déplafonnement du loyer de renouvellement, que la variation du loyer « ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10% du loyer acquitté au cours de la période précédente ». Ce plafonnement du déplafonnement ne peut être écarté contractuellement puisque la réglementation de la révision est d'ordre public, contrairement à celle du loyer de renouvellement.**

A la différence du loyer de renouvellement, les règles de fixation du loyer révisé s'appliquent à tous les baux, y compris même à ceux dont le loyer de renouvellement est assujéti à des règles dérogatoires (terrains, bureaux, locaux monovalents). Ces derniers baux ne sont donc pas déplafonnés de plein droit en révision triennale, comme ils le sont en renouvellement (en ce sens, pour des bureaux : Cour de cassation, 30.05.2001). Toutefois, la Cour de cassation a jugé que lorsque le loyer de locaux monovalents est déplafonné en révision triennale, les règles de l'article 23-8 doivent être appliquées pour déterminer la valeur locative (10.11.1987).

Lorsque la révision est plafonnée à l'indice on considérait que le calcul devait se faire selon l'indice de référence prévu au contrat (en général le dernier indice connu à sa signature). Dans un arrêt du 31 octobre 2012 (Loyers et copropriété décembre 2012), la Cour de Paris a jugé que la révision devait être effectuée en fonction de l'indice en vigueur lors dernière fixation du loyer (donc lors de la conclusion du bail, pour une première révision), ce qui oblige donc en pratique à notifier ou signifier un montant provisionnel (cf. supra). Cette décision applique strictement le texte de l'article L. 145-8, qui est d'ordre public.

Section II. La clause d'échelle mobile et la révision de l'article L. 145-39.

Les clauses d'échelle mobile consistent à faire varier, de manière automatique, le loyer en fonction d'un indice.

Sous-section I. Conditions et effets

A. Le choix de l'indice

L'article L. 112-2 du Code monétaire et financier impose que l'indice choisi ait une relation directe avec l'objet du contrat, ou avec l'activité de l'une des parties, même s'il ne s'agit pas de son activité principale. Aux termes de cet article et de l'article D. 112-2, les parties peuvent notamment indexer le loyer sur l'indice du coût de la construction (ICC), sur l'indice des loyers commerciaux (ILC) pour les activités commerciales et artisanales, ou sur l'indice des loyers des activités tertiaires (ILAT) pour les activités tertiaires autres (bureaux et entrepôts logistiques, entre autres). Depuis l'entrée en vigueur de

la loi PINEL, le choix de l'ICC tend à se raréfier au profit de l'ILC ou de l'ILAT, afin qu'il y ait identité entre le loyer plafonné et le loyer acquitté en fin de période contractuelle.

L'article L. 112-1 précise que la période de variation de l'indice prise en compte ne peut excéder celle écoulée entre deux révisions.

La jurisprudence des juges du fond n'était pas homogène sur la question de la validité d'une clause faisant référence à un indice de base fixe. Dans une décision du 11 décembre 2013 (AJDI février 2014), la Cour de cassation, se rangeant à la jurisprudence désormais dominante des juges du fond (Cour de Paris, 27.11.2013, notamment), a approuvé le rejet d'une demande d'annulation sur ce motif, en relevant que cette rédaction n'avait pas entraîné de « distorsion ». Par contre, dans une espèce où le loyer avait été modifié en cours de bail sans modification de l'indice contractuel, ce qui avait pour effet d'entraîner, lors de la révision consécutive à cette modification, la prise en compte d'une variation indiciaire sur plusieurs années créant donc une « distorsion », la clause a été jugée non écrite (Cour de cassation, 07.05.2014, Administrer juin 2014). Par conséquent, un indice de base fixe n'est pas irrégulier en tant que tel, mais il reste problématique s'il entraîne un résultat mathématique différent de celui qui serait issu d'une clause disposant qu'à chaque révision, l'indice de comparaison devient le nouvel indice de base, ce qui ne peut être le cas que si le loyer est modifié pendant le bail.

B. L'automatisme

L'avantage d'une telle disposition contractuelle est de prévoir que le loyer, suit l'évolution de l'indice, de plein droit et de manière automatique, c'est à dire sans qu'il soit nécessaire d'en demander l'application (Cour de cassation, 20.07.1994). Encore faut-il, toutefois, que le jeu automatique de la clause ressorte bien de sa rédaction : à défaut, une demande est nécessaire (Cour de Paris, 22.03.2007 ; Cour de cassation 01.06.2011, Loyers et copropriété septembre 2011).

C. Le problème des clauses limitant le jeu indiciaire

Dans un arrêt du 15 novembre 1950, la Cour de cassation avait annulé une clause prévoyant un loyer plancher et excluant toute réciprocité.

Plusieurs décisions sont intervenues depuis 2010 à propos des clauses d'indexation jouant uniquement à la hausse. Si certaines les ont retenues comme valables (Cour d'Aix-en-Provence, 15.03.2013 et Cour de Paris 03.04.2013, AJDI juillet-août 2013), deux arrêts en sens contraire ont été rendus depuis par la Cour de Paris le 12 juin 2013 (même revue) et le 2 juillet 2014 (AJDI novembre 2014), revenant donc sur sa jurisprudence antérieure. (Dans le même sens que cette dernière jurisprudence : tribunal de grande instance de Paris, 13.02.2014, Loyers et copropriété mai 2014.)

Dans un jugement du 4 juillet 2013, le tribunal de grande instance de Paris a considéré qu'un loyer plancher et un plafonnement de l'indexation étaient illicites.

Toute clause visant à corriger l'indexation ou à la soumettre à conditions est donc discutable selon une jurisprudence qui tend à devenir dominante.

Sous-section II. Révision du loyer résultant de l'adaptation de cette clause

A. Le principe

Il est énoncé par l'article L. 145-39 (d'ordre public) qui prévoit que « *la révision pourra être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouvera augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire.* »

Ainsi, le taux de variation de plus de 25% se calcule par rapport au loyer initial, ou modifié par un avenant, ou fixé judiciairement.

En pratique, le juge va donc vérifier si la valeur locative diffère du prix résultant de la clause d'échelle mobile. Si tel est le cas, le magistrat doit « adapter » (article R. 145-22) le jeu de la clause à la valeur locative. Le bailleur pourra donc obtenir la fixation du loyer à la valeur locative, sans limitation aucune (Cour de cassation, 06.01.1993). **Toutefois, depuis l'intervention de la loi PINEL, cette fixation à la valeur locative ne peut entraîner une augmentation de plus de 10% par an (règle déjà évoquée à propos du loyer de renouvellement et de la révision triennale), sans possibilité de dérogation contractuelle.**

Inversement, si la valeur locative est faible, le preneur peut demander que le loyer soit réduit à ce montant, même à un taux inférieur au loyer initial (Id., 15.01.1992).

Un jugement du TGI de Paris (07.01.2010, Loyers et copropriété mars 2010) dispose que le bailleur ne peut faire échec au mécanisme en suspendant unilatéralement l'application de la clause.

B. Le formalisme

La demande de révision doit être faite dans les formes prescrites par l'article R. 145-20, c'est-à-dire soit par acte extrajudiciaire soit par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle doit, bien évidemment, comporter le nouveau prix demandé qui sera dû à compter de la date de la demande.

Section III. Le cumul de la révision et de l'indexation

Il est de principe qu'une partie au bail ne peut pas renoncer par avance à invoquer les dispositions des articles L. 145-38 et L. 145-39 qui sont d'ordre public.

En conséquence, le bailleur, tout comme le preneur, peut demander l'application de la révision légale, et ce, même si le bail contient une clause d'échelle mobile, dès lors que les conditions en sont réunies.

Section IV. Cas particulier : les loyers variables

Depuis longtemps, la Cour de cassation juge avec constance que les loyers variables échappent aux dispositions du statut et, partant, aux révisions légales. Cette jurisprudence, répétée notamment dans un arrêt du 5 mars 2013 (Administrer avril 2013), est identique à celle rendue en matière de loyer de renouvellement. Elle ne va pas de soi, puisque les mécanismes de révision sont d'ordre public. (Pour une application ultérieure de cette jurisprudence : Cour de Limoges, 11.01.2011, AJDI mai 2011 ; Cour de Paris, 05.10.2011, AJDI mars 2012.)

Les baux dits à paliers (dont le loyer se trouve fixé par paliers dans le contrat initial) ne sont l'objet d'aucune disposition du statut. On admet qu'ils sont licites (Cour de cassation, 16.10.2012, notamment) et qu'ils ne font pas obstacle à la révision légale (en ce sens, sens : Cour de cassation 14.05.1980 ; Cour de Paris, 02.02.2011, AJDI juin 2011). Ce type de formule pose d'assez

nombreuses difficultés qu'une jurisprudence assez pauvre et pas toujours homogène n'aide pas systématiquement à résoudre.

On doit distinguer le loyer à paliers progressifs (loyer à paliers au sens strict) du loyer à paliers régressifs (aussi appelé allégé). La première formule est un loyer fixé à telle somme, puis ensuite à telle autre. La seconde formule est celle selon laquelle le loyer contractuel est clairement fixé au chiffre le plus haut, les parties convenant de le réduire, pendant un certain temps, à telle ou telle somme. Le 6 mars 2013 (Administrer mai 2013) la Cour de cassation a jugé que lorsque l'on est en présence d'un loyer à paliers au sens strict, le plafonnement du loyer de renouvellement doit être appliqué au loyer initial. Dans un arrêt du 17 mai 2006 (Loyers et copropriété, juillet-août 2006), elle avait jugé qu'en présence d'un loyer allégé, il se calculait sur le loyer contractuel. Côté bailleur, il convient donc de bannir le loyer à paliers au sens strict au profit du loyer allégé, si l'on ne souhaite pas courir le risque de perdre le bénéfice de la progressivité en cas de plafonnement, à la date du renouvellement.

Le 13 mars 2006, la Cour de Reims a jugé que la fixation contractuelle d'un loyer à paliers n'était pas un motif de déplafonnement (Gaz. Pal., 16.12.2006).

Une formule très proche du loyer à paliers a été jugée nulle par la Cour de Lyon (1^{er}.12.2009, Gaz.Pal. 12 et 13.03.2010. Il s'agissait de la clause d'un bail prévoyant une augmentation annuelle des loyers de 10%).

CHAPITRE VI. LA RESILIATION DU BAIL COMMERCIAL

Le mécanisme de la clause de résiliation de plein droit (ou « clause résolutoire »), tel qu'il est organisé par l'article L. 145-41 du Code de commerce (impératif) est étudié aussi avec les règles de procédure (chapitre VIII), de même que la distinction à faire avec la résiliation judiciaire.

Si l'article L. 145-41 exige la délivrance préalable d'une mise en demeure par acte d'huissier (le texte parle de « commandement ») restée infructueuse pendant un mois pour que la clause de résiliation de plein droit puisse jouer. Cette mise en demeure est obligatoire dans tous les cas, y compris si l'infraction est irréversible (Cour de cassation, 29.02.1997). Dans une décision du 19 décembre 2007 (AJDI juillet-août 2008), la Cour de Paris rappelle que la mention du délai d'un mois dans le commandement est prescrite à peine de nullité.

L'infraction dont la persistance est constatée doit être *exactement* la même que celle visée par la mise en demeure, pour que le bailleur soit en position de revendiquer l'acquisition de la clause (Cour de cassation, 10.07.2007, Administrer octobre 2007).

L'article L. 143-2 du Code de commerce protège les intérêts des créanciers inscrits dans chaque hypothèse de résiliation du bail de l'immeuble où un fonds de commerce est exploité :

- le premier alinéa oblige le bailleur qui poursuit la résiliation du bail par voie de justice à notifier sa demande aux créanciers inscrits, « le jugement ne (pouvant) intervenir qu'après un mois écoulé depuis la notification » (la « demande » est l'assignation) ;
- le second alinéa dispose quant à lui que « la résiliation amiable du bail ne devient définitive qu'un mois après la notification qui en a été faite aux créanciers inscrits ».

On conseille de procéder à la notification par voie d'huissier, même si ce formalisme n'est exigé ni par la loi, ni par la jurisprudence récente de la Cour de cassation (16.01.2001).

