

## **LE BAIL COMMERCIAL**

L'institut notarial du droit des entreprises et des sociétés a établi un nouveau « vademecum » sur le bail commercial à l'attention des notaires et de leurs collaborateurs. Cet outil est consultable avant la rédaction d'un acte et peut s'avérer utile dans le cadre de la préparation des dossiers traitant de ce pan du droit.

### **SOMMAIRE DU KIT TECHNIQUE**

#### **INTRODUCTION**

<b>PARTIE I</b>	<b>La naissance du bail</b>	<b>p.3</b>
<b>PARTIE II</b>	<b>Le loyer du bail commercial</b>	<b>p.9</b>
<b>PARTIE III</b>	<b>La vie du bail commercial</b>	<b>p.14</b>
<b>PARTIE IV</b>	<b>La fin du bail commercial</b>	<b>p.25</b>
ANNEXE I	Avantages du bail notarié	p.35
ANNEXE II	Propositions contenues dans le rapport de la commission Pelletier pour un projet de réforme des baux commerciaux	p.36
ANNEXE III	Comparatif du statut des baux commerciaux dans certains pays d'Europe	p.39
ANNEXE IV	Obligations fondamentales en matière de rédaction d'acte de vente de fonds de commerce	p. 43

## INTRODUCTION - AVERTISSEMENT

J'ai le plaisir de mettre à la disposition des notaires de France, après le « kit technique » pour une lecture notariale de la Loi DUTREIL, un nouveau « vademecum » devant permettre d'éviter aux rédacteurs d'actes certains écueils, certaines difficultés, nées de la pratique, issues des contentieux, nombreux, qui affectent le domaine des baux commerciaux.

Fruit du travail d'une équipe de 3 délégués : Maître Doris MARCARIAN-HULIN, notaire à Guilhaud Granges, Maître Serge GUILLET, notaire à Melun et Maître Jean-Louis ROPION, notaire à Toulon, ayant bénéficié de la relecture critique de Me Camille PROOST, notaire, personnalité qualifiée de l'INES<sup>1</sup>, il ne saurait prétendre remplacer la lecture des textes de référence, lois et règlements, et de la jurisprudence. Il se veut, en toute simplicité, être un document que chaque notaire et collaborateur pourrait consulter avant de mettre en œuvre la rédaction de l'acte, dans le cadre de sa préparation, afin de rendre le meilleur service au client. Il contient des alertes, des préconisations, des conseils rédactionnels, sans pour autant vouloir se substituer à la liberté de plume !

Il aura pour mérite – c'est ma conviction –, de convaincre un peu plus encore de l'utilité de l'INES, institut ayant pour vocation de développer les connaissances du plus grand nombre dans le domaine du droit de l'entreprise – y compris l'entreprise individuelle – et des sociétés.

La réforme des baux commerciaux, annoncée, ne sera pas au rendez-vous escompté, c'est à dire rapidement... Le groupe de travail, réuni à l'initiative de monsieur le Premier Ministre, par Me Philippe PELLETIER, avocat au barreau de PARIS, auquel a participé, pour le compte du notariat, et en sa qualité de membre de l'IEJ, Me Damien BRAC de la PERRIERE, a rendu ses conclusions, dans un rapport qui devra encore faire l'objet de discussions, avant d'aboutir à un projet de Loi.

L'INES, à la demande du Bureau du CSN, a souhaité remettre le présent kit sans attendre. En effet, il est apparu qu'il répond à un besoin largement exprimé.

Il vous appartient à présent d'en prendre lecture, de l'utiliser dans les limites indiquées plus haut, mais aussi de me faire remonter toutes critiques permettant de l'améliorer sans le dénaturer, car, je le répète, sa vocation n'est pas de se substituer aux ouvrages de référence en la matière.

Je remercie toute l'équipe rédactionnelle de l'INES qui a respecté le cahier des charges et le timing très court que j'avais dû lui imposer.

**Frédéric ROUSSEL**

Président de l'Institut Notarial de l'Entreprise et des Sociétés – INES –

---

<sup>1</sup> Me PROOST anime un séminaire de qualité sur cette question des baux commerciaux à l'Université du Notariat de JOUY EN JOSAS.



## PARTIE I LA NAISSANCE DU BAIL

### 1°) Qui peut signer un contrat de bail commercial ?

#### a) le bailleur

\* Un bailleur, mineur ou majeur protégé, ne peut consentir un bail commercial; suivant chaque cas la procédure d'autorisation doit être respectée.

***Attention** : en vertu de l'article 456 alinéa 2 du Code civil (495 pour les majeurs protégés), les baux consentis pendant la tutelle par le tuteur ne confèrent aucun droit au renouvellement. A condition que l'autorisation soit claire et précise, la doctrine considère qu'un bail consenti avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles confère ce droit.*

\* Un usufruitier peut en théorie consentir seul un bail. Cependant, il ne peut consentir un bail commercial sans l'accord du nu-propiétaire, mais il peut y être autorisé par justice (C. civ., art. 595 al.4).

***Attention** : la jurisprudence (Cass. 3ème civ., 24 mars 1999) a précisé que le concours du nu-propiétaire était nécessaire également lors d'un renouvellement !*

\* Un époux commun en biens ne peut consentir un bail commercial sans l'accord de son conjoint (C. civ., art. 1425).

\* Dans le cadre de l'indivision, tous les membres de l'indivision doivent consentir la location ou son renouvellement (C. civ., art. 815-3). Un mandat est possible s'il est spécial.

\* Le représentant d'une personne morale propriétaire doit être habilité (statuts ou à défaut délibération spécifique).

#### b) le locataire

Il doit éventuellement répondre aux règles de capacité d'exercice du commerce. Il y a lieu demander la délivrance d'un K bis afin de vérifier que le locataire est bien inscrit au registre du commerce et des sociétés (cf. ci-après).

***Conseil** : le rédacteur sera bien inspiré de lever un état hypothécaire; celui-ci lui permettra de vérifier la qualité du propriétaire mais aussi de relever d'éventuelles interdictions (d'aliéner par ex. ou de louer -clause habituelle d'un prêt-).*

*Ne pas oublier qu'en vertu de l'article 2092-3 du Code civil, les baux consentis par le saisi sont inopposables aux créanciers !*

## 2) Forme du bail : notarié ou sous seing privé ?

Ils ont la même valeur consensuelle.

Le bail notarié, outre l'intervention d'un professionnel, confère à l'acte force exécutoire, date certaine et force probante.

La forme notariée est obligatoire pour les baux de débit de boissons (GGI, art. 504 al. 1; la sanction, purement fiscale, ne remet pas en cause la validité du contrat).

Un bail de plus de douze ans doit être publié à la Conservation des hypothèques (forme authentique ou dépôt au rang des minutes avec reconnaissance d'écriture et de signatures).

*Remarque : en théorie un bail commercial peut être conclu verbalement; mais alors il n'est pas opposable aux tiers.*

## 3) Quels biens sont concernés par le statut des baux commerciaux?

L'article L 145-1 du Code de commerce vise exclusivement les constructions : les terrains nus ne sont pas concernés. Le bâtiment doit être d'une "solidité suffisante" (ou encore constructions fixes et solides).

*Attention : en matière de terrain nu, si des constructions ont été édifiées, soit avant, soit pendant le bail, et exploitées avec l'autorisation expresse du propriétaire, le statut s'applique !*

Le statut s'applique pour le tout aux locaux à usage mixte d'habitation et de commerce, quelle que soit l'importance de la partie habitation.

Pour un local en copropriété, le règlement doit autoriser l'usage commercial.

*Attention : pour un local en copropriété, la clause d'occupation exclusivement bourgeoise interdit toute activité professionnelle; la clause d'occupation bourgeoise permet, elle, certaines activités libérales seulement.*

A Paris et dans les villes de 10 000 habitants et plus, l'article L 631-7 du Code de la construction et de l'habitation dispose que les locaux à usage d'habitation ne peuvent être affectés à un autre usage que sur autorisation préfectorale, préalable et motivée. L'autorisation est personnelle et intransmissible.

Depuis la loi pour l'initiative économique du 1er août 2003, l'article L 123-11 du Code de commerce autorise désormais un commerçant à domicilier son entreprise dans son habitation, sans

limitation de durée s'il s'agit d'une personne physique, pour une durée maximale de cinq ans s'il s'agit d'une personne morale.

En cas de création d'une surface de vente au détail supérieure à 300 mètres carrés, une autorisation de la Commission départementale de l'équipement commercial (CDEC) est nécessaire (C. com., art. L 720-5).

*Attention : cette autorisation peut-être nécessaire même pour une superficie inférieure dans les ensembles commerciaux (ZAC, centres commerciaux, lotissements, C.com. art. L 720-6).*

|| *Conseil : solliciter une note de renseignements d'urbanisme permettra de vérifier l'existence de contraintes ou servitudes administratives.*

Certains emplacements, même situés à l'intérieur de locaux, ne sont pas soumis au statut : il s'agit notamment des commerces matériellement inclus dans une autre installation commerciale recevant elle-même une clientèle (cf. Congrès des notaires de France, Cannes 2002, 1ère com.; la loi exige que le locataire soit propriétaire de la clientèle qui doit lui être propre et autonome).

Les parties peuvent décider contractuellement de soumettre au statut des locaux qui en sont exclus à condition d'en exprimer clairement la volonté.

*Attention : Un autre statut impératif ne doit pas être applicable (statut des baux professionnels par ex.).*

*En outre, le droit au renouvellement doit avoir été expressément accordé par le propriétaire.*

### **5) Le bien loué est-il adapté à la destination prévue au bail ?**

En matière d'hygiène et de sécurité, le bailleur est tenu de délivrer des locaux conformes à la destination convenue.

C'est à lui d'obtenir les éventuelles autorisations administratives, même si cette obligation est mise contractuellement à la charge du locataire.

### **6) Un état des lieux est-il obligatoire ?**

Conformément au Code civil (art. 1731), en l'absence d'état des lieux le locataire est présumé avoir reçu les locaux en bon état, sauf preuve contraire lui incombant.

L'état des lieux peut être utile aussi au propriétaire pour démontrer la réalisation par le locataire de travaux non autorisés.

*Attention : la clause de "prise des locaux en l'état" est litigieuse car d'application stricte en jurisprudence. Celle-ci ne lui donne plein effet que si le locataire a effectivement été informé de l'état réel des lieux et qu'il a contracté en pleine connaissance de cause.*

**Conseils** : Pour éviter toute difficulté, la clause concernant les gros travaux, ceux d'entretien ou de mise aux normes doit être claire et précise (Cass. 3ème civ., 7oct. 1998).

Il est impératif que le notaire rédacteur conseille un état des lieux contradictoire, même en cas de vente de fonds de commerce.

### 7) Quelles conditions le locataire doit-il remplir ?

\* Le locataire doit avoir la qualité de commerçant ou d'artisan (C. com., art. L 145-1). L'application de ce statut est subordonnée à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers. La validité d'un bail n'est pas dépendante de cette immatriculation. Le défaut éventuel d'immatriculation s'apprécie le jour où un congé est donné par le propriétaire : la sanction est le refus de renouvellement.

**Attention** : un congé peut être donné plusieurs années à l'avance et une immatriculation postérieure au congé est inopérante (Cass. 3ème civ., 8 juin 1988; validation d'un congé donné 33 mois à l'avance)! Lorsque le fonds est indivis, la jurisprudence exige l'immatriculation de tous les copreneurs, même de ceux qui ne participent pas à l'exploitation (sauf s'il s'agit d'une indivision post-successorale ou post-communautaire) : attention donc aux effets pervers du PACS...

De même, pour la même raison, il est important d'immatriculer le cessionnaire du fonds de commerce très rapidement. Il est impératif qu'il n'y ait pas de délai de latence entre la radiation du vendeur et l'immatriculation de l'acquéreur.

\* Le locataire-gérant ne bénéficie pas du statut.

\* Il doit y avoir de la part de ce locataire exploitation d'un fonds ce qui signifie existence d'une clientèle propre et autonome. En matière de commerce intégré (concession, franchise), la question a été discutée. La Cour de cassation a reconnu récemment au franchisé une clientèle propre (Cass. 3ème civ., 27 mars 2002; pour des commentaires cf. 98ème congrès des notaires de France, Cannes 2002, p. 190).

