



Par Nicolas SIDIÉ

Avocat à la Cour  
Péchenard & Associés



Et Aurélie POULIGUEN-MANDRIN

Avocat à la Cour  
Péchenard & Associés

→ RLDA 4806

## Réflexions autour d'une « rénovation » des baux commerciaux

Après avoir présenté, au printemps, les « Cinquante mesures du plan d'action pour le commerce et les commerçants », le ministère de l'Artisanat, du Commerce et du Tourisme a dévoilé en conseil des ministres, le 21 août 2013, un projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dont le titre premier comporte plusieurs dispositions visant à « rénover » le régime des baux commerciaux.

Projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, n° 1338, déposé le 21 août 2013

Si le mot « rénovation » qui a été choisi par le ministère implique moins d'ambition que celui de « réforme », il n'en demeure pas moins que ces nouvelles dispositions entraîneront des changements significatifs dans la pratique des baux commerciaux.

Le projet de loi est annoncé en débat à l'Assemblée nationale pour le premier semestre 2014.

Il s'intègre dans un ensemble qui inclut également un aménagement des « obligations administratives et comptables des entrepreneurs dans le sens d'une plus grande simplicité et équité » (auto-entrepreneurs et entrepreneurs individuels à responsabilité limitée) ainsi que différentes dispositions visant à conforter le fondement juridique des principaux leviers d'intervention de l'état en matière d'urbanisme commercial.

Avant d'aborder le contenu de cette entreprise de « rénovation » des baux commerciaux, une remarque s'impose sur la forme.

Il faut en effet se souvenir qu'il y a moins de dix ans, c'est le ministère de la Justice qui confiait à ce qui deviendra la Commission Pelletier, un ambitieux (trop ?) programme de réforme des baux commerciaux qui, hélas, n'aboutira qu'à quelques mesures, intégrées notamment dans la loi LME du 4 août 2008 (L. n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie).

La concertation qui était voulue par le ministère avait cependant à l'époque le mérite d'aborder les sujets de façon très juridique, ce dont l'on se convaincra à travers deux extraits de la lettre de mission du 22 septembre 2003 :

« *Élaborée en des temps de pénurie de locaux commerciaux et d'inflation monétaire et destinée à régir des petits commerces, la*

*législation sur les baux commerciaux est aujourd'hui décalée au regard des nouveaux besoins et des nouvelles formes d'exercice du commerce, quand bien même elle conserve sa logique et sa cohérence. C'est pourquoi il convient d'analyser de manière approfondie l'application et les effets de cette législation. (...) L'objectif sera de proposer les adaptations nécessaires de notre droit. Celui-ci doit renforcer la prise en compte des principes traditionnels du contrat et donc de la volonté des parties, sans pour autant abandonner les garanties nécessaires à chacune d'elles » (Lettre de mission adressée par Dominique Perben à Philippe Pelletier en qualité d'avocat au Barreau de Paris et de président de l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat).*

Le discours du ministère de l'Artisanat, du Commerce et du Tourisme, si l'on se réfère à l'exposé des motifs du projet de loi, participe d'une idéologie...moins juridique :

« *À cet effet, le régime des baux commerciaux est aménagé avec des règles d'indexation plus justes et de modalités plus adaptées aux très petites entreprises (TPE) du commerce et de l'artisanat.*

L'idée force du projet semble donc être la protection du petit, pour ne pas dire du faible, et l'on ne peut s'empêcher de se demander si cette problématique appliquée à des rapports contractuels est bien celle qui permettra de maintenir « une offre commerciale et artisanale diversifiée sur les territoires », et l'amélioration de la situation locative des 770 000 entreprises du commerce, qui selon le ministère représentent « 11 % du PIB et emploient trois millions de salariés et 360 000 indépendants, [autre] le million d'entreprises de l'artisanat qui emploient trois millions d'actifs ».