Le défaut de notification permet au créancier lésé d'obtenir du bailleur des dommages et intérêts, et aussi la rétractation de la résiliation (Cour de cassation, 22.03.1989). Il a seul qualité pour se prévaloir du défaut de respect des dispositions légales (id. 16.10.2007).

En cas de procédure collective du locataire, le bail n'est pas résilié de plein droit (article L. 145-45 du Code de commerce), l'arrêt des poursuites individuelles interdit les voies d'exécution et les actions en résiliation pour impayé ou en recouvrement pour les créances antérieures au jugement d'ouverture, lesquelles doivent être déclarées. De telles créances, en revanche, peuvent constituer un motif grave et légitime de refus de renouvellement (Cour de Paris, 23.03.2006, notamment), sous réserve du respect de la procédure y afférente.

La résiliation est acquise si elle a été prononcée ou constatée par une décision passée en force de chose jugée à la date du jugement d'ouverture (Cour de cassation, 12.06.1990, 17.05.2011). (Dans ce cas, l'expulsion du locataire peut être poursuivie selon un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1992 ; mais cette solution est contestée depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1993, de la loi réformant les procédures civiles d'exécution, puisque cette loi qualifie l'expulsion de mesure d'exécution.) En revanche, une décision prononçant ou constatant la résiliation frappée d'appel au jour de l'ouverture n'a pas la force de la chose jugée : dès lors, la procédure est suspendue (Cour de cassation 15.02.2011 et Cour d'Amiens, 01.04.2010, Loyers et copropriété avril 2011 ; Cour de Pau, 31.01.2011, AJDI avril 2011).

Le défaut de paiement des loyers et charges relatifs à une occupation postérieure au jugement d'ouverture permet une procédure, mais seulement trois mois après le jugement de sauvegarde, de redressement ou de liquidation, articles L. 622-14 et L. 641-12. En cas de liquidation postérieure à une sauvegarde ou à un redressement, le délai de trois mois ne recourt pas (Cour de cassation, 19.02.2013, Loyers et copropriété mai 2013).

L'article L. 622-14 dispose que seul l'administrateur peut exiger l'exécution du bail. Les textes précités précisent que le bail peut être résilié par décision du mandataire, et à la date où le bailleur est informé de cette demande.

CHAPITRE VII. LA DESPECIALISATION

La déspecialisation s'entend de la faculté donnée au locataire, dans certaines conditions et sous certaines réserves, de modifier son exploitation au regard de la destination contractuelle d'origine.

Cette notion, apparue avec la loi du 12 mai 1965 a été reprise par la loi du 16 juillet 1971.

La déspecialisation est aujourd'hui traitée dans les articles L. 145-47 à L. 145-55 du Code de commerce, lesquels reproduisent à peu près mot pour mot les articles 34 et suivants du décret du 30 septembre 1953, abrogés par l'ordonnance du 18 septembre 2000. Ces articles sont impératifs à la seule exception de L. 145-55.

Les textes régissant la déspecialisation se veulent protecteurs des intérêts du locataire commerçant, auquel on a voulu permettre de s'adapter à l'évolution du marché.

La déspecialisation peut être soit partielle (ou restreinte) (I), soit plénière (ou totale) (II) ; il existe par ailleurs des cas particuliers de déspecialisation (III).

Section I. La déspecialisation partielle

Sous-section I. Définition et conditions

Le premier alinéa de l'article L. 145-47 du Code de commerce autorise et définit la déspecialisation partielle, puisqu'il dispose : « *Le locataire peut adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires.* » Il s'agit donc d'une extension d'activité.

Il importe, en premier lieu, de souligner qu'il doit s'agir d'une adjonction, et non d'une substitution ou d'une restriction d'activité (TGI PARIS, 20.11.1969).

En revanche, le texte n'exige pas la prédominance de l'activité d'origine (Cour de cassation, 24.10.1984).

Il importe ensuite de définir au plus près les notions de complémentarité et de connexité, la déspecialisation partielle devant répondre à l'une d'elles (mais pas obligatoirement aux deux). Ces deux notions sont relatives.

Est complémentaire ce qui s'ajoute à une chose pour qu'elle soit complète et parfaite.

Est connexe « *ce qui a des rapports étroits avec une autre chose* » (ROBERT).

Au-delà de ces définitions littérales et un peu théoriques, les juges du fond apprécient souverainement, l'article L 145-47 précité, deuxième alinéa, renvoyant « *notamment (à) l'évolution des usages commerciaux* ».

Un arrêt intéressant de la Cour de Paris (21.04.1983) indique que « *sont connexes à une activité, celles qui ont un rapport étroit avec elle et complémentaires celles qui sont nécessaires à un meilleur exercice* ».

La jurisprudence rendue en la matière est pléthorique ; nous nous en tiendrons donc à quelques exemples :

- l'activité de restauration rapide est connexe ou complémentaire à celle de café-bar, mais pas l'activité de restauration normale (Cour de cassation, 19.07.2000).
- l'activité de sandwicherie n'est pas connexe à celle de pizzeria, restaurant traditionnel (Cour de Paris, 03.07.2002, AJDI octobre 2002).
- La vente de conserves est complémentaire de la confection des produits dont le boucher-charcutier opère la transformation mais pas la vente de vins ou la profession de traiteur (TGI Draguignan, 30.01.2003, Loyers et copropriété novembre 2003).
- La vente de produits de téléphonie n'est pas complémentaire avec celle de débit de tabac (Cour de Versailles, 23.06.2011, AJDI mai 2012).
- La vente de produits d'hygiène et d'entretien n'est pas connexe à celle de produits alimentaires (Cour de Rennes, 23.11.2011, AJDI janvier 2013).

On est tenté de dégager quelques critères : identité de clientèle ou de catégorie de produits, similitude des méthodes de travail, identité de matière première, identité de fabricant, etc.

La jurisprudence rendue sur ce sujet est touffue, de même que celle rendue sur la question de savoir si l'activité envisagée est incluse dans la destination contractuelle (auquel cas il n'y a rien à demander ni à déclarer) :

- la vente de vêtements de cuir ne l'est pas dans une destination de prêt-à-porter féminin et accessoires (Cour de Paris, 10.10.1995) ;
- la vente de purée, chips, croûtons, pizzas, quiches, friands, etc. ne l'est pas dans celle de boucherie, triperie, volaille (Cour de Paris, 15.10.1999).
- la vente de produits vidéo l'est dans un commerce de photographie, optique et accessoirement vente de produits s'y rattachant directement (Cour de Paris, 26.02.2004, Administrer mai 2004)
- la distribution de produits d'assurance l'est dans l'activité de banque (Cour de Paris, 30.06.2010, Loyers et copropriété novembre 2010).

On s'épuiserait, sur ces sujets, à vouloir dégager des tendances véritablement significatives qui puissent s'exprimer en termes généraux ; les situations doivent s'examiner au cas par cas.

Sous-section II. Procédure

Si la déspecialisation partielle est de droit pour le locataire, comme nous venons de le voir, celui-ci doit respecter la procédure de l'article L. 145-47, 2^{ème} alinéa, du Code de commerce, lequel dispose :

« A cette fin, il doit faire connaître son intention au propriétaire par acte extrajudiciaire, en indiquant les activités dont l'exercice est envisagé. Cette formalité vaut mise en demeure du propriétaire de faire connaître dans un délai de deux mois, à peine de déchéance, s'il conteste le caractère connexe ou complémentaire de ces activités. En cas de contestation, le tribunal de grande instance, saisi par la partie la plus diligente, se prononce en fonction notamment de l'évolution des usages commerciaux. »

Il est donc à noter que le locataire qui met en œuvre la nouvelle activité avant d'avoir obtenu l'accord (au besoin tacite) du bailleur est en infraction. Il encourt de ce chef, au pire, la résiliation de son bail (Cour de cassation, 6.11.1985, ou 28.05.2003, AJDI octobre 2003), ou en tout cas un refus de renouvellement sans indemnité (id., 20.02.1969).

La contestation du propriétaire n'est soumise à aucune forme particulière mais doit impérativement intervenir dans le délai de deux mois.

Notons toutefois qu'aux termes de la loi, l'opposition du bailleur ne pourra être retenue, in fine, si la connexité et/ou la complémentarité sont démontrées. Une clause de non-concurrence consentie à un autre locataire de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier par le propriétaire ne peut pas être invoquée par celui-ci à l'appui d'un refus (Cour de cassation, 05.02.2012, AJDI octobre 2012).

La procédure de déspecialisation partielle n'oblige à aucune précaution particulière vis-à-vis des tiers, colataires ou créanciers inscrits, comme cela est le cas pour la déspecialisation plénière (cf. II).

Sous-section III. L'incidence sur le loyer

L'incidence de la déspecialisation partielle sur le loyer est régie par le troisième alinéa de l'article L. 145-47 du Code de commerce, lequel dispose :

« Lors de la première révision triennale suivant la notification visée à l'alinéa précédent, il pourra, par dérogation aux dispositions de l'article L 145-38, être tenu compte, pour la fixation du loyer, des activités commerciales adjointes, si celles-ci ont entraîné par elles-mêmes une modification de la valeur locative des lieux loués. »

Notons premièrement que, nonobstant la rédaction du texte précité, l'augmentation ne pourra se produire à la date d'une révision triennale si, à cette date, l'adjonction n'a pas encore eu lieu.

La révision peut survenir dès lors qu'elle a eu pour effet une « modification de la valeur locative » y compris même si cette modification est inférieure à 10 %, l'article L. 145-38 constituant le droit commun de la révision étant écarté.

La révision doit avoir lieu à hauteur de la valeur locative, sans application du plafonnement (Cour de Paris, 10.06.1980).

Dans un arrêt du 19 mai 2004 (Administrer, juillet 2004), la Cour de cassation a jugé que le caractère impératif de l'article L. 145-47 précité interdisait aux parties de prévoir simultanément, par voie d'avenant, l'adjonction d'activités connexes et/ou complémentaires et une augmentation immédiate du loyer (dans le même sens, Cour de Chambéry, 07.04.2006, Gaz. Pal. 16.12.2006).

Section II. La déspecialisation plénière

Sous-section I. Définition et conditions

L'article L. 145-48, 1^{er} alinéa, du Code de commerce autorise la déspecialisation plénière, le bailleur disposant d'ailleurs d'une plus large marge de manœuvre :

« Le locataire peut, sur sa demande, être autorisé à exercer dans les lieux loués une ou plusieurs activités différentes de celles prévues au bail, eu égard à la conjoncture économique et aux nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution, lorsque ces activités sont compatibles avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier. »

On observe donc que la déspecialisation plénière est une transformation d'activité, étant précisé que cette transformation peut être soit une substitution d'activité, soit l'adjonction d'une nouvelle activité à celle d'origine (TGI Seine, 17.10.1966).

On voit, en outre, qu'elle n'est autorisée qu'à certaines conditions :

- Le locataire doit tout d'abord pouvoir démontrer la rentabilité insuffisante de l'activité d'origine du fait de la « conjoncture économique » et l'intérêt de la nouvelle activité au regard des « nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution ».

En revanche, le processus légal n'a pas pour objet d'encourager la spéculation : le locataire qui ne se fonde que sur l'intérêt économique d'une transformation ayant pour objectif d'optimiser une activité normalement rentable se verra donc débouté (Cour de Paris, 22.02.1990, Cour de Bordeaux 05.05.2008 – Loyers et copropriété juillet-août 2008-, ou encore Cour de cassation, 24.01.2001).

Les juges du fond apprécient souverainement si la déspecialisation demandée répond à ce premier critère. La jurisprudence est peu abondante en la matière : A titre d'exemple, on peut relever un arrêt de la Cour Suprême du 26 octobre 1977 rejetant une demande de transformation de commerce de chaussures en agence immobilière. Les décisions rendues sont en effet parfois sévères pour le locataire qui aurait pu se contenter d'une déspecialisation partielle.