Pour les commerces exploités dans les galeries marchandes, la situation est incertaine (cf. même congrès, p. 185), aussi est-il recommandé de soumettre conventionnellement le bail au statut (ibid. p.177).

**Attention** : En cas d'établissement secondaire, la jurisprudence exige que le local loué soit mentionné au registre du commerce et des sociétés dès lors qu'il y est exploité un établissement secondaire soumis à immatriculation : à défaut, le bail s'éteint automatiquement à son échéance !

\* L'application du statut bénéficie aux personnes de nationalité française, aux ressortissants de l'Union européenne, et aux étrangers si, dans leur pays d'origine, les Français bénéficient d'une protection équivalente, s'ils ont un enfant français ou enfin s'il existe d'une convention franco-étrangère.

**8) tous les locataires de locaux commerciaux bénéficient-ils du statut ?**

Le locataire doit avoir une activité commerciale, industrielle ou artisanale. Il suffit de vérifier si le locataire est inscrit au registre du commerce ou au répertoire des métiers.

Ainsi, les associations ne bénéficient-elles pas du statut même si elles ont une activité commerciale.

A l'inverse, une société de forme commerciale mais qui aurait une activité civile ne pourra revendiquer l'application du statut.

Certaines extensions légales du statut existent : locaux abritant des établissements d'enseignement par exemple.

En bénéficient également les communes pour les locaux exploités en régie, les sociétés coopératives à forme ou objet commercial, ou de crédit.

*Conseil : en cas de doute, il est bon de prévoir une extension conventionnelle du statut ou de préconiser la forme sociétaire pour le locataire.*

**9) Peut-on échapper au statut des baux commerciaux ?**

\* La concession immobilière (loi du 30 décembre 1970) avait été envisagée comme substitut au bail commercial. D'une durée minimale de 20 ans, il n'existe aucun droit au renouvellement, mais son échec résulte vraisemblablement de l'interdiction du droit d'entrée !

\* Le bail emphytéotique (C. rural, art. L 451-1 et s.), d'une durée minimale de 18 ans, peut aussi être utilisé bien que, ne bénéficiant pas du droit au renouvellement ou à indemnisation, il ait pour avantage d'être un droit réel : le preneur a toute liberté d'exploitation pendant la durée du bail, et il peut céder ou sous-louer librement; la rédaction doit cependant être très précise (cf. à ce sujet, Raffray, "Les baux commerciaux", ed. Masson, n°28).

\* le bail dérogatoire (ou "bail de deux ans" à ne pas confondre avec la convention d'occupation précaire, cf. ci-après) prévu à l'article L 145-5 du Code de commerce permet d'échapper au statut. La durée de ce bail dérogatoire est au plus égale à deux ans et le locataire ne doit pas être maintenu dans les lieux, ni directement ni par personne interposée.

*Attention : même si le bail est inférieur à deux ans, on ne peut en conclure un second, le total serait-il inférieur à deux ans ! En outre, contrairement à une idée reçue, conclure un bail de 23 mois ne protège en rien le propriétaire (cf. à ce sujet 98ème Congrès des notaires de France p. 152, note 274).*

*En outre, la technique des baux de courte durée successifs, par renonciation au bénéfice du statut par le locataire, est contestable et dangereuse (ibid. p. 153). Cette difficulté est susceptible de disparaître si certaines préconisations issues du Rapport de Me Pelletier sont suivies d'effet : ainsi les baux successifs, d'une durée cumulée totale de moins de deux années seraient possibles. Actuellement ces propositions n'ont pas été retenues.*

\* la convention d'occupation précaire est possible. Elle se caractérise, non par la durée, mais par la fragilité du droit de l'occupant qui résulte de la faculté que se réserve le propriétaire de faire cesser cette occupation à tout moment en raison d'un événement exceptionnel mais prévisible et extérieur à la volonté des parties (expropriation par ex.).

### **9) Quelle durée pour le bail commercial ?**

En dehors du bail dérogatoire et de la convention d'occupation précaire, la durée minimale d'un bail commercial est de neuf ans (C. com., art. L 145-4). Elle peut être plus longue : mais dans ce cas les règles du plafonnement du loyer ne s'appliquent pas lors du renouvellement (cf. ci-après).

*Attention* : le dépassement de la durée légale peut résulter d'une mauvaise rédaction de la clause de durée.

*Conseil* : il vaut mieux donner la date exacte qui sera toujours la veille de la date du neuvième anniversaire.

La durée du bail renouvelé est également de neuf ans, sauf accord des parties pour une durée plus longue (C. com., art. L 145-4). La tacite reconduction n'a pas pour effet de renouveler le bail pour neuf ans mais pour une durée indéterminée (cf. ci-après).

### **10) La résiliation est-elle possible en cours de bail ?**

a) le locataire est libre de résilier le bail à la fin de chaque période triennale sans motivation particulière. Cette résiliation ne peut avoir lieu que par acte d'huissier donné six mois à l'avance (C. com., art. L. 145-9). Le bailleur peut demander la nullité d'un congé donné par lettre recommandée avec accusé de réception même si cette forme a été prévue au contrat (jurisprudence constante).

Le locataire peut mettre fin au bail à tout moment, sous les mêmes conditions de forme et de délai, s'il est admis à faire valoir ses droits à la retraite ou s'il bénéficie d'une pension d'invalidité.

*Attention* : ces dispositions bénéficient à l'associé unique d'une SARL et au gérant majoritaire depuis au moins deux ans d'une SARL (C.com. art. L 145-4, al. 5). En outre, d'autres cas très spécifiques de résiliation anticipée sont prévus aux articles L 145-44 et L 145-9 du Code de commerce).

b) le propriétaire est en principe tenu par cette durée de neuf ans.

Néanmoins, il bénéficie de la faculté d'une résiliation à la fin de chaque période triennale pour faire des travaux de construction, reconstruction, surélévation ou restauration (C. com. art. L 145-4). Il doit alors respecter les conditions posées par les articles L 145-18, 145-21 et 145-24 du Code de commerce (paiement d'une indemnité ou proposition d'un local équivalent, différé du droit au renouvellement).





c) la résiliation peut aussi résulter de la perte de la chose louée (C. civ. art. 1722), de l'application d'une clause résolutoire (C. com. art. L 145-41).



## PARTIE II LE LOYER DU BAIL COMMERCIAL

### 1) Comment fixer le loyer initial ?

Le principe est la liberté. Le loyer commercial peut être fixé ou modifié librement par accord amiable.

Comme pour un prix de vente, le loyer sera fonction de l'offre et de la demande.  
Plusieurs méthodes existent :

\* le loyer peut être fonction de la valeur vénale des biens à laquelle on applique un coefficient censé représenter la rentabilité de ceux-ci et qui varie suivant leur emplacement; en général, on admet que ce coefficient de rentabilité varie de 4 à 10 %.

\* il peut être variable selon une référence choisie par les parties, par exemple le chiffre d'affaires du locataire.

*Attention* : un loyer indexé sur le résultat réalisé par le locataire peut déboucher sur une qualification de société de fait entre propriétaire et locataire.

\* il peut être la combinaison de ces deux méthodes dans des proportions à convenir ou même tenir compte d'autres paramètres.

### 2) Qu'est-ce qu'un pas-de-porte (encore appelé droit d'entrée) ?

En dehors du loyer et d'un éventuel dépôt de garantie (cf. ci-après), le bailleur peut demander le versement d'un pas-de-porte.

C'est le plus souvent le prix à payer pour bénéficier d'un emplacement intéressant ou avoir la priorité de la location.

La doctrine et la jurisprudence sont hésitants sur la qualification à donner à ce versement :

\* il peut être vu comme une indemnité liée à l'aliénation de ses locaux par le bailleur; encore faut-il que cette indemnité ne se traduise pas aussi par un loyer supérieur à la normale;

\* il peut être vu comme un supplément de loyer.

La distinction n'est pas neutre fiscalement.

Le pas-de-porte "indemnité" ne sera pas imposable pour le bailleur et ainsi ne sera pas déductible des résultats du locataire; inversement, en tant que "supplément de loyer", il sera imposable au titre de ses revenus par le propriétaire mais sera déductible pour le locataire.

*Attention* : en jurisprudence, pour que le droit d'entrée soit retenu comme indemnité, il appartient au propriétaire de démontrer la dépréciation subie, et, à ce titre, que le loyer est normal,

*sans compter un ensemble d'éléments de pur fait (longue durée, extension conventionnelle du statut, etc.). Les hypothèses semblent donc marginales.*

**Remarque** : *un notaire a été condamné à rembourser au bailleur le supplément d'impôts supporté pour ne pas l'avoir éclairé et invité à préciser son intention sur la qualification du pas-de-porte (CA Paris, 30 av. 1993).*

**Remarque** : *l'article 725 du Code général des impôts relatifs aux droits de mutation ne s'applique pas au droit d'entrée quelle que soit sa qualification.*

### **3) Le dépôt de garantie est-il obligatoire et réglementé ?**

Ici encore le principe est la liberté contractuelle.

Toutefois, l'article L 145-40, d'ordre public, dispose que les loyers payés d'avance, excédant plus de deux termes, portent intérêt au profit du locataire au taux de la Banque de France pour les avances sur titres.

**Attention** : *le pas-de-porte "supplément de loyer" est concerné par ce texte. Il est alors réparti proportionnellement sur toute la durée du bail .*

*Par ailleurs, il est bien précisé "terme" : ainsi; si le loyer est payable trimestriellement, les intérêts ne sont dus qu'au-delà de six mois payés d'avance.*

*Une caution, bancaire ou personnelle, dont bénéficie le propriétaire ne semble pas pouvoir être transmise à l'acquéreur de l'immeuble !*

### **4) La révision du loyer : sur quels critères et suivant quelles modalités ?**

Il ne faut pas confondre révision du loyer et indexation (cf. ci-après), *l'une n'excluant pas l'autre.*

Il faut rappeler que le montant du loyer renouvelé peut être librement fixé entre les parties. Ce n'est qu'à défaut d'accord que la procédure sera éventuellement mise en œuvre.

La révision du loyer est d'ordre public (C. com. art. L 145-37, 145-38, 145-39). Ce système est peu employé car presque tous les baux contiennent une clause conventionnelle d'indexation.

\* *Le but* : la demande en révision (presque toujours demandée par le propriétaire) doit permettre d'amener le loyer à la valeur locative réelle. Cette possibilité est limitée par l'existence d'une autre règle : la variation du loyer résultant d'une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice INSEE du coût de la construction (sauf exceptions), considérée comme un butoir (règle dite du plafonnement).

\* *le délai* : cette révision ne peut intervenir que si trois années *au minimum* se sont écoulées entre la date prévue au contrat pour l'entrée en jouissance et la révision, puis entre deux révisions (la date ici prise en considération est la date de prise d'effet du loyer en cours); pour la première révision



après renouvellement, le point de départ est celui du bail renouvelé même si le loyer a été fixé plus tard en raison par exemple d'une procédure judiciaire.

\* *la demande* : elle est faite par acte d'huissier ou lettre recommandée avec accusé de réception. Sous peine de nullité, cette demande doit contenir le montant du nouveau loyer demandé ou offert. Sauf accord contraire des parties, ce nouveau loyer s'appliquera du jour de la demande.

\* *le mécanisme*

- si la valeur locative et l'indice évoluent dans le même sens, le montant du nouveau loyer sera celui le plus proche du loyer de référence : ainsi, en cas de hausse, on retiendra la valeur locative si elle est plus faible que le loyer plafond et inversement (le loyer plafond s'il est inférieur à la valeur locative).

- si la valeur locative baisse, la rédaction actuelle de l'article L 145-38 du Code de commerce résultant de la loi du 11 décembre 2001, dite MURCEF, a réalisé le détachement de la révision triennale de la référence à la valeur locative en l'absence de motifs de déplafonnement.

Il en résulte que la variation du loyer, *à la hausse comme à la baisse*, est enfermée dans la variation de l'indice. De plus, même si le loyer a été fixé à l'origine au-dessus de la valeur locative, une baisse de l'indice ne peut entraîner une baisse du loyer.

\* *la dérogation (le déplafonnement)*

Il ne peut être dérogé au plafonnement que dans un seul cas : l'évolution des facteurs locaux de commercialité.