L'on voit donc que si la Commission Pelletier était guidée par le respect du contrat et de la volonté des parties, le projet vise expressément à protéger la situation des locataires.



Sur un plan strictement objectif, l'on ne peut, en tout état de cause, que constater que chacune des sept mesures figurant dans le dossier de presse du ministère promettent de nouvelles sources de difficultés contractuelles.



*Ce refus de prendre en compte l'intérêt des bailleurs ou des investisseurs donnera vraisemblablement lieu à des explications, voire, ce qui paraît souhaitable, à une modification du texte lors de son examen parlementaire.*

### MESURE N° 1 : SUPPRESSION DE LA RÉFÉRENCE À L'ILC

La mesure n° 1 est devenue l'article 2 du projet de loi.

Celui-ci consacre l'utilisation de l'indice des loyers commerciaux (ILC) et de l'indice des activités tertiaires (ILAT) en supprimant la référence à l'indice du coût de la construction.

Rappelons qu'à ce jour, le recours à l'ILC introduit par la loi LME du 4 août 2008 et de l'ILAT, adopté par la loi du 17 mai 2011 dite de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (L. n° 2011-525, 17 mai 2011), n'ont qu'un caractère facultatif, chacun dans leur domaine propre :

- pour l'ILC : les activités commerciales et artisanales ;
- pour l'ILAT : les activités tertiaires autres et notamment les activités de bureaux, des professions libérales et des plates-formes logistiques.

Sur un plan purement économique, il paraît acquis avec le recul que l'ICC, déterminé notamment par la variation des prix de la construction des bâtiments neufs à usage principal d'habitation, varie davantage que l'ILC, qui combine différents facteurs, dont l'indice des prix à la consommation et l'indice du chiffre d'affaires du commerce de détail et que l'ILAT, constitué notamment par différents indices représentatifs du niveau des prix à la consommation et du produit intérieur brut en valeur.

Le projet de loi ne vise que les dispositions des articles L. 145-34 du code de commerce relatif au renouvellement et L. 145-38 relatif à la révision, ce qui appelle trois remarques.

1. L'une des caractéristiques significatives du statut des baux commerciaux est que son texte fondateur, aujourd'hui codifié aux articles L. 145-15 et L. 145-16, indique lesquelles de ses dispositions sont considérées comme étant d'ordre public.

Si la révision triennale fait partie des dispositions concernées, en revanche, les modalités du renouvellement échappent à l'ordre public.

L'on peut donc d'ores et déjà envisager que malgré l'intention clairement affichée du législateur, les parties pourront expressément y déroger en prévoyant l'application de l'ICC au loyer renouvelé.

2. Seules les dispositions du Code de commerce étant visées par le projet de loi, l'on doit donc considérer que les clauses d'indexation, dont le régime relève de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, ne sont pas concernées, étant rappelé que la validité de ces clauses est soumise à la condition que l'indice de référence

ait une relation directe avec l'activité de l'une des parties, ce qui est présumé être le cas de l'ICC.

L'on aboutirait donc, malgré une volonté affichée de simplification du droit, à des situations contractuelles faisant cohabiter deux indices : l'ILC ou l'ILAT obligatoirement en ce qui concerne la révision ; l'ICC facultativement en ce qui concerne le renouvellement ou l'indexation.

3. Reste encore la situation des baux dérogatoires, voire des sous-baux dérogatoires qui obéissent au régime spécifique de l'article L. 145-5 du code de commerce et échappent au statut des baux commerciaux.

L'on pourrait donc envisager un recours systématique à l'ICC dans ces conventions dont le législateur devrait justement allonger la durée (voir *infra*, mesure n° 7).

### MESURE N° 2 : LA LIMITE AU DÉPLAFONNEMENT DU LOYER

L'article 4 du projet de loi instaure, en cas de déplafonnement, un mécanisme de lissage de la variation annuelle du loyer fixé à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédant la date d'effet du dit déplafonnement.