Pour une jurisprudence plus contemporaine : le 24 septembre 2008 (Gazette du Palais 1^{er} au 5 mai 2009), la Cour de Toulouse a admis la déspecialisation d'un commerce de rideaux, voilages et tissus d'ameublement, au profit de la vente de produits alimentaires et de la restauration rapide. Les juges ont retenu la crise dans le secteur d'activité contractuel et la fermeture récente, à Toulouse, de nombreux commerces de cette nature, alors que l'activité envisagée est en plein essor et encore peu installée dans le secteur litigieux.

- Par ailleurs, la ou les activité(s) envisagée(s) doit (doivent) être « compatible(s) avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier ».

Il peut ne pas en être ainsi, notamment, lorsque la nouvelle activité entraîne des nuisances, notamment de bruits et d'odeurs, en particulier lorsqu'il s'agit de restauration (Cour de Paris, 6.09.1994 ; ou Cour de Bordeaux, 05.03.2008, AJDI décembre 2008). Le bailleur n'invoque pas toujours avec succès ce type d'argument : dans l'arrêt précité du 24 septembre 2008, la Cour de Toulouse a admis la compatibilité de l'activité revendiquée avec l'immeuble, notamment aux motifs qu'il n'y avait pas de consommation sur place, ni d'ouverture nocturne, et qu'il existait un accès indépendant des parties communes.

- Il convient aussi de relever qu'aux termes de l'article L. 145-48, second alinéa, du Code de commerce, «*Toutefois, le premier locataire d'un local compris dans un ensemble constituant une unité commerciale définie par un programme de construction ne peut se prévaloir de cette faculté pendant un délai de neuf ans à compter de la date de son entrée en jouissance. »*

Sous-section II. Procédure

La procédure de déspecialisation plénière est régie par l'article L. 145-49 du Code de commerce.

- Le premier alinéa dispose « *La demande faite au bailleur doit, à peine de nullité, comporter l'indication des activités dont l'exercice est envisagé. Elle est formée par acte extrajudiciaire et dénoncée, en la même forme, aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce. Ces derniers peuvent demander que le changement d'activité soit subordonné aux conditions de nature à sauvegarder leurs intérêts.* »

On voit donc que la demande doit être préalable (comme en cas de déspecialisation partielle) et faite par acte extrajudiciaire.

On note par ailleurs que la dénonciation (extrajudiciaire) aux créanciers inscrits est obligatoire.

Si ceux-ci sont protégés par le deuxième alinéa de l'article L. 145-50 du code, lequel prévoit le transfert de leur garantie sur le fonds transformé. Ils peuvent par ailleurs demander des garanties, s'ils démontrent que la transformation génère un risque pour leurs intérêts, par exemple une caution (L. 145-49, 1^{er} alinéa).

- Le deuxième alinéa de l'article L. 145-49 du Code de commerce dispose : « *Le bailleur doit, dans le mois de cette demande, en aviser, dans la même forme, ceux de ses locataires envers lesquels il se serait obligé à ne pas louer en vue de l'exercice d'activités similaires à celles visées dans la demande. Ceux-ci devront, à peine de forclusion, faire connaître leur attitude dans le mois de notification.* »

L'opposition d'un colocataire doit conduire le bailleur soucieux de ne pas engager sa responsabilité à refuser la déspecialisation, mais ce refus reste soumis au contrôle des juges qui, en tant que de besoin, en apprécieront le bien fondé (cf. ci-dessous).

- Le troisième alinéa de l'article L. 145-49 du Code de commerce indique quant à lui : « *A défaut par le bailleur d'avoir, dans les trois mois de la demande, signifié son refus, son acceptation ou encore les conditions auxquelles il subordonne son accord, il est réputé avoir acquiescé à la demande. Cet acquiescement ne fait pas obstacle à l'exercice des droits prévus à l'article L. 145-50.* »

La signification suppose un acte d'huissier : le refus notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception n'a donc aucun effet (Cour de cassation, 11.06.2008).

- Aux termes de l'article L. 145-52 du Code de commerce :

« *Le tribunal de grande instance peut autoriser la transformation totale ou partielle malgré le refus du bailleur, si ce refus n'est point justifié par un motif grave et légitime.*

Si le différend porte seulement sur le prix du bail, celui-ci est fixé conformément aux dispositions réglementaires prévues pour la fixation du prix des baux révisés. Dans les autres cas, l'affaire est portée devant le tribunal. »

On note donc que le refus du bailleur est soumis au contrôle judiciaire.

L'invalidation judiciaire ne peut intervenir qu'à défaut de motif grave et légitime (particulièrement important car, en cas de préjudice modéré, il aura droit à une indemnité réparatrice – cf infra -). Même dans ce cas, elle n'est, pour le juge, qu'une simple faculté.

Précisons qu'aux termes de l'article L. 145-53 du Code de commerce, le motif sérieux et légitime est constitué si « *le bailleur justifie qu'il entend reprendre les lieux à l'expiration de la période triennale en cours, soit en application des articles L. 145-18 à L. 145-24, soit en vue d'exécuter des travaux prescrits ou autorisés dans le cadre d'une opération de rénovation urbaine ou de restauration immobilière* ». (Sur ces dernières dispositions cf. chapitre II).

Sous-section III. L'indemnité et l'incidence sur le loyer

- L'article L. 145-50, 1^{er} alinéa, du Code de commerce indique que « *Le changement d'activité peut motiver le paiement, à la charge du locataire, d'une indemnité égale au montant du préjudice dont le bailleur établirait l'existence* ».

Cet article ne joue que dans des hypothèses marginales, puisque cela suppose qu'il existe un préjudice suffisant pour motiver une indemnité, mais insuffisant pour être qualifié de grave et légitime ce qui autoriserait le bailleur à refuser la déspecialisation.

- L'article L. 145-50, second alinéa, dispose quant à lui : « *Ce dernier peut en outre, en contrepartie de l'avantage procuré, demander au moment de la transformation, la modification du prix du bail sans qu'il y ait lieu d'appliquer les dispositions des articles L. 145-37 à L. 145-39.* »

Il s'agit ici de la faculté pour le bailleur de demander une révision du loyer encore plus dérogatoire au droit commun de la révision qu'en cas de déspecialisation partielle puisqu'elle peut avoir lieu en dehors du cadre d'une révision triennale (dès que le locataire a le droit d'exercer dans les lieux la nouvelle activité). Le bailleur peut prétendre à une révision déplafonnée à la valeur locative (Cour de Paris, 08.01.1968), voire davantage, selon une partie de la doctrine.

La déspecialisation plénière peut aussi entraîner le déplafonnement du loyer de renouvellement (Cf. Chapitre V, Sous-Chapitre I, Section III).

Section III. Les cas particuliers de déspecialisation

Les textes organisent (pour les faciliter) certaines déspecialisations.

L'article L. 3331-6 du Code de la santé publique dispose :

« *Le propriétaire d'un local donné à bail ne peut, nonobstant toute convention contraire, même antérieurement conclue, s'opposer à la transformation, réalisée par le locataire ou le cessionnaire du droit au bail, d'un débit de boissons de troisième ou quatrième catégorie, soit en un débit de première ou deuxième catégorie, soit en tout autre commerce, à la condition toutefois qu'il ne puisse en résulter, pour l'immeuble, ses habitants ou le voisinage, des inconvénients supérieurs à ceux découlant de l'exploitation du fonds supprimé.*

L'occupant doit, avant de procéder aux modifications envisagées, informer le propriétaire, par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception.

L'adaptation du contrat de bail aux conditions d'exploitation nouvelles sera, à défaut d'accord entre les parties, effectuée dans les conditions prévues pour les baux à usage commercial.»

L'article 3 de la loi du 22 juillet 2009 autorise les agents de voyage, dans un délai de trois ans à compter de la promulgation de ladite loi, à s'adjoindre toute activité « présentant un lien avec la vente de voyages et de séjours », dans le respect de la destination, des caractères et de la situation de l'immeuble. Le locataire n'était tenu qu'à une notification au propriétaire par voie de lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le propriétaire avait la possibilité de saisir le tribunal de grande instance.

Par ailleurs, l'article L. 145-51 du Code de commerce facilite la déspecialisation en cas de retraite du commerçant, dans les termes suivants :

« Lorsque le locataire ayant demandé à bénéficier de ses droits à la retraite ou ayant été admis au bénéfice d'une pension d'invalidité attribuée par le régime d'assurance invalidité-décès des professions artisanales ou des professions industrielles et commerciales, a signifié à son propriétaire et aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce son intention de céder son bail en précisant la nature des activités dont l'exercice est envisagé ainsi que le prix proposé, le bailleur a, dans un délai de deux mois, une priorité de rachat aux conditions fixées dans la signification. A défaut d'usage de ce droit par le bailleur, son accord est réputé acquis si, dans le même délai de deux mois, il n'a pas saisi le tribunal de grande instance.

La nature des activités dont l'exercice est envisagé doit être compatible avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble.

Les dispositions du présent article sont applicables à l'associé unique d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, ou au gérant majoritaire depuis au moins deux ans d'une société à responsabilité limitée, lorsque celle-ci est titulaire du bail. »

Ces dispositions peuvent être utilisées par un locataire percevant déjà une retraite de base, cumulée avec son activité commerciale, et abandonnant celle-ci pour bénéficier de sa retraite complémentaire (Cour de cassation, 23.11.2011, janvier 2012).

L'opposition du bailleur suppose impérativement la saisine du tribunal : formulée autrement, en l'espèce par un commandement visant la clause de résiliation de plein droit, elle est sans effet (Cour de cassation, 05.03.2008).

Par un arrêt du 15 octobre 1998, la Cour d'appel de Nîmes a jugé que la nouvelle activité envisagée de restauration, alors que l'activité du commerçant faisant valoir ses droits à la retraite était de blanchisserie, heurtait la destination, les caractères et la situation d'un immeuble bourgeois.

Par un arrêt du 21 avril 2000, la Cour de Paris a rejeté, pour le même motif, une demande de cession despecialisée pour départ à la retraite, au motif qu'elle était incompatible avec une clause de non-concurrence figurant dans le règlement de copropriété.

La déspecialisation dans le cadre de l'article ci-dessus ne permet pas une modification du loyer (Cour de Paris, 03.12.1991, notamment). En revanche, la jurisprudence est divisée quant à savoir si elle peut entraîner un déplafonnement du loyer à la date du renouvellement (non : Cour de Paris, 16^{ème} chambre B, 18.09.2008, Administrer décembre 2008 ; oui : id., 16^{ème} chambre A, 18.03.2009, Administrer juin 2009).

En outre, depuis l'entrée en vigueur de la loi PINEL, une déspecialisation partielle peut être ordonnée par le tribunal au profit de l'acquéreur du bail dans le cadre d'une procédure collective (cf. Chapitre IV, Section I).

En guise de conclusion, il faut relever que la loi protège le locataire, tant en cas de déspecialisation partielle que plénière, d'un défaut d'exploitation temporaire pendant la transformation, et lui permet de se rétracter s'il change d'avis.

Article L. 145-42 du Code de commerce :

« Les clauses de résiliation de plein droit pour cessation d'activité cessent de produire effet pendant le temps nécessaire à la réalisation des transformations faites en application des dispositions de la section 8 (relative à la déspecialisation).

Ce délai ne saurait excéder six mois à dater de l'accord sur la déspecialisation de la décision judiciaire l'autorisant. »

Article L. 145-55 du Code de commerce :

« A tout moment et jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la décision est passée en force de chose jugée, le locataire qui a formé une demande conformément aux articles L. 145-47, L. 145-48 ou L. 145-49 peut y renoncer en le notifiant au bailleur par acte extrajudiciaire et, dans ce cas, il supporte tous les frais de l'instance. »

Ce dernier article n'est pas d'ordre public.

CHAPITRE VIII. LES REGLES DE PROCEDURE EN MATIERE DE BAIL COMMERCIAL.

SOUS-CHAPITRE I. LES PROCEDURES JUDICIAIRES

Section I. Les différentes juridictions et les règles de procédure judiciaire applicables à chacune d'elles.

Notre système juridictionnel se décompose en deux ordres : l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. Seul le second est concerné par notre sujet.