Cette exception nécessite deux conditions cumulatives : la modification est matérielle **et** elle entraîne une variation de la valeur locative de plus de dix pour cent. Cette variation peut alors jouer dans les deux sens, à la hausse comme à la baisse.

**Attention** : *en cas de sous-location autorisée dont le loyer est supérieur au loyer principal, l'article L 145-3 autorise le bailleur à exiger une augmentation correspondante.*

\* *notion de valeur locative*

Le loyer des baux à renouveler ou révisés doit correspondre à cette valeur locative (art. L 145-33).

A défaut d'accord entre les parties, cette valeur est déterminée par les cinq critères donnés à l'article L 145-33 du Code de commerce, dont les facteurs locaux de commercialité. Ces critères sont explicités par les articles 23-1 et suivants (non codifiés) du décret du 30 septembre 1953.

En matière de révision triennale, la modification des facteurs locaux de commercialité doit être



matérielle (constructions, améliorations, suppressions, etc.) et non pas naturelle (augmentation de trafic ou de fréquentation) et la variation de plus de 10 % doit être due à cette seule modification. La preuve en incombe au demandeur.

Lors du renouvellement, le déplaçonnement est possible en cas de modification notable (appréciation souveraine des juges du fond) de l'un des quatre premiers critères de l'article L 145-33).

### **5) Peut-on indexer le loyer ?**

La possibilité d'une clause d'échelle mobile (ou clause d'indexation) résulte de la liberté contractuelle de fixation du loyer et de ses modalités.

Elle permet le réajustement automatique du loyer selon la périodicité choisie par les parties.

L'indice choisi doit être en relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties sous peine de nullité ( Cass. 3ème civ., 15 fév. 1972).

En présence de cette clause d'indexation, les parties peuvent demander judiciairement la révision du loyer chaque fois que celui-ci, par le jeu de cette clause, se trouve augmenté ou diminué de plus du quart par rapport au montant précédemment fixé.

**Attention** : il ne faut pas confondre indexation et variabilité du loyer (clause-recettes).

Pour la Cour de cassation ( nombreux arrêts, dont "Théâtre Saint-Georges", Cass. 3ème civ., 1er mars 1993), la fixation du loyer renouvelé d'un tel bail ( pourcentage sur les recettes plus un loyer minimum) échappe aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 en matière de révision et n'est régie que par la convention des parties.

### **6) Peut-on déroger conventionnellement au plafonnement ?**

Si le bail venant à expiration (ou "bail à renouveler") est d'une durée supérieure à neuf ans, le plafonnement est exclu : le plafonnement est écarté pour un bail conclu dès l'origine pour une durée supérieure à neuf ans. Comme il a déjà été dit, il faut prendre garde à une rédaction imprécise de la clause de durée pouvant avoir cette conséquence.

En dehors de ce cas, le déplaçonnement est également possible en cas de bail reconduit tacitement au delà de douze ans (C. com. art. L 145-34, dernier alinéa). Cependant, le plafonnement est maintenu si le locataire a demandé le renouvellement avant l'échéance des douze ans, y aurait-il désaccord sur le montant du loyer du bail à renouveler.

**Attention** : contrairement à une idée communément admise, la tacite reconduction ne génère pas un nouveau bail de neuf ans mais le bail en cours devient à durée indéterminée. Un congé peut alors être donné à tout moment sous réserve du délai de préavis de six mois (cf. ci-après).



### 7) Loyer : TVA ou CRL

Le principe est que la location commerciale d'immeubles nus est exonérée de la TVA.

En conséquence, la contribution sur les revenus locatifs s'applique. Elle frappe, au taux de 2,5 %, les loyers supérieurs à un certain chiffre annuel, modifié périodiquement (actuellement 1 830 €), par local, des immeubles construits depuis plus de 15 ans au 1er janvier de l'année d'imposition.

L'article 260 du Code général des impôts permet au bailleur seulement d'opter pour la TVA, que le locataire y soit ou non soumis pour son activité.

L'usufruitier a seul qualité pour opter.

L'option doit être déclarée dans les 15 jours du début de l'assujettissement; elle est expresse et écrite. Il est cependant admis par l'administration fiscale que l'option peut être faite rétroactivement jusqu'au premier du mois au cours duquel la jouissance a pris naissance.

L'option est obligatoirement souscrite pour une durée de 10 ans, renouvelable par tacite reconduction, sauf dénonciation à la fin de la période.

***Attention** : le redevable qui a obtenu un remboursement de crédit de taxe au cours d'une période ne peut plus dénoncer l'option à la fin de cette même période : le renouvellement de la période de 10 ans est automatique.*

## PARTIE III LA VIE DU BAIL COMMERCIAL

### **1) L'obligation de délivrance incombant au bailleur**

Les règles du Code civil s'appliquent : en l'absence de règle d'ordre public en la matière, les conditions de délivrance sont laissées à la libre détermination des parties.

La délivrance, constatée le plus souvent par la remise des clefs, doit porter sur la chose louée telle que la définit le bail, ainsi que sur les accessoires indispensables à son utilisation normale.

*Exemples d'accessoires : parties communes d'immeuble, droit ou interdiction de poser enseignes ou panonceaux (en l'absence d'interdiction, y compris dans le règlement de copropriété, l'autorisation est tacite !), etc.*

Une claire définition de la chose louée justifie d'autant plus un état des lieux (cf. ci-dessus).

### **2) Travaux - entretien - transformations - travaux prescrits par l'Administration**

En l'absence de règle d'ordre public et de dispositions particulières dans le statut des baux commerciaux, les règles du Code civil s'appliquent (art. 1719-2° et 1720 al. 2).

Il en résulte qu'en principe l'essentiel des travaux d'entretien et de réparations (autres que locatives, art. 1754 C. civ.) pèse sur le bailleur.

Ces articles conduisent à faire supporter par le propriétaire tous les "gros travaux ou grosses réparations" : par ex. touchant à la structure de l'immeuble ou permettant au locataire d'être clos et couvert, remédiant à l'humidité du local pour défaut du gros-œuvre (pour l'amiante et les parasites, voir ci-après).

Certes, on peut y déroger en opérant un transfert de charges, total ou partiel, sur le locataire. Cependant, ces clauses dérogatoires sont interprétées strictement par la jurisprudence

**Conseil** : ces textes très généraux incitent à une rédaction claire et précise de la convention qui va tenir compte des matériaux du local, de leur évolution, des éléments d'équipement notamment.

A titre d'exemple, la liste (non exhaustive) des points suivants est à envisager :

\* qui doit supporter la charge des travaux prescrits par une autorité administrative ?  
\* la possibilité pour le locataire d'effectuer des travaux d'amélioration et à quelles conditions (nécessité d'un accord préalable, modalités du contrôle et de la surveillance des travaux, assurances à souscrire, etc.);

\* le sort des travaux : en fin de bail ou de jouissance (incidence fiscale pour le bailleur);

\* indemnités éventuelles et leur mode de calcul.

Des textes particuliers peuvent autoriser la réalisation de certains travaux sans autorisation du bailleur ( ex. : loi du 1er juillet 1964 pour les hôtels).

### **3) Les gros travaux et l'article 606 du Code civil**

Cet article précise (au chapitre « obligations de l'usufruitier ») ce que sont les grosses réparations : gros murs, murs de soutènement, voûtes, poutres, couvertures entières, clôtures.

La jurisprudence l'interprète très strictement (cf. Cass. civ., 27 nov. 2002).

Ainsi, si la convention prévoit que le bailleur n'est tenu que des grosses réparations sans référence à l'article 606, la réfection de toiture est-elle à la charge du locataire, même s'il loue un local du rez-de-chaussée de l'immeuble !

A l'inverse, en cas de clause dérogatoire, pour que le preneur supporte véritablement toutes les réparations, il est nécessaire qu'il s'engage à supporter toutes les réparations locatives y compris celles de l'article 606.

*Conseil : la rédaction de la clause "travaux" nécessite beaucoup de soin et de précision, surtout s'il y a transfert de la charge sur le locataire. En effet, la jurisprudence interprète très strictement les clauses dérogatoires. Elle estime notamment que la clause d'acceptation des lieux en l'état ne dispense pas le bailleur d'effectuer les réparations nécessaires en cours de bail ni qu'elle l'exonère de la garantie des vices cachés. Elle estime même, qu'en présence de cette clause et bien que le locataire connaisse le mauvais état des lieux, cela n'équivalait pas à une renonciation de ce dernier à se prévaloir de ses droits concernant les obligations du bailleur. La rigueur rédactionnelle est de mise !*

### **4) Le locataire peut-il effectuer les travaux à la place du propriétaire inactif ?**

Le locataire doit d'abord mettre en demeure le propriétaire et obtenir une autorisation de justice (C. civ. art. 1144; jurisprudence constante, sauf urgence).

A défaut, le locataire ne pourra obtenir aucun remboursement.

### **5) Qu'en est-il des normes administratives (hygiène, sécurité, amiante, parasites, plomb, etc.)?**

La jurisprudence assimile les travaux imposés par l'autorité administrative aux réparations rendues nécessaires par la force majeure par application de l'article 1719-2° du Code civil.

Ainsi, sauf convention contraire, les travaux de « détermitage » (CA Bordeaux, 5<sup>o</sup> ch., 9 janv. 2001), de désamiantage, sont-ils à la charge du bailleur.

Si le locataire a accepté en toute connaissance de cause une clause dérogatoire, le transfert de charge est possible (Cass. civ., 21 nov. 2001; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 juil. 2003).



**Conseil** : compte tenu d'une jurisprudence très évolutive, le notaire doit conseiller au bailleur de produire les diagnostics nécessaires préalablement à la signature du bail en vertu de l'obligation de délivrance et de garantie.

**Attention** : la loi du 30 juillet 2003 instaure une obligation d'information du locataire lorsque le bien loué est situé dans une zone concernée par un plan de prévention des risques. Cet état doit être annexé au bail.

En cas de non-respect de ces dispositions, le locataire peut poursuivre la résolution du contrat ou demander une diminution du loyer (C. env. art. L 125-5).

### **6) Assurances**

Aucun texte n'impose à quiconque de s'assurer !

La convention doit déterminer les obligations de chacun.

Il est habituel (et évident) d'imposer au locataire l'obligation de s'assurer contre les risques d'incendie, les risques locatifs, le recours des voisins et de couvrir le mobilier.

Il est indispensable de vérifier si les différents risques couverts concernant l'immeuble ne sont pas visés par plusieurs polices.

Une clause spécifique est impérative pour éviter tout chevauchement en concertation avec le bailleur, le locataire, le syndicat des copropriétaires, leurs compagnies (à ce sujet cf. "Clauses relatives aux assurances", fiche technique INE oct. 2000; voir aussi C. ass., art. L 121-12 et 121-13)).

Il ne faut pas oublier de prévoir :

\* le transfert sur le locataire d'un éventuel surcroît de prime imposé au bailleur en raison de l'activité exercée;

\* le jeu de la clause résolutoire pour défaut de justification d'assurance ou de la quittance de paiement de la prime.

**Attention** : en vertu de la loi du 30 juillet 2003, "le bailleur est tenu d'informer par écrit le locataire de tout sinistre survenu pendant la période où il a été propriétaire ou dont il a été lui-même informé".

Le notaire doit donc poser la question au bailleur !

### **7) La perte de la chose louée**

\* le principe

En vertu de l'article 1722 du Code civil (confirmé par l'article 1741), si la chose louée est

détruite ou perdue par cas fortuit pendant la durée du bail, le bail est résilié de plein droit.

Si elle n'est détruite qu'en partie, le locataire peut demander une diminution du loyer ou une résiliation du bail. Ce choix n'appartient qu'au locataire, ce qui interdit au bailleur de demander la résiliation (Cass. 3ème civ., 16 mars 1994 et 1er fév. 1995).

Quel que soit le cas, la résiliation n'entraîne aucun dédommagement s'il n'y a aucune faute de l'une des parties mais bien cas fortuit. Elle n'entraîne aucune obligation de reconstruction pour le bailleur, même s'il a perçu une indemnité d'assurance.

La résiliation ne prend effet que du jour de la décision judiciaire qui la prononce.