Le projet de loi propose l'insertion d'un nouvel article L. 145-39-1 ainsi rédigé :

« Les variations du loyer permises par les dérogations aux règles de plafonnement prévues au présent chapitre ne peuvent conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente. Cette règle ne s'applique pas lorsqu'il est fait exception aux règles du plafonnement par suite d'une clause du contrat relative à la durée du bail ou au mode de fixation du loyer ».

Cette règle a vocation à s'appliquer à l'ensemble des cas de révision et de renouvellement et jouera *a priori* dans les deux sens : à la hausse comme à la baisse.

Pour être concret, il convient de prendre un exemple chiffré :

Dernier loyer acquitté à la date du renouvellement : 75 000 €

Déplafonnement à la valeur locative : 110 000 €

- Loyer payable la première année : 75 000 € + 10 % = 82 500 €
- Loyer payable la deuxième année : 82 500 € + 10 % = 90 750 €
- Loyer payable la troisième année : 90 750 € + 10 % = 99 825 €
- Loyer payable la quatrième année : 99 825 € + 10 % = 109 807,50 €
- Loyer payable la cinquième année : 110 000 €

Avant d'examiner les difficultés d'application de ce texte, il faut constater un premier hiatus entre le dossier de presse qui prévoyait une application de ce mécanisme à la hausse ou à la baisse et le texte du projet de loi qui ne vise plus que les hypothèses d'augmentation.

Ce refus de prendre en compte l'intérêt des bailleurs ou des investisseurs donnera vraisemblablement lieu à des explications, voire, ce qui paraît souhaitable, à une modification du texte lors de son examen parlementaire.

D'ores et déjà, sur le fond et indépendamment de cette question, les difficultés d'application paraissent nombreuses, à commencer par la notion de « *loyer acquitté au cours de l'année précédente* ». S'agit-il du loyer effectivement appelé et réglé ou du loyer qui aurait dû être appelé par référence à la notion de « *fixation* » visée aux articles L. 145-34 et L. 145-38 du code de commerce ?

Dans certaines hypothèses, l'on peut envisager que par ce mécanisme, le loyer plafonné ne soit jamais atteint, et encore moins la valeur locative. Si l'on s'en tient à l'exemple précédent, cela ouvrira vraisemblablement la voie à un contentieux intermédiaire, c'est-à-dire en cours de lissage, car l'écart entre la valeur locative et la valeur plafonnée et lissée s'accroîtra.



**C'est surtout la mort du bail « triple net » qui est annoncée à travers cette mesure, ce qui constitue un bouleversement majeur pour nombre d'investisseurs.**

Le texte prévoit que le lissage du déplafonnement serait exclu par suite d'une clause du contrat relative à la durée du bail ou au mode de fixation du loyer. Cela vise vraisemblablement l'hypothèse des baux d'une durée supérieure à neuf ans, qui trouveront peut-être pour l'occasion un second souffle. Il s'agit probablement également des baux de bureaux ou de locaux monovalents qui, en vertu des dispositions des articles R. 145-10 et R. 145-11 du code de commerce échappent aux règles relatives au plafonnement.

Par l'effet de sa numérotation, cette disposition s'imposera en matière de révision, dans la mesure où l'article L. 145-15 prévoit que les articles L. 145-37 à L. 145-41 sont du domaine de l'ordre public.

Il appartiendra à nos juridictions d'apprécier la façon dont ces dispositions s'harmoniseront avec la jurisprudence validant les clauses excluant le plafonnement dans l'hypothèse d'un renouvellement (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 mars 2004, n<sup>o</sup> 02-14.998, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 52).

Il n'est donc pas évident que l'intérêt du locataire soit protégé par l'introduction de ce mécanisme objectivement complexe, d'autant que dans un contexte jurisprudentiel restreignant les hypothèses de déplafonnement, les bailleurs pourraient être tentés d'avoir recours à l'éviction pour revenir à une valeur locative aussi proche que possible de celle du marché.