L'ordre judiciaire comprend deux degrés de juridiction :

- Un tribunal juge d'abord l'affaire dans son intégralité, en fait et en droit (1^{er} degré).
- Le procès peut ensuite, dans la plupart des cas, être déféré devant une Cour d'appel, qui juge également le fait et le droit (second degré).

Les décisions de Cour d'appel peuvent, mais seulement dans un certain nombre de cas, faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation. La Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction, en ce qu'elle juge le droit et non le fait : l'intégralité du procès d'origine n'est donc pas évoquée devant elle.

Les tribunaux de grande instance constituent la juridiction de premier degré de droit commun et jugent, à ce titre, la plupart des procès.

Il existe par ailleurs des juridictions d'exception auxquelles les textes attribuent des compétences particulières : il s'agit notamment des tribunaux d'instance, qui jugent les petits litiges et les affaires locatives immobilières.

Les litiges relatifs à la révision du loyer ou au loyer de renouvellement relèvent de la seule compétence d'un magistrat du tribunal de grande instance : le juge des loyers commerciaux (article R. 145-23 du code de commerce).

Sous cette unique réserve, en matière de bail commercial (et de convention d'occupation précaire commerciale), l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire, dans sa version du 29 décembre 2009, attribue une compétence exclusive au tribunal de grande instance.

On considère habituellement que la réforme de 2009 évince absolument la compétence du tribunal de commerce en matière de bail commercial. Pourtant, dans une décision du 22 mai 2012 (Loyers et copropriété novembre 2012), la Cour de Paris a jugé que la compétence du tribunal de grande instance n'excluait pas celle du tribunal de commerce, dans un litige où chacune des parties avait la qualité de commerçant. Elle est revenue sur cette jurisprudence absolument isolée dans un arrêt ultérieur du 6 mars 2014 (Gaz. Pal. 18 et 19.04.2014).

Sous-section I. La procédure en matière de loyers

A. Le recours éventuel préalable à la commission départementale de conciliation

L'article L. 145-35 du Code de commerce (renvoyant aux articles D. 145-12 et suivants) institue une commission départementale de conciliation, composée de représentants des bailleurs, des locataires, et de personnes qualifiées.

Cette commission est compétente en matière de litiges relatifs au déplaçonnement des loyers de renouvellement (à condition que le déplaçonnement ne soit pas acquis de plein droit) ou, depuis la loi PINEL, issus de l'article L. 145-38 (révision triennale). Toujours depuis la loi PINEL, elle est devenue compétente pour les litiges relatifs aux charges et aux travaux.

Lorsque la commission est compétente, sa saisine est facultative.

La saisine a lieu par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La commission doit statuer dans un délai de trois mois (article L. 145-35, 3^{ème} alinéa du Code de commerce). Elle doit tenter de rapprocher les parties et donner un avis en cas d'échec de cette tentative ; cet avis n'a aucun caractère exécutoire.

L'intervention de la commission a une incidence sur la procédure devant le juge, celui-ci ne pouvant statuer, lorsqu'elle est saisie, avant qu'elle ait donné son avis (article L. 145-35, 2^{ème} alinéa du Code de commerce). En cas d'intervention de la commission et du juge, l'achèvement de la mission de la première constitue donc un préalable, non pas à l'engagement de la procédure devant le second, mais à sa décision.

B. La procédure devant le juge des loyers commerciaux

Le juge des loyers commerciaux est le Président du tribunal de grande instance ou le juge qui le remplace. La compétence territoriale est celle du lieu de l'immeuble (voir ci-dessus pour la compétence matérielle).

La procédure est dérogatoire en ce qu'elle comporte un échange de mémoires, le ministère d'avocat n'étant pas obligatoire. Elle est organisée par les articles R. 145-24 et suivants du Code de commerce.

Le demandeur notifie d'abord au défendeur un mémoire introductif d'instance, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (ou, éventuellement, par acte d'huissier : Cour de cassation, 16.10.2013, Administrer décembre 2013 ; Cour de Saint-Denis de la Réunion, 31.05.2010). Le mémoire notifié par lettre recommandée non réclamée est valable (Cour de cassation, 16.10.2013, Administrer décembre 2013).

Ce n'est qu'un mois après cette première formalité que le juge peut être saisi. Cette saisine a lieu par une assignation à jour fixe, c'est-à-dire mentionnant la date de l'audience, procédure parfois un peu plus rapide que la procédure de droit commun. Un plan des locaux doit en principe être produit.

Les parties échangent leurs arguments par voie de mémoires successifs, différents des conclusions en ce qu'ils doivent toujours, comme le mémoire introductif, être notifiés par voie de lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Le plus souvent, le juge ordonne avant-dire-droit une expertise, auquel cas l'échange des mémoires reprend après le dépôt du rapport de l'expert.

La jurisprudence récente donne de nombreux exemples de procédures échouant parce que l'une des parties a négligé de régulariser un mémoire, soit pour introduire l'instance, soit encore après l'expertise (Cour de cassation, 13.10.2010, Loyers et copropriété décembre 2010, ou encore 20.10.2011, Administrer décembre 2011, notamment).

Sous-section II. La procédure devant le tribunal de grande instance

La compétence territoriale est, ici encore, celle du lieu de l'immeuble.

La procédure applicable est celle du droit commun. Elle est engagée par une assignation et, le plus souvent, mise en état par un juge désigné à cet effet. Les avocats, dont le ministère est obligatoire, échangent des conclusions, cette procédure étant écrite.

Signalons toutefois qu'en cas d'urgence une procédure beaucoup plus rapide peut être engagée :

- soit, en l'absence de contestation sérieuse, devant le Président du tribunal statuant en référé, lequel rend alors une décision assortie de l'exécution provisoire,
- soit par voie d'assignation à jour fixe, après autorisation du Président, cette procédure n'exigeant pas l'absence de contestation sérieuse, mais ne garantissant pas l'exécution provisoire.

Sous-section III. Les règles relatives à la résiliation du bail

La plupart des baux comportent une clause dite « résolutoire » (cette appellation est discutée par les puristes qui lui préfèrent celle de « clause de résiliation de plein droit ») qui permet au bailleur, en cas d'infraction au bail et le plus souvent d'impayé, de faire constater la résiliation du bail par voie de référé. L'existence de ces clauses explique la rareté des demandes de résiliation judiciaire, par lesquelles il est demandé au juge de prononcer la résiliation.

La clause doit être impérativement bien rédigée, car les juges l'interprètent strictement c'est à dire, en pratique, de façon favorable au locataire.

L'article L. 145-41 du Code de commerce dispose que l'acquisition de la clause ne peut intervenir qu'un mois après la délivrance d'un commandement et que le juge peut octroyer des délais.

Précisons également que l'article L. 143-2 du Code de commerce stipule que la résiliation (judiciaire ou par acquisition de la clause de résiliation de plein droit) d'un bail portant sur l'immeuble dans lequel un fonds de commerce est exploité ne peut intervenir qu'un mois après la notification de l'assignation aux créanciers inscrits (cf. chapitre VI).

Section II. Le délai pour agir

L'article L. 145-60 du Code de commerce prescrit par deux ans des actions exercées en vertu du statut.

La prescription est une notion de droit commun, dont le statut des baux commerciaux ne fait qu'une application. Le Code civil la définit comme le « moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps ». La prescription est donc envisagée par la loi sous un double aspect, puisqu'elle peut être acquisitive ou, au contraire, extinctive. C'est ce second aspect qui nous intéresse ici.

Le Code civil organise avec précision le régime de la prescription : elle peut être interrompue, en particulier par une action judiciaire, un commandement, une saisie ou une reconnaissance du droit par la partie adverse, et elle peut être suspendue, notamment par la minorité du titulaire du droit.

SOUS-SECTION I. La prescription prévue par l'article L. 145-60 du Code de commerce

Rappelons que la prescription biennale de l'article L. 145-60 du Code de commerce s'applique, exclusivement, aux actions prévues par le statut.

Il s'agit notamment des procédures relatives au prix des baux révisés ou renouvelés, ou à la déspécialisation.

Cette prescription s'interrompt dans les conditions du droit commun. Le second alinéa de l'article 33 du décret du 30 septembre 1953 (non codifié) prévoit, en outre, qu'elle s'interrompt par la notification des mémoires pour les procédures relatives aux révisions de loyer et loyers de renouvellement.

La question la plus délicate est relative au point de départ de la prescription, que la jurisprudence a défini au cas par cas. On peut citer quelques exemples :

- pour une action en fixation du prix de renouvellement, le jour de la prise d'effet du nouveau bail (Cour de cassation, 30.06.2004, Loyers et copropriété septembre 2004), mais la jurisprudence n'est ni tout à fait constante ni tout à fait homogène sur ce point ;
- pour une action en révision, la date de son expédition (id. 07/11/1990).

Dans un arrêt du 31 mai 2007 (Administrer, août-septembre 2007) la Cour de cassation a jugé que la prescription biennale s'applique à l'action en fixation et en paiement de l'indemnité d'éviction consécutive à un congé avec offre d'indemnité d'éviction. On considérait habituellement le contraire, avant l'intervention de cette jurisprudence, reprise le 29 novembre 2007 par la Cour de Versailles (Loyers et copropriété juillet-août 2008), par la Cour de Paris (20.03.2008, Administrer juillet 2008 ; 24.03.2010, Loyers et copropriété juillet-août 2010 ; 01.12.2010, Administrer février 2011) et par celle d'Aix-en-Provence (09.02.2011, Gaz. Pal. 17 et 18.02.2012).

SOUS-SECTION II : La prescription quinquennale

Les autres actions, et notamment les actions en recouvrement, se prescrivent par cinq ans en application de l'article 2224 du Code civil.

Addendum :

La péremption d'instance (articles 386 et suivants du Code de Procédure Civile), contrairement à la forclusion et à la prescription, est un mode d'extinction non pas de l'action mais de la procédure. Elle ne peut donc être invoquée que pour autant qu'une procédure ait été engagée et qu'aucune des parties n'ait accompli de diligence pendant deux ans.

Si le juge ne peut la relever d'office, il doit la constater lorsqu'elle est soulevée par une partie.

L'extinction de la procédure n'interdit pas la reprise de l'action, mais encore faut-il pour cela que cette dernière ne tombe pas sous le coup d'une forclusion ou d'une prescription, ce qui sera forcément le cas s'il s'agit d'une action prévue par le statut qui s'éteint toujours par deux ans.

SOUS-CHAPITRE II. LES PROCEDURES AMIABLES

Les procédures judiciaires posent des problèmes de délais et de coût. Aussi peut-il être tentant de trouver un autre terrain pour régler le différend qui oppose un bailleur et un locataire ou, à tout le moins, de limiter l'office du juge. Notre droit en offre plusieurs, encore très peu utilisés en pratique, surtout en matière de bail commercial, que nous examinerons successivement.

Section I. L'arbitrage

L'arbitrage est une technique permettant aux parties de soumettre leur conflit à un « tribunal arbitral » composé d'un ou plusieurs particuliers. Il est organisé par les articles 1442 et suivants du Code de Procédure Civile.

L'arbitrage résulte soit d'une clause compromissoire (« convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître... »), soit d'un compromis d'arbitrage (« convention par laquelle les parties à un litige soumettent celui-ci à l'arbitrage... »).

La clause compromissoire ou le compromis organisent librement le fonctionnement de l'instance arbitrale, dans le cadre de laquelle les parties échangent leurs arguments.

La sentence arbitrale s'impose aux parties et peut être exécutée de façon forcée si la partie qui en poursuit l'exécution a demandé et obtenu l'exequatur du juge de l'exécution (lequel ne contrôle que la régularité formelle de la sentence, mais ne peut pas la « réviser »). Elle est en principe susceptible d'appel.

L'article 2060 du Code civil interdit de contrevenir à l'ordre public par arbitrage. Il résulte par ailleurs de l'article 2061 du Code civil que la clause compromissoire n'est valable que dans « les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Cette dernière rédaction de l'article 2061, résultant de la loi dite « NRE » du 15.05.2001, élargit considérablement la possibilité de recourir à une telle clause, qui n'existait auparavant qu'entre deux commerçants. La Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 29 février 2012 (Loyers et copropriété avril 2012) que la clause n'était admissible que si le contrat était conclu à raison de l'activité professionnelle des deux parties, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, s'agissant d'un bail commercial consenti par des retraités.