L'article 1733 du même code édicte une présomption de responsabilité du locataire en cas d'incendie (sauf preuve contraire d'un cas fortuit ou de force majeure, ou encore d'un feu communiqué par une maison voisine). L'obligation et la justification d'une assurance n'en sont que plus nécessaires.

*\* la clause contraire*

Les dispositions du Code civil ne sont que supplétives; tout aménagement est donc possible.

*Conseil : en vertu de la jurisprudence citée notamment, il faut éviter la clause prévoyant la résiliation automatique du bail en cas de perte partielle; elle peut être interprétée comme portant atteinte aux droits du locataire.*

### **8) La cession du bail**

Le bail peut être cédé isolément ou à l'occasion de la vente du fonds de commerce dont il est l'un des éléments.

*\* principes*

Si le bail est cédé avec le fonds, l'article L 145-16 du Code commerce frappe de nullité, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise. Si, en vertu de ce texte, les clauses prohibitives sont interdites, la jurisprudence a autorisé les clauses restrictives.

En revanche, si le bail est cédé isolément, l'article 1717 du Code civil demeure applicable : le preneur peut céder son bail si cette faculté ne lui a pas été interdite. Les clauses prohibitives sont ici possibles !

*\*1\* cession à l'occasion de la vente du fonds*

L'article L 145-16 du Code de commerce est d'ordre public.



Si aucune clause particulière n'est prévue, la cession du bail au profit de l'acquéreur du fonds ne nécessite que la signification au propriétaire des locaux (C. civ. art. 1690). La présence à un acte authentique du bailleur dispensera de cette formalité et permettra en outre certains aménagements éventuels.

**Remarque** : prévoir que la cession n'est possible qu'au successeur dans le commerce ne fait que rappeler, d'une autre manière, la règle de l'article L 145-16; elle signifie a contrario que toute autre cession est interdite. Ne serait-il pas plus simple et explicite d'écrire " toute cession est interdite en dehors de celle au successeur dans le commerce (art. L 145-16 C. com.)" ?

Certaines clauses peuvent organiser la cession du bail dans le cadre de la transmission du fonds :

Ont été déclarées valables :

\* *les clauses d'agrément* : l'accord préalable est nécessaire si la présence du bailleur n'est pas exigée. Le refus d'agrément n'est pas discrétionnaire pour le bailleur; une décision judiciaire (obtenue en référé) permet de passer outre, voire d'obtenir des dommages-intérêts.

\* *les clauses de formalités* : le simple appel à l'acte (l'acte d'huissier est hautement recommandé; cf. Cass com., 25 oct. 1967); l'intervention à l'acte; la présence à l'acte; la présentation préalable du successeur; la forme authentique de l'acte, voire la désignation du rédacteur; l'obligation de remise d'une copie exécutoire dans un certain délai.

**Attention** : Si la clause prévoit la forme authentique, la cession du fonds par acte sous seing privé et la cession séparée du bail par acte notarié entraînent pour la jurisprudence la violation de la clause (Cass. com., 26 oct. 1993); le dépôt ultérieur de l'acte sous seing privé au rang des minutes d'un notaire n'efface pas l'infraction commise (Cass. 3ème civ., 1er av. 1998); le juge ne peut écarter ce formalisme et autoriser la cession sous seing privé !

Donc, il ne faut pas céder aux sirènes pour faire plaisir à un intermédiaire et faire coûte que coûte un acte ...

\* *les clauses de solidarité* (à différencier du cautionnement) : parfaitement licite, une telle clause est limitée à la durée du bail cédé; elle cesse lors du renouvellement, sauf précision contraire.

En revanche, elle perdure pendant la tacite reconduction (il s'agit du même bail dont la durée est désormais indéterminée), mais le cédant peut unilatéralement y mettre fin, son engagement devenant à durée indéterminée.

**Attention** : en l'absence d'une telle clause, il a été jugé que le bailleur ne pouvait réclamer au cédant le paiement des loyers échus après la cession.

Par ailleurs cette clause est inopposable à l'administrateur judiciaire.

\* *les clauses de cautionnement*.

Ont été déclarées illicites :

\* *les clauses d'enseigne* (obligation d'exploiter sous une enseigne déterminée) car contraire aux dispositions d'ordre public du statut des baux commerciaux relatives à la désécialisation).

\* *les clauses de sélection* : par exemple interdiction de céder à une personne morale ou d'en céder le contrôle.

**Remarques** : tous les actes constatant un transfert du bail à l'occasion du transfert du fonds de commerce sont en principe concernés (échange, donation, legs).

En matière de partage, une clause de ce type n'est pas applicable en cas d'attribution du fonds à l'exploitant. Elle retrouve son efficacité en cas d'attribution à un indivisaire autre que l'exploitant.

L'apport en société est assimilé à une cession et les clauses restrictives doivent être respectées (exception : fusion et apport partiel d'actif, C. com. art. L 236-22).

\*2\* Cession isolée du bail

Toutes les clauses restrictives ou prohibitives sont autorisées (donc même les clauses de sélection, cf. ci-dessus).

**Attention** : le locataire admis à la retraite ou déclaré invalide peut céder son bail isolément; cependant, en vertu de l'article L 145-51 du Code de commerce, le bailleur bénéficie d'un droit de rachat prioritaire et la désécialisation est possible.

\*3\* Cession "tous commerces"

Cette clause n'est pas contradictoire avec la clause restrictive "cession autorisée au seul successeur". Le titulaire exerce ce qu'il veut mais ne pourra céder qu'à son successeur dans le même commerce, sauf accord du propriétaire !

Le bail ne sera véritablement tous commerces que si la cession isolée est également permise.

**Attention** : dans ce cas, la sécurité commande que l'engagement du bailleur à renouveler soit obtenu si la cession intervient dans les trois dernières années du bail (cf. ci-après).

**Remarque** : la cession isolée (si elle ne dissimule pas un transfert du fonds) n'a pas à être publiée dans un journal d'annonces légales (jurisprudence constante); la responsabilité du notaire pourrait être engagée par le cédant !

CONCLUSION : la clause de cession doit être rédigée avec soin. Lors d'un transfert, elle doit être lue avec attention et respectée scrupuleusement.
---

9) Conséquences de la cession de bail

Elle entraîne le transfert des obligations du cédant au cessionnaire (cession de contrat).

*Attention* : le bailleur peut demander la résiliation du bail pour des causes antérieures à la cession, par exemple :

\* non respect des clauses du bail

\* travaux exécutés sans l'accord du propriétaire (et donc remise en l'état primitif).

*L'état des lieux trouve ici une raison d'être supplémentaire lors de la cession; il permettra au cessionnaire d'appeler le cédant en garantie le cas échéant.*

### **10) Sous-location**

Sauf stipulation contraire, la sous-location, partielle ou totale, est interdite (C. com., art. L 145-31). Cet article, et le suivant, ne sont pas d'ordre public: il est possible d'y déroger.

Pour être régulière, la sous-location doit remplir deux conditions distinctes mais cumulatives :

\* l'accord du bailleur (qui peut résulter du bail lui-même); en cas d'indivision, l'accord doit émaner de tous les co-indivisaires;

\* l'appel à l'acte (même si l'autorisation résulte du bail); le concours du bailleur est également nécessaire lors du renouvellement de la sous-location.

La durée de la sous-location dépendra de la durée du bail principal.

*Attention* : lorsqu'elle est régulière, la sous-location confère la propriété commerciale au sous-locataire!

*Par extension, la jurisprudence considère que le crédit-preneur du local commercial financé, conclut un bail commercial dès lors que l'activité exercée est commerciale (Cass. 3ème civ., 10 déc. 2002).*

Si la sous-location est irrégulière, elle est inopposable au bailleur et constitue une faute pouvant entraîner soit la résiliation judiciaire du bail, soit l'application de la clause résolutoire.

*Attention* : en tout état de cause, la responsabilité du rédacteur sera totale (Cass. 3ème civ., 17 oct. 1990).

Le sous-locataire bénéficie d'un droit au renouvellement vis-à-vis de son bailleur (le locataire principal, C. com. art. L 145-32 al. 1) et directement vis-à-vis du propriétaire (même article al. 2).

Si le loyer de la sous-location est supérieur au loyer principal, et même si la sous-location est irrégulière, le bailleur peut demander le réajustement du loyer (C. com. art. L 145-31 al. 3).

### **11) Location-gérance et baux commerciaux**

*Remarques* : la location-gérance d'un fonds de commerce comprenant un droit au bail



*n'entraîne pas sous-location (doctrine unanime et jurisprudence constante; arrêt de principe : Cass. com. 9 mars 1953-il en résulte que diviser le loyer d'une location-gérance en deux fractions, fonds et immeuble, est non seulement inutile mais aussi dangereux : le propriétaire des murs pourrait s'en prévaloir pour demander la résiliation du bail s'il n'a pas consenti à la location-gérance ou n'a pas été appelé à l'acte!).*

Pour être interdite, la location-gérance doit l'être expressément (Cass. 3ème civ. 9 juil. 2003).

L'interdiction peut résulter :

- \* d'une clause expresse;
- \* d'une interdiction de mise à disposition d'un tiers;
- \* de l'exigence d'une exploitation personnelle.

### **12) Modification ou changement d'activité**

Le locataire peut soit changer totalement d'activité, soit développer des activités complémentaires ou connexes.

Ces possibilités, appelées déspecialisation, ne constituent pas un droit absolu pour le locataire.

#### **a)activité connexe ou complémentaire (C. com. art. L 145-47)**

Le propriétaire ne peut s'opposer à la demande du locataire d'ajouter à son activité principale des activités complémentaires ou connexes. Il ne peut le faire qu'en contestant ce caractère.

Une activité connexe sera très étroitement liée à l'activité d'origine ; l'activité complémentaire s'y ajoute.

La jurisprudence est très favorable au locataire et va jusqu'à admettre que la nouvelle activité soit prépondérante. Il résulte d'ailleurs du texte que le tribunal, en cas de contestation, doit tenir compte de l'évolution des usages commerciaux.

Le locataire a pour seule obligation de faire connaître son intention par acte d'huissier en indiquant l'activité envisagée. Cette formalité équivaut à une mise en demeure du propriétaire de faire connaître dans le délai de deux mois son éventuelle contestation. Celle-ci étant fort difficile, le propriétaire pourra tout au plus espérer une augmentation de loyer en invoquant lors de la plus proche révision triennale une modification de la valeur locative des locaux loués.

#### **b) déspecialisation plénière (C. com. art. L 145-48 et suiv.)**

Cette déspecialisation doit être justifiée "eu égard à la conjoncture économique et aux nécessités d'une organisation rationnelle de la distribution".



Le locataire a une double preuve à apporter : son activité n'est plus rentable et celle qu'il envisage profitera au consommateur. Ces deux critères sont cumulatifs : il a ainsi été refusé la transformation d'un magasin de chaussures (dont il n'était pas contestable que l'activité était en net déclin = premier critère) en agence d'administrateur de biens et d'agence immobilière car le nombre d'agences avait été jugé suffisant (second critère absent = ici absence de besoin pour le consommateur).

La demande de déspecialisation doit être faite par acte d'huissier au propriétaire et aux créanciers inscrits sur le fonds : ceux-ci gardent alors leur rang sur le fonds transformé. A défaut de réponse dans les trois mois, le propriétaire est réputé avoir accepté (le locataire bénéficie d'un droit de repentir).

Ce changement permet au propriétaire de demander une indemnité compensatrice du préjudice qu'il estime subir ainsi qu'une augmentation immédiate de loyer. L'indemnité est rarement octroyée par les tribunaux.

Le propriétaire peut invoquer un motif grave et légitime pour opposer un refus (pas de définition par absence de jurisprudence ; les auteurs s'interrogent). De même, il peut fonder son refus s'il entend reprendre les locaux en fin de période triennale pour travaux de construction, reconstruction ou restauration (C. com. art. L 145-18 et suiv.)

Enfin, le bailleur peut subordonner son accord à des conditions de nature à sauvegarder ses intérêts et que le tribunal apprécie.

### c) déspecialisation pour cause de retraite

L'article L 145-51 permet au locataire âgé et désireux de prendre sa retraite de céder le bail avec un changement d'activité.

Ici encore une notification au propriétaire et aux créanciers inscrits est nécessaire. Elle doit indiquer l'activité envisagée et le prix proposé.