Il y a un artifice évident dans cette mesure qui au-delà de l'atteinte au consensualisme est un facteur d'insécurité juridique dont les locataires risquent d'être à leur insu les « *dindons de la farce* ».

### MESURE N° 3 : MODIFICATION DES RÈGLES DE RÉCUPÉRATION DE CHARGES

Il est envisagé l'insertion d'un article L. 145-40-2 qui prévoirait :

« *Tout contrat de location comporte un inventaire précis des catégories de charges liées à ce bail comportant l'indication de leur répartition entre le bailleur et le locataire. Cet inventaire donne lieu à un état récapitulatif annuel.*

*Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article. Il précise celles des charges qui en raison de leur nature ne peuvent être imputées au locataire.*

Un nouveau document serait donc créé, sous forme vraisemblablement d'annexe au bail, et donnerait lieu à un « *état récapitulatif annuel* ». Il est renvoyé à un décret d'application future pour la détermination des charges qui en raison de leur nature ne pourront être imputées au locataire. C'est en pratique un alignement sur la règle applicable en matière de baux d'habitation qui n'a que peu de sens dans une matière où la liberté contractuelle (encadrée certes) est la règle.

C'est surtout la mort du bail « *triple net* » qui est annoncée à travers cette mesure, ce qui constitue un bouleversement majeur pour nombre d'investisseurs. Sous couvert « *d'améliorer l'information due au locataire et d'éviter des tensions liées à l'augmentation des charges* », le projet introduit un remède bien pire que le mal, en ignorant volontairement la variété des motifs qui peuvent conduire un investisseur à retenir le bail triple net.

### MESURE N° 4 : UN ÉTAT DES LIEUX OBLIGATOIRE À L'ENTRÉE

Il serait introduit un article L. 145-40-1 qui prévoirait :

« *Au moment de la prise de possession des locaux et lors de leur restitution, un état des lieux est établi contradictoirement par les parties.*

L'idée sous-jacente à laquelle on ne peut que souscrire est de rétablir un minimum de bonne foi dans certaines situations où les locataires sont victimes de la présomption de l'article 1731 du code civil : « *S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparation locative, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire.*

Nombre de locataires ont eu à cet égard de façon injuste de véritables déconvenues face à des bailleurs de mauvaise foi, de sorte qu'il est sans doute heureux de considérer que l'absence d'état des lieux permettra d'écarter la présomption du Code civil.

### MESURE N° 5 : DROIT DE PRÉEMPTION DU COMMERÇANT EN CAS DE VENTE DES MURS

Il serait introduit un article L. 145-46-1 prévoyant notamment :

« *Lorsque le bailleur d'un local à usage commercial, industriel ou artisanal envisage de vendre les locaux loués, il en informe le locataire. Cette notification doit à peine de nullité indiquer le prix et les conditions de la vente projetée. Elle vaut offre de vente au profit du locataire. Ce dernier dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception de cette offre pour se prononcer. En cas d'acceptation, le locataire dispose à compter de la date d'envoi de sa réponse au bailleur, d'un délai de deux mois pour la réalisation de la vente.*

Le projet d'article prévoit un formalisme strict permettant au locataire de faire valoir ses droits, en ce compris dans l'hypothèse où son bailleur envisagerait finalement une vente à un prix inférieur à celui visé dans la notification.

À l'instar du dispositif existant en matière de baux d'habitation, le bailleur s'obligerait, à peine de nullité de la vente là également, à notifier une nouvelle fois à son locataire les conditions plus avantageuses dont il aurait pu bénéficier.

Cette mesure est d'autant moins critiquable qu'elle est enfermée dans de courts délais conformes aux délais de réalisation usuels pour ce type d'opérations.