Dès lors qu'il s'agit d'un bail assujéti au statut, l'exclusion de l'arbitrage paraît s'imposer en matière de révision triennale du loyer, car on considère qu'en cette matière les règles statutaires étant d'ordre public, la compétence du juge des loyers commerciaux l'est aussi. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la jurisprudence dominante rendue sur ce point précis (le loyer révisé).

S'il ne s'agit pas du loyer révisé, la doctrine admet le recours à l'arbitrage. Cette doctrine est relayée par la jurisprudence de la Cour de Paris (16.04.1996) et de la Cour de cassation (05.02.1997, notamment) en matière de loyer du bail renouvelé.

Il ressort de tout cela qu'en dehors des litiges relatifs au loyer révisé, le recours à la clause compromissoire ou au compromis sont envisageables, notamment en matière de loyer de renouvellement.

Mais la jurisprudence reste embryonnaire sur ces sujets, faute d'une pratique suffisante.

Section II. Le mandat d'intérêt commun

Le mandat d'intérêt commun diffère de l'arbitrage en ce que le mandataire choisi par les parties a mission de traiter la question qui lui est soumise le cas échéant avec les éléments soumis par les parties, mais sans que ces dernières soient amenées à échanger devant lui leurs arguments comme elles le feraient devant un tribunal.

Une partie de la doctrine croit pouvoir conclure à l'admissibilité du mandat d'intérêt commun en matière de bail commercial, y compris là où le recours à l'arbitrage est le plus contesté (loyer révisé).

Il convient sans doute de rester prudent : en effet, il peut être tentant de « déguiser » en mandat ce qui est en réalité un arbitrage. Un tel artifice se heurterait probablement à la censure d'un tribunal.

Section III. La conciliation

Le décret du 20 mars 1978 a institué des conciliateurs de justice.

Ceux-ci peuvent être saisis soit par un juge lorsque la loi le prévoit, soit par les parties en dehors de toute procédure judiciaire.

Le conciliateur de justice a pour mission de rapprocher les parties dans l'optique d'une transaction.

Le recours au conciliateur de justice est toujours possible.

Section IV. La médiation

Elle diffère de la conciliation sur certains points : le médiateur ne rend pas d'avis, à la différence du conciliateur, et la médiation se déroule en principe en plusieurs, alors que la conciliation se concentre en général sur une seule séance.

La médiation peut intervenir en dehors de tout procès. C'est la médiation amiable (articles 1532 à 1535 du code de procédure civile).

Elle peut aussi être ouverte à l'initiative d'un juge, dans le cadre d'un procès, avec l'accord des parties. C'est la médiation judiciaire (article 131-1 à 131-15 du même code). La médiation a pour objectif de générer un accord qui sera homologué par le juge. A défaut, la procédure judiciaire reprend son cours.

Cette procédure connaît en pratique un succès modéré. Elle est rarissime en matière de bail commercial.

Section V. La procédure participative

Issue de la loi du 22 décembre 2012 et du décret du 20 janvier 2012, cette procédure est codifiée aux articles 2062 et suivants du Code civil et aux articles 1542 et suivants du CPC.

Elle consiste à tenter de régler le litige amiablement, avec le concours des avocats. L'accord, s'il intervient, peut être l'objet d'une homologation judiciaire.

NOTA : L'article L. 145-40-2 du code de commerce, issu de la loi PINEL, prévoit que lors de la conclusion du bail, puis tous les trois ans, le bailleur communique au locataire un état prévisionnel des travaux envisagés accompagné d'un budget et un état chiffré des travaux réalisés dans les trois années précédentes.

SYNTHESE

Le statut des baux commerciaux est composé des **articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce et des articles R.145-1 à R. 145 33** du même code. Il est partiellement d'ordre public. Il n'est pas exclusif de l'application des règles du Code civil, lorsqu'il ne déroge pas auxdites règles.

Le statut s'applique aux **baux de locaux dévolus à l'exercice d'une activité commerciale**, soit directement (local principal), soit indirectement (local accessoire), à condition que le locataire soit immatriculé. Il existe des cas d'exclusion : baux dérogatoires, conventions d'occupation précaire, locations saisonnières.

La durée du bail est de neuf ans au moins ; pendant cette durée, **le locataire peut exercer son droit de résiliation triennale**. Au-delà de cette durée, le contrat se poursuit tacitement pour une durée indéterminée. **Le congé doit être donné par acte d'huissier ou LRAR, au moins six mois à l'avance**.

A l'issue du bail, le locataire a droit au renouvellement ou au paiement d'une indemnité d'éviction, à condition qu'il réponde aux conditions du statut et justifie d'une exploitation de trois ans. Il n'en est autrement que dans des hypothèses dérogatoires prévues par le Code du commerce.

La cession du bail est permise, dans le silence du contrat. Le bail ne peut pas interdire la cession au profit de l'acquéreur du fonds. La sous-location suppose l'accord du propriétaire.

Le loyer peut, en cours de bail, être révisé dans des conditions précises, et notamment en fin de période triennale. **Il peut aussi être modifié au moment du renouvellement**, ce qui suppose une initiative du bailleur ou du locataire.

La résiliation du bail est encadrée par le statut et suppose une information des créanciers inscrits.

Le statut autorise, dans certains cas et selon certaines conditions, le locataire à modifier son activité : c'est la déspecialisation.

LES CHARGES LOCATIVES

Les charges locatives s'entendent de sommes dont bailleur demande au locataire le paiement, ou plus souvent remboursement au locataire (d'où la terminologie « charges récupérables », souvent utilisée).

Elles ne sont l'objet d'aucune réglementation spécifique pour les baux de droit commun qui ne relèvent que des dispositions générales du Code civil, lesquelles ne traitent pas du sujet, ni pour les baux professionnels, les articles 57-A et 57-B de la loi du 23 décembre 1986 relatives à ces derniers n'en traitant pas davantage. (PREMIERE PARTIE)

Elles sont réglementées par la loi du 6 juillet pour les baux à usage de résidence principale (SECONDE PARTIE), et par le statut des baux commerciaux pour les baux qui en relèvent conclus ou renouvelés depuis le 5 novembre 2014 (TROISIEME PARTIE).

PREMIERE PARTIE : LES REGLES GENERALES

I. LES PRINCIPES

Le Code civil n'oblige pas expressément le locataire à payer les charges locatives.

A défaut de critère légal ou réglementaire, il convient donc de mentionner les charges locatives dans le bail : le locataire ne devra que les charges figurant dans son contrat, le régime de la loi de 1989 ne s'appliquant pas par défaut (Cour de cassation, 18.11.1998 et 03.10.2012).

Les charges habituellement récupérables sont les suivantes :

- les charges d'exploitation, d'entretien de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier dont dépendent les lieux loués ;
- les dépenses relatives aux consommations d'eau froide ou chaude, et de chauffage ;
- les dépenses relatives aux services rendus, tels le gardiennage de l'immeuble ou l'entretien des parties communes ;
- les dépenses relatives aux équipements communs, tels les ascenseurs ;
- les taxes et impôts afférents aux lieux loués, tels la taxe de balayage ou la taxe d'enlèvement des ordures ménagères.

II. LES AMENAGEMENTS CONTRACTUELS

Nous avons vu ci-dessus quelles étaient les charges habituellement réputées locatives.

Rien n'interdit aux parties d'appliquer conventionnellement en cette matière le régime de la loi du 6 juillet 1989 (cf. II.) alors même qu'il ne s'agit pas d'un bail assujéti à ladite loi. En revanche, ce régime ne saurait s'appliquer dans le silence du contrat, comme nous l'avons vu..

Parmi les dispositions contractuelles possibles notamment dans les baux professionnels, on relèvera les loyers « nets de charges ». Malgré une validation de principe de ce type de clause par la Cour de cassation (24.11.2004), les juges du fond tendent à les interpréter de façon très restrictive, voire à les priver d'effet au motif qu'elles sont trop générales (en ce sens, Cour de Versailles, 03.04.2007).

Les obligations du locataire en matière de charges sont presque toujours interprétées strictement par les juges. Ainsi, l'impôt foncier ne sera facturable au locataire que si le bail le permet clairement, soit en citant explicitement cette imposition, soit encore si le libellé contractuel permet sans doute possible de le comprendre parmi les charges réputées locatives (Cour de cassation, 03.06.2004, notamment) et il en est ainsi également de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères (Cour de cassation, 13.06.2012). Il en est de même de la CRL (due sur les locations d'immeubles de plus de 15 ans, exception faite des propriétaires personnes physiques) ou de la TVA (pour laquelle peuvent opter les bailleurs de locaux autres que d'habitation), lesquelles doivent donc être mentionnées dans les sommes dues par le preneur si le bailleur souhaite s'en décharger.

Quant aux travaux dans les parties communes, si leur refacturation au locataire relève largement de la liberté contractuelle, la jurisprudence est de plus en plus réticente lorsqu'elle est saisie de contrats chargeant exagérément le locataire (cf. étude sur les charges).

Un forfait contractuel de charges est licite. La Cour de cassation a même précisé qu'un forfait contractuel dispensait le bailleur de justifier de ses dépenses réelles (08.03.2005).

III. LA REPARTITION DES CHARGES ENTRE LES LOCATAIRES

En dehors des frais d'eau chaude et de chauffage qui font l'objet d'une réglementation spécifique (articles R.131-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation), laquelle impose leur individualisation dans un grand nombre d'immeubles, le mode de répartition des charges dans les immeubles collectifs est laissé à la discrétion du bailleur, pourvu qu'il soit équitable (Cour de cassation, 04.03.2008, notamment), la censure judiciaire étant encourue dans le cas contraire.

Le plus souvent, et pour la plupart des postes, la répartition se fait au prorata de la surface louée. On peut également concevoir, par exemple, une répartition au prorata des millièmes de copropriété ou de la valeur locative des locaux loués (Cour d'appel de Paris 05.12.2002) la clé de répartition n'ayant pas nécessairement à figurer dans le bail (id., 19 octobre 2005).

Dans un arrêt du 6 janvier 2009, la Cour de cassation a jugé que le fait de payer les charges sans objection ne vaut pas acceptation tacite du mode de répartition.

I.4. LA PRESCRIPTION

Depuis la loi du 17 juin 2008, prescrivant par cinq ans toutes les actions personnelles et mobilières (article 2224 nouveau du Code civil), l'ancien régime particulier de prescription quinquennale attaché aux actions en paiement et remboursement des loyers et charge est devenu sans objet.

I.5. LE CONTROLE JUDICIAIRE DES CHARGES

L'erreur d'appréciation du bailleur sur le montant des charges contractuelles au regard des prévisions initiales peut justifier l'indemnisation du locataire (Cour de Paris, 26.06.2008, ou encore Cour de Paris 19.10.2011 et Cour de cassation 21.03.2012 pour la régularisation simultanée de plusieurs exercices pour un montant très supérieur à la somme provisionnée), voire, dans des cas extrêmes, justifier l'annulation du bail sur le fondement de l'erreur (Cour de cassation, 13.06.2001).

Quant à l'absence de justification des charges locatives, elle rend les provisions sans cause (Cour de cassation, 05.11.2014), et peut entraîner une condamnation du bailleur à restituer les provisions versées (Cour de Paris, 13.06.2012), ou encore une condamnation sous astreinte (Cour de cassation, 30.05.2012).

Cette jurisprudence n'est pas mise en échec pour les baux ci-dessous, qui sont l'objet de règles spécifiques.