Le propriétaire bénéficie d'une priorité de rachat.

Il ne pourrait s'opposer à cette cession que s'il prouve l'incompatibilité de la nouvelle activité avec le caractère, la destination et la situation de l'immeuble.

D'après la jurisprudence, une telle cession n'entraîne pas une modification du loyer.

### 13) Bail commercial et procédure collective concernant le locataire

Articles L 145-45, L 621-28 à 621-31, L 621-40, L 622-13 du Code de commerce, décret du 27 sept. 1985 art. 61-1.



*\* Le principe*

Le redressement et la liquidation judiciaire n'entraînent pas la résiliation de plein droit du bail; toute clause contraire est réputée non-écrite.

Dès l'ouverture d'une procédure, le bailleur devient un créancier comme un autre : suspension ou interdiction des poursuites individuelles, interdiction de percevoir les paiements, déclaration de créance obligatoire.

**Attention** : *si la résiliation du bail est effective avant le jugement d'ouverture, l'expulsion du locataire est possible.*

*Cette résiliation est acquise si elle est constatée par une décision ayant l'autorité de la chose jugée (cf. en dernier lieu Cass. com., 16 mars 1993), ce qui n'est pas le cas d'un référé.*

*\* redressement judiciaire*

L'administrateur a le choix de continuer les contrats en cours ou d'y mettre fin.  
S'il continue le bail, il doit payer le loyer et les charges ou obtenir des délais de paiement.  
S'il décide de ne pas poursuivre, la résiliation est de plein droit.

Le bailleur peut provoquer la décision de l'administrateur par une mise en demeure (lettre recommandée avec accusé de réception ou acte d'huissier) adressée dans le délai d'un mois du jugement d'ouverture ( ce délai peut être modulé par le juge-commissaire). Le défaut de réponse équivaut à une résiliation de plein droit. Le juge-commissaire ne peut que la constater.

**Attention** : *bien que cela soit contesté en doctrine, la jurisprudence décide que, pour être opposable aux créanciers inscrits, la résiliation du bail doit leur être notifiée.*

**Conseil** : *le rédacteur d'un bail au profit d'un nouveau locataire suite à une telle résiliation sera bien inspiré en vérifiant le respect de la procédure (constatation du juge-commissaire, notification aux créanciers).*

Les loyers échus entre l'ouverture de la procédure et la résiliation bénéficient d'un rang privilégié.

Le bailleur ne peut pas demander la résiliation pour défaut d'exploitation.

Il peut obtenir cette résiliation pour défaut de paiement des loyers et des charges supérieures à deux mois depuis le jugement d'ouverture.

Le bailleur peut demander la résolution du plan de continuation et l'ouverture d'une liquidation judiciaire si, dans le cadre d'un plan de continuation, le locataire ne respecte pas les délais que le bailleur ou le tribunal lui a accordés.

Dans le cadre d'un plan de cession, le bail se continue avec le cessionnaire aux charges et



conditions existant au jour du jugement d'ouverture. Le tribunal peut imposer des délais de paiement. En tout état de cause, les clause restrictives à la cession (agrément, droit de préemption, incessibilité) sont dépourvues d'efficacité.

L'obligation de solidarité avec le cessionnaire est inopposable à l'administrateur. Le tribunal peut y substituer toutes garanties qu'il jugera suffisantes.

*\* liquidation judiciaire*

Le liquidateur bénéficie de la même option. (continuation ou cessation des contrats) avec les mêmes obligations et conséquences.

En revanche, le bailleur peut demander la résiliation du bail pour des causes antérieures au jugement. La demande doit être introduite dans les trois mois de celui-ci. Cependant, il ne peut s'agir que d'un manquement aux obligations du bail autre que le paiement du loyer.

Le liquidateur ne peut imposer une cession isolée du bail; il en résulte que les clauses restrictives à la cession doivent être respectées. La clause de solidarité avec le cessionnaire reste valable (Cass. com., 11 mai 1999).

**14) Vente de l'immeuble loué**

La vente de l'immeuble loué entraîne le transfert des obligations du propriétaire/bailleur vers l'acquéreur : il y a subrogation dans tous les droits et actions à l'encontre du locataire.

*Attention : le cautionnement cesse avec la vente; pour la Cour de cassation, il faut présumer la volonté de la caution de ne s'engager qu'en faveur du bailleur initial.*

|| *Conseil : bien que cela n'ait pas été validé en jurisprudence, il semble possible de prévoir, à titre de condition essentielle, qu'en cas de substitution de bailleur par vente de l'immeuble, l'engagement de caution bénéficiera au nouveau propriétaire jusqu'à la fin du bail en cours.*

**15) Obligation contractuelle pour le preneur d'adhérer à une association**

Cette clause a été déclarée nulle (Cass. 3ème civ., 12 janv. 2003 pour une association d'animation).



## PARTIE IV LA FIN DU BAIL COMMERCIAL

### 1) Le renouvellement - offre et demande

**Attention** : contrairement à une idée reçue, le bail ne se renouvelle pas de manière automatique à l'expiration de la durée prévue: il ne cesse que par l'effet d'un congé. En l'absence de toute initiative des parties, il devient un bail à durée indéterminée; ce n'est pas un nouveau bail, mais le contrat initial qui continue aux mêmes charges et conditions (C. com. art. L 145-9 al. 2 qui renvoie à C. civ., art. 1738). Chacune des parties peut alors donner congé par acte d'huissier à tout moment en respectant un délai de préavis conformément à l'usage des lieux.

Pour éviter cette tacite reconduction, il faut donc un congé.

#### \* Les conditions du renouvellement

**Attention** : les conditions pour que le locataire puisse bénéficier du droit au renouvellement doivent être remplies au jour où l'une des parties prend l'initiative du renouvellement et non à la date d'expiration du bail et le demeurer jusqu'à la fin de la procédure.

Le locataire doit être immatriculé (cf. ci-dessus).

Le fonds doit être la propriété du demandeur. Ainsi, le locataire-gérant et le locataire principal qui a consenti une sous-location totale n'ont-ils pas ce droit.

De même, le gérant de la société exploitante ne peut demander le renouvellement à son profit.

Le droit au renouvellement appartient au crédit-bailleur alors même que le fonds appartient au crédit-preneur (Code monétaire et financier, art. 313-7,2, al. 2).

Le fonds doit être effectivement exploité (ce qui ne signifie pas qu'il doive être ouvert de manière continue).

Cette exploitation doit avoir été effective durant les trois dernières années du bail. En cas de cession du bail en même temps que le fonds, le cessionnaire peut ajouter la durée d'exploitation du cédant à la sienne.

En cas de cession isolée du bail, la jonction de la durée d'exploitation du cédant avec celle du cessionnaire n'est pas possible (il ne s'agit pas de l'exploitation du même fonds).

**Attention** : dans ce cas, le droit au renouvellement ne bénéficie pas au cessionnaire même si le bailleur a autorisé la cession, même si cette autorisation était rémunérée, même si le bail était tous commerces ! Il faut impérativement que, lors de la cession, le bailleur promette le renouvellement ou (mieux) renonce à se prévaloir de la durée d'exploitation.



Le preneur peut invoquer des motifs légitimes de non-exploitation; il doit en apporter la preuve et les juges du fonds sont souverains. Une exception légale résulte de la loi du 27 décembre 1973 : commerçants admis à un stage de conversion ou de promotion.

\* la mise en œuvre du renouvellement: le congé (règles communes)

- L'auteur du congé

Ce peut être le bailleur comme le locataire.

L'usufruitier peut en théorie donner congé seul, mais doit avoir l'accord du nu-proprétaire pour un congé avec offre de renouvellement. Il vaut mieux avoir cet accord, s'il y a congé avec refus de renouvellement, car l'usufruitier supporterait seul l'indemnité d'éviction.

Les bailleurs indivis doivent tous donner congé.

L'acquéreur de l'immeuble peut se prévaloir du congé donné par le précédent propriétaire.

-Le destinataire

Par le bailleur, ce ne peut être que le titulaire du bail, donc tous les co-preneurs le cas échéant et jamais le locataire-gérant.

- La forme

Quel qu'en soit l'auteur, le congé doit être donné par acte d'huissier : le congé par lettre recommandée avec accusé de réception est nul, même si cette forme a été autorisée par le contrat.

- Le délai

Il y a lieu de respecter les usages locaux (délai ou date), avec, en tout état de cause, un minimum de six mois. Le bail peut prévoir un délai plus long.

Le congé peut être donné longtemps à l'avance.

Le congé tardif (c'est-à-dire ne respectant pas le délai de préavis) n'est pas nul : ses effets sont reportés à la première date utile.

- Le contenu

Le congé doit être motivé.

Le congé contenant une offre de renouvellement, même sans indication de loyer, est considéré comme suffisamment motivé.

Si le nouveau loyer demandé est indiqué dans l'offre, il sera dû dès le renouvellement du bail (qu'il soit fixé dans le congé, résultant d'une demande de dé plafonnement ou de l'application d'indices publiés tardivement).

S'il n'est pas indiqué dans la demande, il ne sera applicable qu'à compter du jour de la demande qui en sera faite ultérieurement par acte d'huissier ou lettre recommandée avec accusé de réception.

En cas de refus de renouvellement, le congé contenant offre de paiement d'une indemnité



d'éviction ou faisant simplement référence à l'article L 145-14 du Code de commerce est également considéré comme suffisamment motivé.

Le congé doit contenir l'indication de la possibilité pour le locataire de contester le congé ou de réclamer une indemnité d'éviction par reproduction du texte légal.

En principe, sauf cas particuliers, il n'est plus possible pour le bailleur de modifier les motifs, d'en ajouter ou d'en substituer.

- la contestation du congé

le locataire dispose d'un délai de deux ans pour contester le congé; au-delà, il est forclos : il n'y a donc pas de possibilité de suspension ou d'interruption.

Le congé produit ses effets, à savoir la fin du bail. Le bailleur est alors contraint, suivant les cas, à payer l'indemnité d'éviction ou à accorder le renouvellement.

Si le locataire n'a pas contesté le congé pendant le délai et n'a, de son côté, effectué aucune démarche, il est considéré comme occupant sans droit ni titre mais il peut rester jusqu'au paiement de l'indemnité. Il est pendant ce laps de temps redevable, non d'un loyer, mais d'une indemnité d'occupation.

\* renonciation au congé

Quel que soit son auteur, le congé ne peut être retiré qu'avec l'accord de l'autre partie (Cass. 3ème civ., 27 juin 1984 pour le locataire; Cass. 3ème civ., 18 janv. 1989, pour le bailleur). S'il n'y a pas accord de l'autre partie pour la rétractation, le bail en cours prend fin à la date pour laquelle il est donné.

**Attention** : *il ne faut pas confondre la rétractation du congé avec le droit de rétractation ouvert aux parties après fixation judiciaire du loyer (C. com., art. L 145-57).*

\* Le congé donné par le bailleur

Donner congé n'est pas obligatoire mais permet au bailleur d'éviter la tacite reconduction.

a) congé avec offre de renouvellement

Le congé (dont, rappelons-le, le but et l'effet sont de mettre fin au bail) peut contenir une offre de renouvellement, qui est la conclusion d'un nouveau bail, à de nouvelles conditions, notamment de loyer.

Un bail verbal peut faire l'objet d'une offre de renouvellement; encore faut-il que l'on puisse déterminer l'échéance des neuf ans.



Le congé doit, à peine de nullité, être motivé (cf. ci-dessus).

Si le bailleur prétend à une fixation du loyer à la valeur locative en vertu d'un motif de déplafonnement, cette demande devra être mentionnée dans le congé.

**Attention** : une augmentation importante de la taxe foncière, restée à la charge du propriétaire, est un élément à prendre en considération pour la fixation du nouveau loyer (Cass.3ème civ., 2 oct. 2002).

A ce sujet, il ne faut pas oublier qu'en cas d'expertise judiciaire de la valeur locative, un transfert immodéré de charges vers le locataire joue inmanquablement contre le propriétaire (cf. Congrès des notaires, 1ère com., Cannes 2002).