Une zone d'ombre persiste toutefois au dernier alinéa de l'article qui prévoit que :

« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque le local à usage commercial, industriel ou artisanal, est un lot d'un ensemble faisant l'objet d'une cession globale ».

Il y a manifestement une imprécision à la fois dans l'usage des termes « lot » (qui évoque la copropriété) et « ensemble », qui nécessitera une clarification.

↳ *Le projet devrait étendre le domaine de compétence de la Commission départementale de conciliation dont le champ est jusqu'ici limité aux litiges relatifs au renouvellement.*

À ce stade, l'on peut se demander s'il ne suffit pas d'associer une cave au lot constitué par le local du commerçant pour constituer un ensemble qui échapperait au droit de préemption.

#### MESURE N° 6 : UNE MÉDIATION ÉTENDUE ENTRE BAILLEURS ET COMMERÇANTS

Le projet devrait étendre le domaine de compétence de la Commission départementale de conciliation dont le champ est jusqu'ici limité aux litiges relatifs au renouvellement. Seraient désormais couverts l'ensemble des litiges découlant de la révision triennale ainsi que ceux relatifs aux charges et aux travaux.

Le recours à la conciliation restant facultatif et en pratique très peu utilisé, le texte ne bouleverserait pas fondamentalement les règles de procédure, ce qui est sans doute louable, étant rappelé qu'il « entre dans la mission du juge de concilier les parties » (CPC, art. 21) et que

la confiance dans la justice civile mérite une reconnaissance du législateur alors que la mode de l'« acharnement conciliatoire », pour reprendre l'expression du Doyen Carbonnier, ne se révèle pas toujours d'un intérêt très évident.

#### MESURE N° 7 : ALLONGEMENT DE LA DURÉE DES BAUX DÉROGATOIRES À TROIS ANS

Dernière mesure du dossier de presse, mais premier article du projet de loi, l'idée sous-jacente ici est que :

« De plus en plus de jeunes entrepreneurs ont recours aux baux dérogatoires pour tester la viabilité économique de leur projet sans s'engager sur des investissements lourds et durables dans le cadre de baux commerciaux ».

Le plan d'action ministériel prévoyait qu'il ne pourrait être mis un terme au bail dérogatoire que par la délivrance d'un congé du bailleur. Cela est contraire à l'esprit de ces conventions et ne figure plus dans le projet de loi, ce dont il faut sans doute se réjouir.

Il n'en demeure pas moins que l'intérêt pour le locataire d'un bail dérogatoire plus long n'est pas évident, celui-ci risquant au contraire d'aménager les locaux qui lui seront loués en réalisant des investissements en pure perte.

\*\*\*

Le sentiment qui se dégage des quelques articles du projet concernant les baux commerciaux est donc que l'on s'approche davantage d'une injustice économique que de la recherche d'un équilibre contractuel.

C'est souvent le propre de l'intervention du législateur dans le contrat.

Il n'est pas évident que ce petit jeu soit sans conséquence, puisqu'à force de tordre le bras aux bailleurs et en premier lieu aux institutionnels, l'on en vient à les inciter à recourir à l'éviction, ce qui paraît être à l'opposé du but recherché. ■

## ↳ DROIT COMMERCIAL

Par Marina FILIOL DE RAIMOND

Secrétaire générale de la Rédaction  
Lamy droit commercial

### BAUX COMMERCIAUX

→ RLDA 4807

## Projet de réforme des baux commerciaux

Le Gouvernement a déposé son projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites

### entreprises, comprenant des aménagements au régime des baux commerciaux.

Projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, n° 1338, déposé le 21 août 2013

Déposé le 21 juin 2013, le projet, dont le titre premier, « Adaptation du régime des baux commerciaux », comporte huit articles présentés dans l'exposé des motifs comme une « rénovation » de ce régime.

Parmi les dispositions de ce projet, il est prévu de porter de deux à trois ans la durée des baux dérogatoires de l'article L. 145-5 du code