SECONDE PARTIE : LE REGIME PARTICULIER DE LA LOI DU 6 JUILLET 1989

La loi de 1989 dispose :

Art. 23 : Les charges récupérables, sommes accessoires au loyer principal, sont exigibles sur justifications en contrepartie :

1° Des services rendus liés à l'usage des différents éléments de la chose louée ;

2° Des dépenses d'entretien courant et des menues réparations sur les éléments d'usage commun de la chose louée. Sont notamment récupérables à ce titre les dépenses engagées par le bailleur dans le cadre d'un contrat d'entretien relatif aux ascenseurs et répondant aux conditions de l'article L. 125-2-2 du code de la construction et de l'habitation, qui concernent les opérations et les vérifications périodiques minimales et la réparation et le remplacement de petites pièces présentant des signes d'usure excessive ainsi que les interventions pour dégager les personnes bloquées en cabine et le dépannage et la remise en fonctionnement normal des appareils;

3° des impositions qui correspondent à des services dont le locataire profite directement ;

La liste de ces charges est fixée par décret en Conseil d'Etat. Il peut y être dérogé par accords collectifs locaux portant sur l'amélioration de la sécurité ou la prise en compte du développement durable, conclu conformément à l'article 42 de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 précitée.

Les charges locatives peuvent donner lieu au versement de provisions et doivent, en ce cas, faire l'objet d'une régularisation au moins annuelle. Les demandes de provisions sont justifiées par la communication des résultats antérieurs arrêtés lors de la précédente

régularisation et, lorsque l'immeuble est soumis au statut de la copropriété ou lorsque le bailleur est une personne morale, par le budget prévisionnel.

Un mois avant cette régularisation, le bailleur en communique au locataire le décompte par nature ainsi que, dans les immeubles collectifs, le mode de répartition entre les locataires et, le cas échéant, une note d'information sur les modalités de calcul des charges de chauffage et de production d'eau chaude sanitaire collectifs. Durant un mois à compter de l'envoi de ce décompte, les pièces justificatives sont tenues, dans des conditions normales, à la disposition des locataires.

A compter du 1^{er} septembre 2015, le bailleur transmet également, à la demande du locataire, le récapitulatif des charges du logement par voie dématérialisée ou par voie postale.

Lorsque la régularisation des charges n'a pas été effectuée avant le terme de l'année civile suivant l'année de leur exigibilité, le paiement par le locataire est effectué par douzième, s'il en fait la demande.

Pour l'application du présent article, le coût des services assurés dans le cadre d'un contrat d'entreprise ou d'un contrat d'achat d'électricité, d'énergie calorifique ou de gaz naturel combustible, distribués par réseaux correspond à la dépense, toutes taxes comprises, acquittée par le bailleur.

Art. 23-1 (loi « MOLLE » du 25 mars 2009) : Lorsque des travaux d'économie d'énergie sont réalisés par le bailleur dans les parties privatives d'un logement ou dans les parties communes de l'immeuble, une contribution pour le partage des économies de charge peut être demandée au locataire du logement loué, à partir de la date d'achèvement des travaux, sous réserve que ces derniers lui bénéficient directement et qu'ils lui soient justifiés. Elle ne peut toutefois être exigible qu'à la condition qu'un ensemble de travaux ait été réalisé ou que le logement atteigne un niveau minimal de performance énergétique.

Cette participation, limitée au maximum à quinze ans, est inscrite sur l'avis d'échéance et portée sur la quittance remise au locataire. Son montant, fixe et non révisable, ne peut être supérieur à la moitié du montant de l'économie d'énergie estimée.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de concertation, précise les conditions d'application du présent article, notamment la liste des travaux éligibles à réaliser et les niveaux minimaux de performance énergétique à atteindre, ainsi que les modalités d'évaluation des économies d'énergie, de calcul du montant de la participation demandées au locataire du logement et de contrôle des ces évaluations après travaux.

(cf. décret et arrêté du 23.11.2009.)

La liste des charges récupérables ressort aussi d'un décret, en date du 26 août 1987 (lequel n'inclut pas la CRL), complétant les articles législatifs ci-dessus dont la rédaction actuelle est récente, puisqu'elle a été modifiée en dernier lieu par la loi dite « ALUR » du 23 mars 2014

Il faut souligner que, contrairement à la liste des réparations locatives du décret y afférent, de la même date que celui concernant les charges locatives, la liste légale et réglementaire des charges locatives est, quant à elle, considérée comme limitative par la Cour de cassation.

Cependant, depuis l'intervention de la loi ENL précitée, l'article 23 autorise à déroger à la liste réglementaire par voie d'accord collectif local, mais exclusivement dans les domaines de l'amélioration de la sécurité et de la prise en compte du développement durable. En dehors de ces deux domaines, la jurisprudence de la Cour de cassation qui interdit de telles dérogations continue à s'imposer (arrêt du 19 janvier 2000).

Le principe de la récupération « au franc le franc » exclut une refacturation forfaitaire (Cour de cassation, 20.12.1995 et 04.05.2010, Cour de Paris, 25.03.1999) telle celle en pourcentage du loyer (Cour de Paris, 27.11.2003). Par dérogation, les charges forfaitaires sont admises en meublé et pour les colocations (articles 25-10 et 8-1 de la loi).

La loi ne prévoit pas de sanction à l'obligation de régularisation annuelle hormis, depuis la loi ALUR, la possibilité pour le locataire de demander un paiement par douzième. Cette obligation étant toutefois la contrepartie de l'exigibilité des provisions, ces dernières cessent d'être dues à défaut d'intervention de régularisation (Cour de cassation, 21.03.1990 ; ou Cour de Paris, 01.07.2008 ; ou Cour de Lyon, 22.02.2011 et Cour de Pau, 28.04.2011; ou encore, pour une réduction du montant des provisions, Cour de cassation, 18.06.2002), ce qui peut entraîner l'obligation de les restituer, lorsqu'elles ont été payées (Cour de cassation, 22.05.2013). En revanche, la régularisation tardive est possible, dans la seule limite de la prescription, réduite de cinq à trois ans par l'article 7-1 issu de la loi ALUR (Cour de cassation, 27.05.2003), même si la jurisprudence tend parfois à sanctionner le bailleur négligent (ex : Cour de cassation, 21.03.2012 précité).

Par ailleurs, le système légal oblige le propriétaire à la communication d'un décompte un mois avant la régularisation et à tenir les pièces justificatives (factures, contrats) à la disposition du locataire dans les six mois qui suivent l'envoi du décompte. Les locataires peuvent ne pas se satisfaire des seuls décomptes de charges de copropriété : Cour de cassation, 30.05.2012, Cour de Lyon, 20.04.2004, et 22.02.2011 précité, et Cour de Nancy, 03.02.2011.

Dans une décision du 28 janvier 2004, la Cour de cassation a jugé que les pièces devaient être tenues à la disposition personnelle des locataires. Les juges se montrent à l'occasion exigeants : ainsi, dans un arrêt du 27 octobre 2009, la Cour de Paris a jugé que les locataires ne pouvaient se satisfaire d'une mise à disposition des pièces au Havre, ville du siège social du bailleur, alors qu'une gardienne était sur place.

En revanche, la jurisprudence révèle que ni le bailleur ni son mandataire ne sont tenus de transmettre les pièces, même sur demande (Cour de Paris, 03.11.2005, notamment), ou d'en faire parvenir des copies au locataire (id., 07.03.2006). Une réponse ministérielle récente rappelle cette jurisprudence (JOAN Q, 09.11.2010).

Le défaut de communication d'un décompte conforme et d'une mise à disposition des pièces rend possible une action en remboursement du locataire (Cour de cassation, 08.12.2010) et s'oppose à la rétention des charges impayées sur le dépôt de garantie (id., 05.03.2013).

Il n'y a pas de critère de répartition dans la loi. On se reportera donc, sur ces sujets, aux observations de la première partie.

L'article 20 de la loi de 1989 étend notamment aux litiges relatifs aux charges locatives la compétence (facultative) des Commissions de conciliation.

TROISIEME PARTIE : LE REGIME PARTICULIER DU STATUT DES BAUX COMMERCIAUX

Les baux commerciaux conclus et renouvelés avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L. 145-5-2 du code de commerce, issu de la loi dite « PINEL » du 18 Juin 2014 et de

son décret d'application du 3 novembre 2014 (nouveaux articles R. 145-35 et 36 du code), soit avant le 5 novembre 2014, n'étaient l'objet d'aucune réglementation spécifique. Ils bénéficiaient donc d'un régime de liberté contractuelle (cf. première partie).

La donne a profondément changé depuis l'entrée en vigueur des dispositions précitées qui ont un caractère d'ordre public.

L'article L. 145-40-2 dispose que le bail doit comporter « un inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liées à ce bail, comportant l'indication de leur répartition entre le bailleur et le locataire ». Cet inventaire doit donner lieu à « un état récapitulatif annuel ». Pendant le bail « le bailleur informe le locataire des charges, impôts, taxes et redevances nouveaux ». Surtout, l'article renvoie à un décret d'application le soin de préciser les charges qui ne peuvent être imputées au locataire et les modalités d'information de celui-ci.

Le décret du 3 novembre 2014 interdit l'imputation au locataire des « grosses réparations mentionnées à l'article 606 du Code civil » (cf. étude sur les réparations locatives), les « impôts, notamment la contribution économique territoriale, taxes et redevances dont le redevable légal est le bailleur » en précisant que « toutefois, peuvent être imputés au locataire la taxe foncière et les taxes additionnelles à la taxe foncière ainsi que les impôts, taxes et redevances liés à l'usage du local ou de l'immeuble ou à un service dont le locataire bénéficie » (peuvent donc toujours être facturées au bailleur non seulement la taxe foncière mais aussi la taxe d'enlèvement des ordures ménagères, la taxe de balayage ou encore la taxe sur les bureaux, les locaux commerciaux et de stockage en Ile de France), « les honoraires du bailleur liés à la gestion des loyers » (en revanche, les honoraires liés à la gestion technique de l'immeuble peuvent être facturés, d'où l'opportunité de distinguer les rémunérations dues à un administrateur de biens au titre de l'une et de l'autre de ces deux gestions dans le mandat). Le décret précise que par dérogation peuvent être imputées au locataire les dépenses relevant de l'article 606 « se rapportant aux travaux d'embellissement dont le montant excède le coût d'un remplacement à l'identique ».

Cette réglementation semble s'opposer aux charges forfaitaires. Elle diffère de celle de la loi de 1989 dans la mesure où sont listées les charges qui ne peuvent pas être imputées au preneur et non celles qui lui sont imputées. Ainsi, le contrat de location doit mentionner les rubriques des charges imputées au locataire de façon exhaustive et être aussi précis que possible au sein de chaque rubrique, afin d'éviter le risque d'une interprétation judiciaire restrictive en cas de litige (cf. première partie).

L'article L. 145-40-2 indique que « dans un ensemble immobilier comportant plusieurs locataires, le contrat de location précise la répartition des charges ou du coût des travaux entre les différents locataires ». Cette règle semble concerner non seulement les centres commerciaux, principalement visés lors des débats parlementaires, mais aussi les immeubles et copropriété ou même les immeubles collectifs en général, y compris en monopropriété. L'article précise que cette répartition doit se faire au prorata de la « surface exploitée » et correspondre strictement, pour les impôts, « au local occupé par chaque locataire » et à la quote-part de parties communes correspondante. A défaut de définition de la surface exploitée dans les textes, il est souhaitable de la définir contractuellement.

Le décret du 3 novembre prévoit que la répartition des charges peut être pondérée contractuellement (cf. étude sur le bail commercial, Chapitre V.), les locataires devant alors être informés des pondérations.

Quant à l'état récapitulatif annuel désormais requis par la loi, le décret précise qu'il « est communiqué au locataire au plus tard le 30 septembre de chaque année ou, pour les immeubles en copropriété, dans le délai de trois mois à compter de la reddition des charges de la copropriété sur l'exercice annuel » et que « le bailleur communique au locataire, à sa demande, tout document justifiant le montant (des charges) ». Ces dispositions, inspirées de la loi de 1989, sont finalement plus contraignantes, et d'un point de vue chronologique, et en ce qu'elles vont au-delà d'une simple « mise à disposition » des justificatifs.

REPARATIONS LOCATIVES

La répartition entre le bailleur et le locataire de l'entretien des lieux loués et des réparations dépend du seul Code civil pour les baux de droit commun, et les baux professionnels (première partie).

Elles sont réglementées par la loi du 6 juillet 1989 pour les baux à usage de résidence principale (seconde partie) et par le statut des baux commerciaux pour les baux qui en relèvent conclus ou renouvelés depuis le 5 novembre 2014 (troisième partie).