Si, une fois le congé avec offre de renouvellement donné, les parties ne se mettent pas d'accord sur le nouveau prix du loyer, il appartient à la partie la plus diligente d'entamer une procédure conduisant à la conclusion d'un nouveau bail (donc la fixation du loyer). En cas d'inaction des parties pendant le délai biennal de prescription, le bail est renouvelé aux conditions anciennes, notamment de prix (jurisprudence constante).

**Conseil** : si le bailleur veut contourner la règle du plafonnement, il a intérêt à laisser le bail se poursuivre par tacite reconduction et à ne donner congé qu'après douze ans de bail. En effet, le dernier alinéa de l'article L 145-34 prévoit que les effets du plafonnement "ne sont plus applicables lorsque, par l'effet d'une tacite reconduction la durée du bail excède douze ans".

Pour contrer cette manœuvre, le conseil à donner au locataire est de demander le renouvellement avant l'expiration de ces douze ans.

On imagine l'ambiguïté de la position du notaire, conseil des deux parties, ou même simplement gestionnaire de la location...

Pour que le renouvellement soit effectivement concrétisé, il faut un accord sur les modalités du bail renouvelé : l'acceptation du locataire peut être tacite. Dès qu'il y a accord, le renouvellement est définitif.

Tant que le renouvellement n'est pas accepté, le propriétaire peut retirer son offre (pour la rétractation du congé cf. ci-dessus) et offrir une indemnité d'éviction. Il peut également la rétracter et refuser le renouvellement s'il découvre un motif grave et légitime ou si le locataire ne remplit plus les conditions du droit au statut.

De même, conformément à l'article L 145-57, il peut, dans le mois de la signification de la décision judiciaire fixant les conditions du nouveau bail, retirer son offre de renouvellement (même si le principe en est acquis) et offrir de payer une indemnité d'éviction.

Le locataire peut accepter le renouvellement sans accepter le loyer proposé. Le juge doit alors être saisi par la partie la plus diligente.

**Conseil** : par principe, le bail se renouvelle aux mêmes conditions que le bail initial. Le bailleur



*peut être tenté de subordonner le renouvellement à la modification de certaines de ces conditions. Le refus par le locataire équivaut à un refus de renouvellement et à la fixation d'une indemnité d'éviction. Néanmoins, accompagner l'offre de renouvellement d'une condition de modification peut s'avérer judicieux : le locataire peut accepter ces modifications en tout ou partie contre d'autres avantages. A manier cependant avec précaution.*

b) le congé avec refus de renouvellement (C. com. art. L 145-14)

C'est un droit absolu du bailleur, sans qu'il soit besoin d'aucune justification de sa part. Il lui suffit de proposer le paiement d'une indemnité d'éviction (cf. ci-après).

En vertu de l'article L 145-17 du Code de commerce le bailleur peut refuser, non seulement le renouvellement, mais aussi, dans certains cas, le paiement de l'indemnité d'éviction.

Il doit alors faire valoir que le locataire ne répond pas aux conditions pour bénéficier du statut ou du droit au renouvellement (ex. il ne justifie pas, au moment du congé d'une inscription au registre du commerce et des sociétés), qu'il y a faute du locataire (motif grave et légitime), ou encore qu'il y va de son intérêt supérieur (immeuble dangereux ou insalubre).

Dans tous les cas de refus de renouvellement, avec ou sans paiement d'une indemnité d'éviction, le congé doit être motivé.

Spécialement, le motif grave et légitime doit être donné avec précision. La faute peut être contractuelle ou non. Le juge du fonds est souverain pour son appréciation. En tout état de cause, il doit y avoir eu mise en demeure préalable de faire cesser l'infraction.

L'offre de paiement d'une indemnité d'éviction peut être retirée si le motif grave et légitime ou l'impossibilité de bénéficier du statut sont nés après le congé.

\* Le congé donné par le locataire

Il met fin au bail et le locataire n'a aucun droit à indemnité.

**Attention** : *le locataire qui a demandé à bénéficier de ses droits à la retraite, qui n'a pas voulu ou pu céder son bail, peut donner congé à tout moment sous réserve du préavis de six mois par acte d'huissier.*

\* La demande de renouvellement du locataire (C. com. art.L 145-10)

En fin de bail, rien n'oblige le locataire à demander le renouvellement. Dans un tel cas, et si le propriétaire n'a pas donné congé, le bail se reconduit tacitement (cf. ci-dessus).

Le droit au renouvellement est d'ordre public (C. com. art. L 145-5)

- forme

Seul l'acte extrajudiciaire est possible.

La lettre recommandée avec accusé de réception, l'assignation sont frappées de nullité. Un



accord postérieur sur le renouvellement couvre la nullité.

Une demande nulle dans la forme ne met pas fin au bail qui se reconduit tacitement à défaut de congé donné par le bailleur.

- délai

Si le bailleur n'a pas donné congé, le locataire doit signifier sa demande dans les six mois précédant l'échéance ou à tout moment pendant la reconduction.

La rédaction du texte conduit à conclure à l'impossibilité d'une demande prématurée.

Le délai se calcule de quantième à quantième.

- auteur

Il s'agit du titulaire du bail à renouveler. En matière de liquidation judiciaire, ce droit appartient au liquidateur.

En matière de redressement, sauf stipulations particulières des pouvoirs conférés à l'administrateur, ce droit appartient au titulaire du bail.

- destinataire

C'est le bailleur. L'article L 145-10 alinéa 2 permet de l'adresser au gérant de l'immeuble.

- conflit avec un congé du bailleur

Conformément à la jurisprudence (qui a ajouté au texte), à défaut de congé donné par le bailleur pour la date d'expiration du bail (soit le congé est donné tardivement pour une date postérieure à l'expiration contractuelle du bail, soit il est donné pendant la tacite reconduction), le locataire peut toujours demander le renouvellement dans les six mois qui précèdent l'échéance indiquée dans le congé tardif, soit à tout moment pendant la tacite reconduction.

Cette possibilité lui permet d'éviter le déplaçonnement.

- réponse du bailleur

Celui-ci dispose d'un délai de trois mois pour faire connaître sa décision, par acte d'huissier uniquement. Le silence, ou un congé notifié sous une autre forme, valent acceptation du renouvellement.

Cette acceptation de principe n'empêche pas le propriétaire de demander une modification du loyer (C. com. art. L 145-11)

L'article L 145-57, déjà évoqué, lui permet même de se rétracter et de refuser le renouvellement dans le mois qui suit la fixation judiciaire du loyer.

Si le bailleur refuse, il doit en préciser les motifs et, éventuellement, proposer le versement d'une indemnité d'éviction.

Le refus intervenant suite à une demande effectuée dans les six mois précédant le terme, le bail prend fin à la date convenue.

Si le refus intervient au cours de la tacite reconduction, le bail prend fin à l'expiration du terme

en cours à la date de la demande.

Le refus de renouvellement est équivalent au congé avec refus de renouvellement (avec ou sans paiement d'une indemnité d'éviction). La procédure de contestation est la même.

*\* le loyer du bail renouvelé*

Bien entendu, il faudra, soit un accord des parties, soit une décision judiciaire.

Si le congé donné par le bailleur indique le prix proposé, le loyer modifié prendra effet avec le nouveau bail.

A défaut, le nouveau loyer ne prendra effet qu'à la date de la demande (acte d'huissier, lettre recommandée, assignation)

**2) l'indemnité d'éviction**

*\* définition*

Le montant de cette indemnité correspond au préjudice subi par le locataire et n'est pas la compensation d'une faute.

Elle est due au locataire qui répond aux conditions lui donnant droit à l'application du statut (C. com., art. L 145-14).

*\* le montant*

Par présomption, supportant la preuve contraire à la charge du propriétaire, le préjudice est égal à la valeur du fonds. Cette valeur peut être réduite à la simple valeur du droit au bail.

La valeur marchande du fonds est établie par références aux usages de la profession; elle est augmentée des frais normaux de déménagement et de réinstallation, lesquels comprennent éventuellement les frais et droits de mutation pour acquérir un fonds de même valeur.

*\* le mode de fixation*

Les juges du fonds sont souverains. La décision est fondée sur un rapport d'expertise.

*\* la date d'évaluation*

L'expert doit se déterminer à la date la plus proche de l'éviction.

*\* la date du paiement*

Conformément à l'article L 145-30 du Code de commerce, l'indemnité doit être payée dans le délai de trois mois à compter du commandement fait par acte d'huissier.

Ce commandement ne peut intervenir qu'une fois le délai de repentir du bailleur expiré (cf. ci-



après).

Il intervient directement soit dans les mains du locataire soit dans celles d'un séquestre amiable ou désigné par le tribunal.

\* rôle du séquestre

La désignation de celui-ci n'est pas obligatoire.

Il ne peut verser l'indemnité qu'après récupération des clefs et justification du paiement de toutes sommes dues par le locataire (loyers, réparations locatives par ex.)

**Attention** : l'article L 145-30 alinéa 1 du Code de commerce prévoit une retenue par le séquestre de 1% par jour de retard dans la remise des clefs ! Elle est cependant subordonnée à une mise en demeure émanant du bailleur et non du séquestre.

\* la fiscalité de l'indemnité

Pour le bailleur, elle est déductible de ses revenus fonciers.

Pour le locataire, si cette indemnité représente la perte d'un élément d'actif immobilisé, elle est assimilée à un prix et est soumise au régime fiscal des plus ou moins-values. Si elle correspond aux frais de déménagement, de réinstallation, elle est soumise aux droits de mutation dans les conditions de droit commun.

Toute convention écrite précisant la nature de cette indemnité sera opposable à l'administration.

\* la libération des lieux

Le locataire n'y est pas tenu mais il peut se maintenir dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité et reste tenu du paiement d'une indemnité d'occupation et du respect des clauses du bail.

**Attention** : le bailleur peut exciper de la clause résolutoire pour inexécution des clauses du bail pendant cette durée pour refuser de payer l'indemnité d'éviction (jurisprudence constante) !

En revanche, la clause résolutoire ne peut être invoquée pour défaut de paiement du loyer pendant le maintien dans les lieux (jurisprudence constante); pour qu'elle puisse l'être, il faudrait qu'elle ait prévu ce cas (jurisprudence également constante).

\* le droit de repentir du bailleur

Ce droit de repentir sera utilisé par le bailleur qui estime l'indemnité trop importante ou qui n'envisage plus de récupérer son local.

Dans le délai de 15 jours à compter de la date à laquelle la décision est passée en force de chose jugée, le propriétaire peut se soustraire au paiement de l'indemnité et accorder le renouvellement. Il supporte alors les frais de l'instance.

Ce droit peut aussi s'exercer à tout moment au cours de l'instance.

**Attention** : ce droit de repentir ne peut s'exercer que si le locataire ne s'est pas maintenu dans les lieux et n'a pas déménagé ou acquis d'autres locaux.

\* les droits des créanciers du locataire sur l'indemnité

Si l'indemnité est versée à un séquestre, les créanciers peuvent faire opposition (C. com., art. L 145-29 al.2).

Celle-ci ne peut être faite que par saisie.

Les créanciers inscrits sur le fonds de commerce ne semblent pas pouvoir exercer leurs droits sur l'indemnité.

### **3) La restitution des locaux en fin de bail**

L'importance de l'état des lieux prend ici tout son sens (cf. ci-dessus) : les locaux doivent être rendus en bon état ou tout au moins dans l'état où ils se trouvaient lors de l'entrée dans les lieux.

Le dépôt de garantie doit être restitué au locataire lors de son départ effectif, sous déduction éventuelle des sommes dues au bailleur ou des réparations locatives nécessaires.

Rappel : le dépôt de garantie excédant deux termes de loyer produit intérêt (cf. ci-dessus)

Le bailleur qui n'a pas, un mois avant le terme fixé par le bail ou par les conventions verbales, avisé le comptable du Trésor chargé du recouvrement des impôts directs du déménagement de son locataire, est responsable des impayés de taxe professionnelle.

### **4) La résiliation pour faute-la clause résolutoire**

#### *a) résiliation en l'absence de clause résolutoire*

En l'absence (rarissime) de clause résolutoire, le bailleur se fonde sur l'article 1184 du Code civil qui précise que la condition résolutoire est toujours présumée dans les contrats synallagmatiques.

La résiliation ne peut intervenir que sur décision judiciaire. Les juges du fonds sont souverains dans l'appréciation.

Les règles du Code civil s'appliquent (art. 1741); les causes de résiliation sont :

- l'absence d'assurance ;
- l'atteinte à la destination ou aux activités autorisées ;
- les cession ou sous-location(s) interdites ;
- le défaut d'exploitation ;
- les troubles de jouissance causés aux autres locataires ;



- le non-paiement des loyers ;
- plus, généralement, les manquements aux clauses du bail.

Le juge peut accorder des délais, écarter la résiliation (infraction insuffisante).

*b) résiliation en présence d'une clause résolutoire*

La clause résolutoire est autorisée par l'article L 145-41 du Code de commerce. Elle est d'application restrictive par la jurisprudence. Sa mise en œuvre peut s'accompagner d'une demande de résiliation judiciaire.

*\* infractions visées*

La résolution du bail ne peut être prononcée que pour une infraction expressément visée par la clause résolutoire. La bonne ou la mauvaise foi du preneur sont sans effet sur l'application de la clause résolutoire.

*\* procédure*

Un commandement par acte d'huissier d'exécuter ou de faire cesser l'infraction doit être délivré préalablement (C. com., art. L 145-41).

Il énonce avec précision les manquements reprochés ou le détail des sommes dues. Il doit permettre au locataire de savoir exactement ce qu'il doit faire.

Il doit indiquer le délai accordé pour se mettre en règle : au minimum un mois.

A défaut, le commandement est nul.

Le propriétaire peut renoncer à tout moment au bénéfice de la clause résolutoire.

*\* suspension judiciaire des effets de la clause résolutoire-contestation*

La suspension, d'ordre public, doit être demandée par le locataire.

Le juge peut accorder des délais de grâce (C. civ. art. 1244-1 et 1244-3) qui ne peuvent excéder deux ans.

Le locataire peut invoquer la mauvaise foi du bailleur pour voir écarter la clause résolutoire (ex. bailleur faisant état de travaux non-autorisés alors qu'il a demandé le déplafonnement pour ces mêmes travaux).

*\* effets du commandement*

Si le locataire s'exécute, toute action est épuisée.

S'il ne s'exécute pas, la résiliation est acquise de plein droit. Le juge ne peut que la constater lors de la demande d'expulsion.



Elle prend effet, non au jour de la constatation judiciaire, mais à la fin du délai accordé dans le commandement.

Le locataire ne peut prétendre à aucune indemnité.

*c) résiliation et créanciers inscrits*

En vertu de l'article L 143-2, le propriétaire qui poursuit la résiliation, même en vertu de la clause résolutoire, doit notifier sa demande aux créanciers inscrits à domicile élu.

Le but est de permettre aux créanciers de payer le loyer et les charges en lieu et place du locataire défaillant pour éviter la disparition du fonds.

Le jugement ne peut intervenir qu'un mois après cette notification.

**Conseil :** *lorsqu'une procédure de résiliation est envisagée, lever un état au greffe est impératif !  
A défaut, la résiliation est inopposable aux créanciers et engage la responsabilité du bailleur vis-à-vis de ceux à qui elle porte préjudice. La responsabilité du notaire sera à l'évidence, et à juste titre, recherchée !*



## **ANNEXE I**

### **AVANTAGES DU BAIL NOTARIE**

L'acte authentique présente un intérêt particulier pour le Bailleur : une copie exécutoire de l'acte lui est remise.

Lorsqu'un créancier dispose d'une copie de l'acte notarié, revêtu d'une formule exécutoire, et constatant sa créance, il bénéficie d'un avantage certain lors du recouvrement.

Le créancier disposant d'un acte notarié n'a pas besoin de demander en justice un titre exécutoire pour obtenir l'exécution forcée. Cet avantage est décisif car, depuis la loi du 9 juillet 1991, les créanciers les plus diligents obtiennent un droit d'exclusivité sur les biens saisis.

Ainsi, le créancier muni d'un titre exécutoire peut pratiquer :

- une saisie-attribution qui entraîne l'appropriation immédiate de la somme d'argent ou de la créance saisie au profit du créancier (Loi 91-650 du 9 juillet 1991 art. 43) ;
- en ce qui concerne la prise de mesures conservatoires, le créancier titulaire d'un titre exécutoire est dispensé d'obtenir au préalable une autorisation du juge de l'exécution ;
- en outre, il n'est pas nécessaire d'actionner le débiteur au fond ;

- le créancier muni d'un acte authentique, dont la créance n'est pas encore exigible, peut faire une saisie conservatoire, s'il estime sa créance menacée, qu'il pourra transformer sans instance au fond en saisie-attribution lorsque sa créance sera devenue exigible.



## ANNEXE II

### **PROPOSITIONS CONTENUES DANS LE RAPPORT DE LA COMMISSION PELLETIER POUR UN PROJET DE REFORME DES BAUX COMMERCIAUX**

1. rappeler l'obligation d'immatriculation du commerçant ou de l'artisan, au titre de tous ses établissements.
2. affirmer, en cas de soumission conventionnelle au statut des baux commerciaux, la validité des clauses écartant des dispositions d'ordre public de ce statut.
3. autoriser les parties à un bail professionnel à déroger au régime fixé par l'article 57A de la loi du 23 décembre 1986 en se soumettant conventionnellement à l'ensemble des dispositions statutaires relatives aux baux commerciaux.
4. (recommandation) inciter les organisations représentatives des propriétaires, commerçants, artisans et professionnels libéraux à mieux faire connaître le régime juridique des baux commerciaux et professionnels, et à diffuser des clauses-type favorisant la négociation des contrats.

#### **Durée**

5. permettre la succession de plusieurs baux dérogatoires dans la limite de la durée totale de deux ans.
6. clarifier la situation juridique des parties à l'issue de la période dérogatoire. définir la convention d'occupation précaire.
8. permettre une libre durée des baux à usage exclusif de bureaux.
9. réputer non écrite la convention permettant à une seule des parties de prolonger le bail.
10. permettre aux parties de convenir par avance de la durée du bail renouvelé, qui ne peut être inférieure à neuf ans.
11. encadrer la durée du préavis des congés entre 6 et 18 mois,
12. supprimer la référence aux usages locaux.
13. laisser au locataire, en cas d'éviction, un délai de 3 mois après versement de l'indemnité pour



libérer les lieux.

14. (recommandation) assouplir, par un régime approprié de la taxe de publicité foncière, la conclusion de baux d'une durée supérieure à douze ans.

### **Loyer et indemnité d'éviction**

15. supprimer le caractère d'ordre public de la révision du loyer.
16. (recommandation) poursuivre les travaux en cours en vue de créer un indice INSEE mesurant le coût de la location, plus adéquat que celui mesurant le coût de la construction.
17. retenir comme motif d'évolution du loyer de renouvellement, en sus des éléments visés aux 1° à 4° de l'article L 145-33 du Code de commerce, le caractère manifestement sur-évalué ou sous-évalué du loyer.
18. (recommandation) créer des observatoires locaux des loyers commerciaux.
19. faire annexer par l'expert à son rapport les documents justificatifs de ses références locatives.
20. conférer un caractère exécutoire par provision au jugement fixant le prix du bail renouvelé.
21. préciser les conditions dans lesquelles la réinstallation du locataire fait échec au droit de repentir du bailleur.

### **Clauses et conditions**

22. interdire la clause obligeant le preneur à tenir les lieux loués sous une enseigne déterminée, sauf le droit des parties de convenir des modalités du changement d'enseigne.
23. (recommandation) améliorer l'information du nouveau locataire sur la nature et le montant des charges accessoires au loyer.
24. (recommandation) rappeler la nécessité d'une régularisation annuelle des charges et proposer qu'elle soit présentée de façon harmonisée.
25. (recommandation) moderniser la rédaction des articles 1754 et 1756 du Code civil, relatifs aux réparations et inciter à ce que les nouveaux baux s'y réfèrent, en lieu et place des articles 605 et 606 du même code.



26. (recommandation) clarifier la définition de la chose louée de l'article 1723 du Code civil.
27. (recommandation) inciter les parties à dresser un état des lieux, à l'occasion notamment de l'entrée en jouissance; inciter cédant et cessionnaire du bail à faire de même.
28. (recommandation) inciter les parties à stipuler un droit de préférence au profit du preneur en cas de vente du local commercial et au profit du bailleur en cas de cession du fonds.

#### **Reprise des logements vacants**

29. permettre aux échéances triennales et lors du renouvellement la reprise par le bailleur des logements vacants accessoires aux locaux commerciaux, en vue de leur réaffectation à l'habitation si le preneur n'y a pas lui-même procédé dans les six mois de la notification.
30. (recommandation) favoriser le concours des subventions publiques (ANAH, FISAC, etc.) pour aider à la transformation des logements vacants accessoires en vue de leur réaffectation à l'habitation.

#### **Règlement des litiges**

31. étendre le champ de compétence des commissions départementales de conciliation à l'ensemble des litiges relatifs au loyer, au dépôt de garantie, aux charges et aux travaux, et réaffirmer le caractère facultatif de leur saisine.
32. limiter à un délai de 6 mois la faculté de saisir la commission départementale de conciliation en matière de loyer.
33. supprimer le caractère préalable du mémoire et, par voie de conséquence, le délai d'un mois séparant la notification de l'assignation en fixation du loyer.
34. donner compétence au juge des baux commerciaux pour statuer sur toute question de droit préalable à la fixation du loyer.
35. donner compétence exclusive au tribunal de grande instance pour tout litige relatif aux baux commerciaux.
36. simplifier la procédure après expertise.
37. harmoniser divers délais de procédure et de prescription et leur point de départ et supprimer la sanction de la forclusion en matière de refus de renouvellement avec refus d'indemnité d'éviction.
38. conférer l'autorité de chose jugée au principal à l'ordonnance de référé qui constate l'acquisition





de la clause de résiliation de plein droit.

39. lever une ambiguïté rédactionnelle de l'article 2061 nouveau du Code civil relatif aux clauses compromissoires.

40. (recommandation) favoriser le développement d'instances de médiation et d'arbitrage des litiges.





### ANNEXE III

#### COMPARATIF DU STATUT DES BAUX COMMERCIAUX DANS CERTAINS PAYS D'EUROPE

Pays	Réglementation spécifique ?	Durée légale/Résiliation anticipée	Renouvellement/ Indemnité éviction	Loyer initial/ Révision/ Plafonnement	Sous location/Cession	Autres particularité(s)
<b>France</b>	Art. L 145-1 et s. du Code commerce.  D. n° 53-960 du 30 septembre 1953  Plusieurs dispositions d'ordre public.	9 ans minimum.  Tous les trois ans en principe.	Automatique, sinon versement d'une indemnité d'éviction par le bailleur.	Libre.  Révision triennale. Le plus souvent, selon l'indice INSEE du coût de la construction.  Plafonnement du loyer du bail renouvelé.	Sous-location interdite.  Cession autorisée sauf clause contraire.  La cession du bail avec le fonds de commerce ne peut être interdite.	
<b>Allemagne</b>	Non	Libre	Non  Non	Libre indexation automatique sur prix à la consommation pour baux > 10 ans.	Sous location libre.  Cession interdite. Cession du droit au bail inusuelle.	Contrôle du juge sur la re-facturation des charges au locataire.