PREMIERE PARTIE : LES REGLES GENERALES

I. LES TEXTES ET LES PRINCIPES

Article 1754

Les réparations locatives ou de menu entretien dont le locataire est tenu, s'il n'y a clause contraire, sont celles désignées comme telles par l'usage des lieux, et, entres autres, les réparations à faire :

Aux âtres, contre-cœurs, chambranles et tablettes de cheminées ;

Au recrépiment du bas des murailles des appartements et autres lieux d'habitation à la hauteur d'un mètre ;

Aux pavés et carreaux des chambres, lorsqu'il y en a seulement quelques uns de cassés ;

Aux vitres, à moins qu'elles ne soient cassées par la grêle ou autres activités extraordinaires et de force majeure, dont le locataire ne peut être tenu ;

Aux portes, croisées, planches de cloison ou de fermeture de boutiques, gonds, targettes et serrures.

[L'article 1720 met les autres réparations à la charge du bailleur, l'article 1719 alinéa 2 obligeant par ailleurs ce dernier à « *entretenir la chose louée en état de servir à l'usage pour lequel elle a été loué* ».

Selon la jurisprudence dominante, le locataire doit avertir le bailleur des réparations à sa charge qui doivent être réalisées et même, de préférence, le mettre en demeure. La nécessité d'une mise en demeure et/ou d'une autorisation de justice pour que le locataire puisse se faire rembourser les travaux par lui exécutés aux lieu et place du propriétaire a été rappelée par la Cour suprême dans plusieurs arrêts (31 octobre 2012 et 23 avril et 23 mai 2013, notamment). La jurisprudence admet parfois que le locataire puisse prétendre au remboursement sans que les conditions ci-dessus soient réunies, lorsqu'il y a urgence à réaliser les travaux et qu'ils l'ont été au moindre coût (Cour de cassation, 12.06.2001).

Une partie de la doctrine établit une distinction subtile entre les réparations à la charge du bailleur et son obligation d'entretien. Les premières, seules, présentant un caractère accidentel, supposeraient une mise en demeure du bailleur. En revanche, l'obligation d'entretien, celle-ci étant rendue nécessaire par l'usure normale, devrait être spontanée. Un arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1959 adopte ce raisonnement. Cette distinction semble toutefois tombée en désuétude, dans la jurisprudence contemporaine : dans un arrêt du 9 février 2005, la Cour de cassation condamne le locataire à supporter une partie des travaux à la charge du bailleur, au motif que ce dernier n'avait été avisé de leur nécessité qu'au bout de huit années, sans qualifier lesdits travaux de réparations.]

On remarque, en premier lieu, que l'article 1754 n'est pas d'ordre public, puisque le premier alinéa admet les clauses contraires. Le régime légal s'applique donc soit dans le silence du bail, soit encore si celui-ci y renvoie. Les aménagements conventionnels seront étudiés en infra.

On remarque ensuite que la liste du code est étonnamment surannée, et qu'elle n'est pas limitative.

Article 1731 (applicable en loi de 1989, sous réserve que le bailleur n'ait pas mis obstacle à l'établissement de l'état des lieux)

S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire.

A défaut d'état des lieux, le preneur devra apporter la preuve qu'il n'a pas reçu les lieux en bon état de réparations locatives, ce qui sera difficile à réaliser.

Article 1755

Aucune des réparations réputées locatives n'est à la charge des locataires, quand elles ne sont occasionnées que par vétusté ou force majeure.

Les réparations « réputées locatives » sont soit celles visées par l'article 1754 du Code civil, soit encore celles mises à la charge du preneur par le contrat, en dérogation à cet article. Les premières, comme les secondes (nous y reviendront en infra), ne seront pas à la charge du locataire si elles sont générées par la vétusté ou par la force majeure. Toutefois le locataire n'est fondé à invoquer la vétusté que si celle-ci ne résulte pas de sa négligence ou d'un défaut d'entretien de sa part ou n'a pas été aggravée par eux (Cour de cassation, 25.05.1976).

La vétusté est « l'état de ce qui est abîmé par le temps » (Memento pratique Francis Lefebvre GESTION IMMOBILIERE, édition 2002-2003, n° 8432).

Le locataire restera responsable des réparations dues à sa faute, et non pas au seul passage du temps (article 1732).

La force majeure, selon la jurisprudence classique, est un événement extérieur, imprévisible et irrésistible (attentat, guerre, grêle). La jurisprudence récente tend toutefois à prendre des distances avec le second critère, considérant parfois que le seul caractère irrésistible de l'événement caractérise la force majeure (Cour de cassation, 06.11.2002).

II. LES AMENAGEMENTS CONVENTIONNELS

La répartition des réparations entre bailleur et locataire, telle qu'elle résulte de l'article 1754 du Code civil peut être écartée ou aménagée, nous l'avons dit, par le contrat de location.

Le plus souvent, les dérogations sont favorables au bailleur. Si le principe de leur validité n'est pas remis en cause en tant que tel, la jurisprudence multiplie ses exigences quant à la précision de leur rédaction, et tend donc, en pratique, à en limiter les effets.

LES CLAUSES VISANT L'ARTICLE 606 DU CODE CIVIL

La plupart des baux commerciaux professionnels définissent les réparations locatives par référence à l'article 606 du Code civil, lequel dresse la liste des réparations à la charge du nu-propriétaire, dans l'usufruit : selon les cas, il est indiqué que le locataire prend en charge toutes les réparations sauf celles dites de l'article 606, ou qu'il les prend toutes en charge, y compris celles dites de l'article 606.

La première formulation conduit à se demander quelles sont les réparations « de l'article 606 », les baux renvoyant le plus souvent à cet article sans plus de précision. L'article 606 définit les « grosses réparations » comme « ...celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières.

Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier. »

Statuant sur le terrain de l'usufruit, la jurisprudence ne prête pas à l'article 606 un caractère limitatif, et elle admet donc les raisonnements par analogie (Cour de cassation, 17.07.1911).

En matière locative, la situation est plus complexe, en ce que la jurisprudence se décompose en deux courants :

Le premier courant, correspondant à la doctrine de la Cour de cassation (10.02.1999, notamment) jusqu'à une époque assez récente, considère que la liste précitée de l'article 606 a, en matière locative, un caractère limitatif. Dès lors, lorsque le bail fait supporter au locataire toutes les réparations sauf celles de l'article 606, le bailleur n'a à sa charge que celles qui figurent dans la (courte) énumération légale que ce courant jurisprudentiel applique en outre très strictement. Le second courant qui, jusqu'à l'intervention du dernier arrêt ci-après mentionné de la Cour de cassation, n'était plus guère illustré que par certaines décisions des juges du fond, admet les analogies.

Un arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 2005 paraît renouer avec le second courant et pourrait donc faire figure de revirement : la Cour y définit les réparations de l'article 606 comme celles « qui intéressent l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale » et, partant, admet qu'on puisse y inclure, entre autres, la réfection de l'électricité. La Cour d'Aix-en-Provence a repris la dernière jurisprudence de la Cour suprême presque textuellement en considérant les réparations de l'article 606 comme celles qui concernent « la structure et la conservation de l'immeuble » (arrêt du 8 juillet 2011) mais des décisions fidèles au premier courant interviennent encore depuis l'arrêt de 2005 (exemple : Cour de Paris 14.05.2007 excluant la réfection de l'électricité du champ de l'article 606).

Il est en tout cas opportun de préciser désormais, dans les contrats, quelles sont exactement les réparations que l'on entend faire supporter au locataire, sans se contenter d'exclure celles « de l'article 606 ».

Par ailleurs, la terminologie de l'article 606, même appliquée strictement, ne permet pas toujours à elle seule de dire si telle ou telle réparation relève dudit article. Ainsi, en matière de ravalement, la jurisprudence distingue le ravalement de structure, qui en relève (Cour de

cassation, 12.04.1995) et le ravalement de propreté (nettoyage ou peinture) qui n'en relève pas (Cour d'Aix, 08.11.2001, notamment).

LES TRAVAUX ET INTERVENTIONS SUPPOSANT UNE MENTION CONTRACTUELLE SPECIFIQUE.

La jurisprudence, et particulièrement la jurisprudence récente, multiplie les réparations qui doivent faire l'objet d'une mention expresse et spécifique du contrat pour être à la charge du locataire. Les propriétaires sont donc contraints d'établir une liste de plus en plus longue des réparations et des obligations locatives.

Ainsi un ravalement, même de propreté, sera en principe à la charge du bailleur ne supportant que les réparations de l'article 606 s'il est ordonné par l'Administration (Cour de cassation, 28.09.2005 ou 18.02.2014, notamment). Il ne s'agit ici que de l'application au ravalement d'une jurisprudence constante aux termes de laquelle les travaux prescrits par la puissance publique sont à la charge du propriétaire, sauf clause expresse contraire (Cour de cassation, 26.11.2013, notamment) : il doit s'agir d'une clause visant spécifiquement ce type de travaux (id., 13.07.1994, notamment), et non pas d'une clause générale mettant à la charge du locataire toutes les réparations sauf celles de l'article 606, voire même toutes les réparations y compris celles de l'article 606 (id., 10.05.2001, encore pour un ravalement). La jurisprudence tend à assimiler aux travaux prescrits par l'Administration les travaux de mise aux normes de sécurité imposés par les textes, lesquels doivent donc aussi être clairement visés par le bail (Cour de cassation, 09.11.2004 ; ou encore Cour de Paris, 06.12.2006). On s'oriente de toute façon vers une interprétation extensive des travaux prescrits par l'Administration qui doivent plutôt s'entendre, désormais, des « travaux de mise en conformité avec la réglementation », sans qu'il soit forcément nécessaire qu'il y ait eu une injonction formelle de la Puissance Publique comme cela a pu être requis dans le passé (par exemple par la Cour de Caen, dans un arrêt du 27 mai 1999). Dans l'arrêt précité du 28 septembre 2005, la Cour de cassation a précisé que ces règles pouvaient être invoquées avec profit par le cessionnaire du bail, quand bien même l'acte de cession mettait à sa charge les travaux litigieux (dans le même sens : Cour de Toulouse, 9 octobre 2010) : **point de salut pour le bailleur, donc, en dehors d'une clause spécifique mettant clairement à la charge du locataire les travaux ordonnés par l'Administration, et, de façon plus générale, les travaux de mise en conformité avec la réglementation et les normes, y compris de sécurité.** Il faut préciser que la réglementation contemporaine allonge constamment la liste des aménagements obligatoires qui vont devoir être réalisés dans les prochaines années (accessibilité aux handicapés dans les établissements recevant du public -loi du 11 février 2005-, travaux d'amélioration de la performance énergétique dans certains locaux administratifs et commerciaux -article L. 110-3-1 du code de la construction et de l'habitation issu de la loi « Grenelle 2 » du 12 juillet 2010-, etc.) ce qui augmente l'importance pratique de ce développement.

Dans le même ordre d'idée, la Cour de cassation décide en général que la définition des réparations locatives par seule référence à l'article 606 n'emporte pas dérogation à l'article 1755 du Code civil : la vétusté et la force majeure ne peuvent être imputées au preneur que si le bail les vise explicitement - Cour de cassation, 16.05.2000, 31.10.2006, 05.04.2011, 13.09.2011 et 08.11.2011, notamment ; dans le même sens, Cour de Paris, 16.01.2013.

Les vices cachés doivent aussi être l'objet d'une clause précise (Cour de Bordeaux, 16.09.2004).

Les « remplacements » ou « réfections » ne sont pas de réparations, et doivent faire l'objet d'une mention particulière. A défaut, ils ne sont pas dus (Cour de cassation, 8 octobre 1996 ou encore 29 septembre 2010).

Les réparations relevant du preneur doivent s'entendre, à défaut de précision, de celles dans les lieux loués (Cour de Paris, 17 janvier 2001). Le contrat doit donc préciser, dans la rubrique relative aux charges, si le locataire doit assumer sa quote-part des travaux dans les parties communes, et de quels travaux.