Pays	Réglementation spécifique ?	Durée légale/Résiliation anticipée	Renouvellement/ Indemnité éviction	Loyer initial/ Révision/ Plafonnement	Sous location/Cession	Autres particularité(s)
<b>Belgique</b>	Loi du 30 avril 1951, modifiée.	9 ans minimum.	<p>Automatique pour trois périodes de 9 ans, sauf si le bailleur a reçu une meilleure offre d'un tiers ou reconstruction de l'immeuble.</p> <p>En l'absence de droit au renouvellement, paiement d'une indemnité proportionnelle au loyer (1 à 3 ans).</p>	<p>Libre</p> <p>Révision annuelle basée sur l'indice des prix à la consommation.</p>	<p>Sous-location libre.</p> <p>Cession libre.</p>	<p>Le statut des baux de la loi du 1951 ne s'applique qu'aux commerces de détail ou artisans directement en contact avec le public. Sont donc exclus les baux portant sur des bureaux administratifs ou des locaux de stockages.</p>
<b>Espagne</b>	<p>Loi du 24 novembre 1994 pour les baux conclus après 1995.</p> <p>Décret du 30 avril 1985 pour les baux conclus entre 1985 et 1994. Loi de 1964 pour les baux conclus avant mai 1985</p>	<p>Libre.</p> <p>Souvent 5 à 10 ans.</p>		<p>Libre.</p> <p>Révision conventionnelle. Pour les baux conclus avant 1995, la loi de 1994 a prévu un mécanisme de révision légale.</p>	<p>Sous-location et cession libres, sauf baux antérieurs à 1995. En cas de sous-location ou cession, le bailleur peut demander une augmentation de loyer de 10 à 20%.</p>	<p>Importance des dispositions transitoires.</p>

Pays	Réglementation spécifique ?	Durée légale/Résiliation anticipée	Renouvellement/ Indemnité éviction	Loyer initial/ Révision/ Plafonnement	Sous location/Cession	Autres particularité (s)
<b>Italie</b>	Loi n° 392 du 27 juillet 1978.	6 ans. 9 ans pour les hôtels.  Possible de prévoir contractuellement une résiliation à tout moment sous réserve de respecter un préavis d'au moins six mois.	Automatique pour la même durée sauf clause contraire avec un préavis d'un an (18 mois pour les hôtels) ou reprise pour exploiter ou reconstruction de l'immeuble.  A la fin du bail, versement d'une indemnité égale à un montant de 18 à 40 mois de loyers sauf si les locaux n'accueillent pas de clientèle.	Libre. Le jeu de l'indice de révision choisi par les parties ne doit pas entraîner une hausse du loyer supérieure à 75% de la variation de l'indice des prix à la consommation.	Sous-location interdite sauf clause contraire.  Cession interdite sauf clause contraire ou vente du fonds de commerce.	
<b>Pays-Bas</b>	Articles 7 : 290 et s. du Code civil néerlandais.	5 ans minimum.	Prorogation facultative pour 5 ans. A l'issue des 10 ans, durée indéfinie sauf résiliation justifiée par le besoin du bailleur d'utiliser les locaux pour y exploiter son activité commerciale.	Négociée. Indexation annuelle selon l'indice des prix à la consommation. Révision quinquennale du loyer et fixation selon la moyenne des valeurs locatives de locaux similaires durant les 5 dernières années.	Sous-location et cession interdites. Mais le preneur à bail de locaux à usage de commerce pour demander l'autorisation judiciaire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce (art 7 c.civ)	Statut impératif limité aux baux de commerce.

					néerlandais.	
Pays	Réglementation spécifique ?	Durée légale/Résiliation anticipée	Renouvellement/ Indemnité éviction	Loyer initial/ Révision/ Plafonnement	Sous location/Cession	Autres particularité(s)
<b>Royaume Uni</b>	<p>Un certain nombre de baux anciens sont soumis au « <i>Landlord ans Tenant Act 1954</i> »</p> <p>Le « <i>Code of Practice for Commercial Leases in England and Wales</i> » fait 23 recommandations concernant la pratique des baux commerciaux.</p>	<p>Libre.</p> <p>Souvent 5, 10 ou 15 ans.</p> <p>Historiquement, quelques baux de 20 ou 25 ans.</p>	<p>Automatique pour les baux soumis au « <i>Landlord ans Tenant Act 1954</i> » à condition que le bailleur n’ait pas demandé l’annulation du droit au renouvellement.</p>	Négociés.	<p>Sous-location et cession libres.</p> <p>Depuis le « <i>Landlord ans Tenant Act 1954</i> » entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996, le cédant est automatiquement libéré de toute obligation vis-à-vis du bailleur, sauf si le bailleur a exigé une garantie solidaire avec le cessionnaire (« <i>Authorised Guarantee Agreement</i> »).</p>	

## ANNEXE IV

### OBLIGATIONS FONDAMENTALES EN MATIERE DE REDACTION D'ACTE DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

Texte de base : Code de commerce articles L 141-1, L 141-2 & L 141-3

#### - I - LES ACTES CONCERNES

- \* La vente;
- \* L'apport en société ( attention à l'apport partiel d'actifs; au titre des actifs apportés, il peut y avoir un fonds de commerce);
- \* La promesse synallagmatique de vendre et d'acheter ("compromis"), fût-elle sous condition(s) suspensive(s);
- \* La promesse unilatérale d'achat;
- \* *La promesse unilatérale de vente n'est en principe pas concernée, sauf si les clauses contenues contraignent en fait le bénéficiaire à acheter (exemple d'un dédit très important); cela est laissé à l'appréciation des juges.*

*De même la Cour de cassation a décidé que toute somme qualifiée dans une telle promesse, d'arrhes ou d'acompte sur le prix, pouvait donner un caractère synallagmatique à la promesse : les énonciations prévues aux articles ci-dessus sont alors obligatoires.*

*Conseil : pour éviter tout problème en cas de requalification, respecter les énonciations obligatoires, même dans une promesse unilatérale.*

#### - II - SANCTIONS

Les sanctions diffèrent suivant qu'il s'agit d'omission ou d'inexactitude des mentions.

##### \*Omission

La sanction est la nullité.

Cette nullité est relative; elle est laissée à l'appréciation du juge du fond, car il ne s'agit pas d'une présomption légale de vice de consentement. Il s'agit ainsi d'une nullité facultative.

La charge de la preuve pèse sur le demandeur.

La prescription est d'un an à compter de la signature de l'acte. Ce délai préfix n'est pas susceptible de suspension. Au delà, le droit commun issu du Code civil s'applique (vices cachés ou dol).

**La responsabilité civile des rédacteurs est systématiquement retenue par la jurisprudence en cas d'omission.**

\* Inexactitude

L'article L 141-3 du Code de commerce renvoie aux articles 1644 & 1645 du Code civil "*nonobstant toute clause contraire*".

Les actions possibles sont : restitution du fonds contre restitution du prix ou garder le fonds contre restitution partielle du prix après expertise.

Des dommages et intérêts peuvent être décidés.

**S'il est retenu que le rédacteur (ou ses préposés) connaissait l'inexactitude, la jurisprudence est constante pour qu'il soit tenu solidairement responsable avec le vendeur.**

- III- LES ENONCIATIONS OBLIGATOIRES

Le Code de commerce (article L 141-1) impose au vendeur de donner à l'acquéreur les renseignements suivants :

\* 1 \* le nom du précédent vendeur et celui du cédant.

Il s'agit en fait du prédécesseur immédiat du vendeur.

\* 2 \* La date et la nature de l'acte d'acquisition. (*souvent complétées par la mention d'enregistrement, mais cela est facultatif*)

Ces renseignements sont remplacés par la date de création si tel est le cas.

La nature consiste à préciser si l'acte est authentique ou ssp. Il est habituel de donner le nom et la résidence du notaire.

Bien que non prévus par le texte, les mêmes renseignements sont à donner en cas de donation ou succession.

Enfin, il ne faut pas oublier que le fonds de commerce est un meuble par nature incorporel : en conséquence, la présomption de l'article 2279 du Code civil ne joue pas. Il faut analyser dans l'acte une origine trentenaire, ou depuis la création si le fonds n'a pas trente ans d'existence.

\* 3 \* Le prix de vente précédent avec sa ventilation (incorporels, matériel, marchandises)

\* 4 \* L'état des inscriptions grevant le fonds.

*A ce sujet plusieurs remarques :*

- *il faut être en possession de ces renseignements dès l'avant contrat (cf ci-dessus);*
- *compte-tenu de la prescription de dix ans concernant les inscriptions au greffe, il ne faut pas oublier de requérir ces renseignements du chef des précédents propriétaires pendant cette période;*
- *il est impératif de requérir un second état après une période de quinze jours de l'acte : en effet, les créanciers ont un délai de 15 jours pour inscrire leur sûreté !*



\* 5 \* Les chiffres d'affaires et bénéfices commerciaux réalisés au cours des trois dernières années d'exploitation (depuis la création ou la date d'acquisition si l'exploitation est inférieure à cette durée).

Cette obligation relève de la quadrature du cercle et il y a lieu d'être néanmoins précis. Il ne faut jamais perdre de vue que les avants-contrats sont concernés.

- Il s'agit des éléments réels et non d'une quelconque évaluation administrative ou d'un forfait.
- Si le fonds est loué, l'obligation demeure. Ce sont les chiffres du locataire et non les redevances qui doivent être indiqués. Si le locataire refuse de donner ces renseignements, la vente paraît compromise.
- L'absence de comptabilité ne décharge pas le vendeur : une estimation doit être faite.
- Le chiffre d'affaires doit être indiqué "hors taxes"; les bénéfices sont indiqués "nets" (et non "bruts").
- La période d'exploitation est calculée de quantième à quantième à partir du jour de la vente (ou de l'avant-contrat). C'est la grande difficulté, car, pour une vente en cours d'exercice, il est quasi impossible de donner ces renseignements.

*Les solutions pratiques possibles sont les suivantes :*

*Désormais, depuis un texte d'août 2005, il doit être soumis au visa de l'acquéreur, un tableau faisant ressortir les chiffres d'affaires mensuels réalisés depuis la clôture du dernier exercice. Il sera utile d'annexer ce tableau*

*Le bénéfice net n'est à l'évidence pas calculable dans des délais aussi courts : il est cependant impératif de l'estimer. Il faut ici résister à la tentation d'être optimiste! Comme le vendeur doit déclarer à l'administration fiscale ses bénéfices dans les 60 jours de sa cessation définitive, il peut être opportun en outre, de l'obliger dans l'acte à communiquer ces chiffres dès qu'ils seront en sa possession.*

*Par ailleurs, s'agissant d'une nullité facultative, le tribunal recherche si l'omission a pu vicier le consentement de l'acquéreur; une jurisprudence constante refuse la nullité si l'acquéreur a pu consulter les livres comptables et être averti suffisamment de la situation du fonds. Il faut, tant que faire se peut, se ménager la preuve que cette consultation préalable a pu être faite.*

*En cas de succursale, d'établissement secondaire ou de branche du fonds vendu(e) séparément, ces obligations s'imposent pour la seule partie vendue. Si la comptabilité est tenue globalement, il y a lieu d'obliger le vendeur à donner des estimations.*

**RAPPELS** : *l'acquéreur ne peut renoncer dans l'acte à invoquer la nullité en cas d'inexactitude; il s'agit pour la jurisprudence d'une clause non écrite.*

*La nullité entraîne restitution du prix et du fonds de commerce.*

\* 6 \* La durée et la date du bail, le nom et l'adresse du bailleur et des précédents locataires.

Ce sont les seules obligations résultant de la Loi, MAIS l'acquéreur pourrait fonder une action sur la garantie d'éviction et/ou engager la responsabilité du notaire pour défaut de conseil (non-renouvellement de bail par exemple). Il en résulte qu'il est plus que prudent et recommandé de



reprendre dans l'acte les principales obligations du contrat : loyer de départ et actuel, modalités de révision, destination des lieux, restrictions à la sous-location et la cession, copropriété, charge de l'impôt, etc.); la constatation d'une remise d'une copie de l'acte (et de ses renouvellements) est fortement recommandée.

\* 7 \* L'inventaire et le visa des livres de comptabilité

Sont visés, les livres comptables des trois dernières années(ici aussi de quantième à quantième), ainsi qu'un tableau donnant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la date de clôture du dernier exercice et la vente.

En pratique, il s'agira des livres des trois derniers exercices clôturés et ceux de l'exercice en cours. Ce visa a lieu le jour de la vente.

Ils sont en outre à la disposition de l'acquéreur pendant les trois années qui suivent l'entrée en jouissance.

Enfin, un inventaire des livres visés doit être établi pour être remis à chacune des parties le jour de la vente.

*A ce sujet quelques remarques :*

*Cette formalité s'applique à TOUS les livres existants, obligatoires ou non.*

*Elle naît dès l'avant-contrat.*

*Aucune sanction particulière n'est prévue. Seul semble devoir s'appliquer l'article 1184 du Code civil qui prévoit la possibilité de demander l'exécution de la formalité sous astreinte ou la résolution du contrat pour inexécution d'une obligation.*

CETTE LISTE A UN CARACTERE LIMITATIF.  
CES INDICATIONS DOIVENT FIGURER DANS L'ACTE ET NON EN ANNEXE.