De façon générale, en cas de doute, les clauses sont interprétées en faveur du preneur, c'est-à-dire restrictivement (Cour de Paris, 30 juin 2004).

L'INCIDENCE DE L'OBLIGATION DE DELIVRANCE DU PROPRIETAIRE

L'article 1719 du Code civil oblige le bailleur à mettre à la disposition du locataire un bien conforme à la destination contractuelle. Cette obligation essentielle est d'ordre public et ne peut donc pas être écartée par le bail. Elle est de plus en plus souvent retenue par les juges pour faire supporter au propriétaire telle ou telle réparation.

Ainsi, c'est sur l'obligation de délivrance que la Cour de cassation, s'est appuyée, dans un arrêt du 2 juillet 2003, pour imputer au bailleur les travaux de désamiantage. L'exonération du bailleur devient donc difficile à envisager en la matière, en tout cas pour les baux postérieurs à l'entrée en vigueur de la réglementation amiante. (Elle est possible si le bail est antérieur ; il suffit alors qu'il impute au preneur les travaux de mise en conformité avec toute réglementation - en ce sens, Cour de cassation 04.05.2004, notamment.)

Si l'obligation de délivrance s'impose au bailleur, son respect est apprécié à l'aune de son engagement contractuel. C'est pourquoi, s'il est régulièrement affirmé qu'une clause d'acceptation en l'état ne peut y faire obstacle (Cour de cassation, 09.07.2008, 20.01.2009, 02.02.2010, 02.07.2013, ou encore Cour de Paris, 22.10.2008, notamment), il reste admissible que les obligations du bailleur soient restreintes lorsque le contrat est dépourvu d'équivoque (pour une location brute de décoffrage : Cour de cassation, 27.05.2003 ; pour un bail mettant à la charge du locataire les travaux de sécurité : id., 20.09.2005 ; pour un bail précisant que les locaux ne sont pas éligibles à la destination contractuelle et transférant au locataire la responsabilité des modifications requises : Cour de Paris, 26.11.2013) mais la chose n'est admise qu'avec parcimonie par la jurisprudence.

(Il est à noter également que la seule mention d'une acceptation en l'état n'exonère pas non plus le propriétaire des vices cachés : Cour de Paris, 28.02.2007, ou encore 14.05.2008.)

Une jurisprudence très difficile à analyser, car procédant de l'interprétation du bail au cas par cas, tend à décharger le locataire des travaux lourds et onéreux qu'il n'avait pas pu prévoir, sous prétexte qu'étant nécessaires à l'exploitation des locaux, ils relèvent de l'obligation de délivrance (par exemple : Cour de cassation, 04.04.2006). Le bailleur de mauvaise foi, ayant caché au locataire ce qu'il avait intérêt à connaître, sera systématiquement sanctionnée (par exemple : Cour de cassation, 02.07.2003).

Il ne faut pas se leurrer : dans l'état actuel de la jurisprudence dominante, un large transfert contractuel au locataire des réparations lourdes reste donc possible sur le plan des principes, en tout cas pour les baux professionnels, mais devient très délicat à mettre en œuvre en ce qu'il exige une rédaction et une information du candidat locataire telles qu'elles éveillent sa méfiance.

Plus encore, la jurisprudence semble désormais vouloir empêcher que le bailleur puisse se décharger entièrement des réparations, quelque soit la rédaction du bail : ainsi, dans l'arrêt précité du 9 juillet 2008, la Cour de cassation a jugé que le bailleur « ne peut, en raison de l'obligation de délivrance (...), s'exonérer de l'obligation de procéder aux travaux rendus nécessaires par les vices affectant la structure de l'immeuble ». De son côté, dans un arrêt du 18 mai 2011, la Cour de Paris s'est prononcée pour la prise en charge de travaux transférés au locataire en contrepartie d'une franchise, au motif que cette franchise était insuffisante. (Pour un autre cas d'imputation de travaux importants au bailleur en dépit d'une clause ne lui laissant que ceux prévus à l'article 606 : Cour de Bordeaux, 23.09.2013).

Une rédaction pointilleuse, si elle est nécessaire, ne permet donc plus de charger exagérément le locataire, d'autant que, nous l'avons dit, ce type de clause est toujours interprété restrictivement, dans le meilleur des cas.

III. LE MOMENT OU LE LOCATAIRE DOIT FAIRE REALISER LES REPARATIONS LOCATIVES (applicable en loi de 1989 et pour un bail commercial)

Il est le plus souvent jugé que le bailleur ne peut exiger l'exécution des réparations locatives qu'en fin de bail et non pas en cours de location (Cour de cassation, 12.06.2003), sauf si le contrat en dispose autrement. (Il existe cependant des décisions en sens contraire : id., 30.06.2004.)

Il en est autrement, toutefois, si la négligence du locataire compromet la solidité de l'immeuble (Cour de Rouen 03.12.1992) ou est de nature à engendrer une dégradation des lieux loués.

IV. SANCTION DE L'INEXECUTION DES REPARATIONS LOCATIVES (applicable en loi de 1989 et pour un bail commercial)

La Cour de cassation considère aujourd'hui que le bailleur n'est pas tenu de justifier de la réalisation des travaux pour faire condamner le locataire à une indemnisation (13.11.2002, 02.12.2003, 25.01.2006) et se payer sur le dépôt de garantie (id., 03.04.2001, ou encore 02.10.2007). Les cours d'appel, qui statuaient parfois en sens contraire jusqu'à la fin du siècle dernier, se sont alignées.

En revanche, la jurisprudence tend de plus en plus à subordonner l'indemnisation du bailleur à l'existence d'un préjudice, qui n'est pas toujours retenu, notamment si le bailleur reloue ou vend le bien dans de bonnes conditions, sans faire procéder aux réparations (en ce sens : Cour de cassation, 31.03.2009) ou encore si le bien est démoli par le bailleur (id., 11.03.2014).

Force est de constater que la jurisprudence n'est pas constante sur ces questions, y compris si l'on se cantonne à l'examen des arrêts de la Cour de cassation.

En dehors du paiement des travaux, le bailleur est fondé à réclamer au locataire l'indemnisation du retard de relocation sous forme d'indemnité d'occupation (Cour de cassation, 20.12.1983).

SECONDE PARTIE : LE REGIME PARTICULIER DE LA LOI DU 6 JUILLET 1989

Nous avons déjà indiqué ci-dessus qu'un certain nombre de règles du régime de droit commun s'appliquent également aux baux régis par la loi de 1989 car elles n'en contrarient pas l'application ; aussi n'y reviendrons-nous pas, et étudierons-nous ici le régime (d'ordre public) de la loi de 1989 exclusivement dans ces spécificités.

L'article 7 de la loi de 1989 dispose que le locataire est obligé...

d) de prendre à sa charge l'entretien courant du logement, des équipements mentionnés dans le contrat et les menues réparations ainsi que l'ensemble des réparations locatives définies par décret en Conseil d'Etat, sauf si elles sont occasionnées par vétusté, malfaçon, vice de construction, cas fortuit ou force majeure.

Un décret doit intervenir pour déterminer les modalités de prise en compte de la vétusté. En l'état, s'il y a litige, le juge apprécie.

(L'article 6 c) met les autres réparations à la charge du bailleur).

On voit que les hypothèses dans lesquelles les réparations réputées locatives demeurent à la charge du bailleur sont, à quelques nuances près, celles de l'article 1755 du Code civil. La loi de 1989 y ajoute le cas fortuit, mais cet ajout est sans grande portée pratique, le cas fortuit étant assimilé à la force majeure par la jurisprudence. Elle y ajoute également le vice de construction.

Surtout, l'énumération de l'article 1751 est écartée au profit d'un décret en Conseil d'Etat : il s'agit du décret du 26 août 1987 (à ne pas confondre avec celui, de la même date, relatif aux charges récupérables).

L'article 1^{er} de ce décret est ainsi rédigé :

Sont des réparations locatives les travaux d'entretien courant et de menues réparations, y compris les remplacements d'éléments d'équipement assimilables auxdites réparations, consécutifs à l'usage normal des locaux et des équipements à usage privatif.

Ont notamment le caractère de réparations locatives les réparations énumérées en annexe au présent décret.

L'emploi du mot « notamment » dans l'article précité établit que l'énumération réglementaire n'a, pas plus que celle du Code civil, de caractère limitatif (Cour de cassation, 07.04.1994). Les juges du fond apprécient souverainement s'il y a ou non matière à analogie entre la nomenclature réglementaire et la réparation litigieuse (id., 29.10.2008).

Il est à noter que le locataire n'est pas tenu de restituer les moquettes, peintures, etc. dans l'état dans lequel il les avait reçues, mais seulement en « état d'usage » (Cour d'appel de Paris, 16.01.2003 et 22.04.2003).

Il est exclu pour le bailleur d'évaluer forfaitairement les réparations au départ du locataire sauf accord de ce dernier (Cour de cassation, 26 juin 2007), et d'ailleurs l'article 4 f) de la loi du 6 juillet 1989 répute non écrite « toute clause par laquelle le locataire s'engage par avance

à des remboursements sur la base d'une estimation faite unilatéralement par le bailleur au titre des réparations locatives ».

Depuis l'intervention de la loi SRU du 13 décembre 2000, la compétence jusqu'alors assez restreinte des commissions de conciliation a été étendue notamment aux réparations locatives (article 20 de la loi du 6 juillet 1989).

L'intervention de la Commission est, en cette matière, facultative.

TROISIEME PARTIE : LE REGIME PARTICULIER DU STATUT DES BAUX COMMERCIAUX

Les baux commerciaux conclus et renouvelés avant l'entrée en vigueur des dispositions d'ordre public de l'article L. 145-5-2 du code de commerce, issu de la loi dite « PINEL » du 18 juin 2014 et de son décret d'application du 3 novembre 2014 (nouveaux articles R. 145-35 et 37 du code), soit avant le 5 novembre 2014, ne relevaient que des règles générales du Code civil (cf. première partie).

Les baux conclus ou renouvelés depuis la date précitée relèvent de la nouvelle réglementation, principalement commentée dans l'étude consacrée aux charges locatives. Celle-ci interdit l'imputation au locataire des « grosses réparations mentionnées à l'article 606 ». Compte-tenu des différentes interprétations possibles de cet article (cf. première partie) il semble judicieux de reporter dans le contrat la liste des travaux qui y est mentionnée. Les travaux rendus nécessaires par la vétusté et ceux de mise en conformité avec la réglementation restent imputables au locataire selon le décret, à condition de ne pas relever des grosses réparations précitées, et d'être mentionnés dans le bail (aux termes de la jurisprudence étudiée en première partie).

Selon le décret, les « travaux d'embellissement dont le montant excède le coût du remplacement à l'identique » peuvent être mis contractuellement à la charge du locataire.

L'article L. 145-40-2 oblige le bailleur à communiquer au locataire, « lors de la conclusion du contrat de location, puis tous les trois ans :

1° Un état prévisionnel des travaux qu'il envisage de réaliser dans les trois années suivantes, assorti d'un budget prévisionnel ;

2° Un état récapitulatif des travaux qu'il a réalisés dans les trois années précédentes, précisant leur coût. »

De son côté, le décret précise que ces informations « sont communiquées au locataire dans le délai de deux mois à compter de chaque échéance triennale », et que « à la demande du locataire, le bailleur lui communique tout document justifiant le montant des travaux ». Ces dispositions, qui ne sont assorties d'aucune sanction, posent des difficultés importantes pour les «petits bailleurs », ou encore dans les copropriétés puisque les informations requises relèvent des syndics.

NOTA

La loi de 1989 requiert un état des lieux à la remise et à la restitution des clés. (cf. étude distincte sur la loi de 1989).

Depuis l'intervention de la loi PINEL, l'article L. 145-40-1 (d'ordre public) prévoit qu'un état des lieux amiable, ou établi par huissier à frais partagés par moitié, est joint au contrat ou conservé par les parties, et ceci tant à la remise et à la restitution des clés qu'en cas de cession ou de mutation à titre gratuit du bail ou du fonds. Le bailleur qui n'a pas fait diligence à cet effet ne peut invoquer la présomption de bon état de l'article 1731 du Code civil.