

Revue

Lexbase Hebdo édition affaires n°396 du 2 octobre 2014

[Baux commerciaux] Événement

La doctrine examine la loi "Pinel" — Compte rendu de la réunion du 2 juin 2014 de la sous-commission Baux commerciaux du barreau de Paris

N° Lexbase : N3854BUB



par Vincent Téchené, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition affaires

La sous-commission "Baux commerciaux" de la Commission ouverte de droit immobilier du barreau de Paris tenait, le 2 juin 2014, sous la responsabilité de Maître Gilles Hittinger-Roux, Avocat à la cour, une réunion sur le thème "La doctrine examine la loi Pinel" (loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises N° Lexbase : L496713D), à laquelle sont intervenus Françoise Auque, Professeur émérite de l'Université de Lille 2, Avocate au barreau de Paris, Philippe-Hubert Brault, Avocat au barreau de Paris, Jehan-Denis Barbier, Avocat au barreau de Paris, co-responsable de la Commission ouverte de droit immobilier du barreau de Paris, Isabelle Rohard-Messenger, présidente de la 18ème chambre du TGI de Paris, Jean-Pierre Blatter, Avocat au barreau de Paris, André Jaquin, Avocat au barreau de Paris, Michel Cornaton, Expert près la cour d'appel de Paris, Président de la Compagnie nationale des experts de justice immobiliers et Jean-Marie Moyse, Avocat au barreau de Paris, co-responsable de la Commission ouverte de droit immobilier du barreau de Paris. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte rendu de cette réunion

– Intervention de Françoise Auque, Professeur émérite de l'Université de Lille 2, Avocate au barreau de Paris : les modifications apportées aux articles L. 145-15 et L. 145-16 du Code de commerce

Deux articles, qui ne modifient pas en profondeur le statut des baux commerciaux, risquent tout de même d'influer sur les pratiques contractuelles.

L'article L. 145-15 du Code de commerce (N° Lexbase : L5032I3R) prohibe les clauses qui tiennent en échec le droit au renouvellement ou un certain nombre de clauses contraires à certains textes du statut. L'article L. 145-16 (N° Lexbase : L5033I3S), quant à lui, interdit, dans son alinéa 1er, les clauses qui font échec à la cession du fonds de commerce, quand son alinéa 2 est relatif aux fusions et aux apports partiels d'actifs.

Dans le projet de loi d'origine, il n'était pas prévu de toucher à ces textes. C'est à l'occasion de la réécriture du projet du Gouvernement par la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale que ces deux dispositions ont été modifiées afin que les textes introduits dans le statut des baux commerciaux soient ou ne soient pas d'ordre public. Or, pour qu'un texte revête une telle qualification, il faut qu'il soit expressément d'ordre public et qu'il entre dans la liste de l'article L. 145-15. Allant plus loin que cette nécessité de rendre certains textes d'ordre public, le législateur a modifié les sanctions des clauses contraires à l'ordre public du statut des baux commerciaux : tout ce qui était avant sanctionné par la nullité est désormais réputé non écrit.

Parmi les nouvelles clauses illicites visées par l'article L. 145-15, on trouve désormais celles qui tiennent en échec l'obligation d'un état des lieux ou d'un inventaire. Il convient de relever que par volonté ou par oubli, le législateur a laissé de côté les clauses relatives au droit de préemption et de préférence du preneur en cas de vente de l'immeuble, ainsi que la disposition faisant obstacle à ce que le bailleur utilise sa garantie au-delà de trois ans après la cession du fonds.

En outre, lorsque le législateur a introduit les dispositions sur la fusion et l'apport partiel d'actifs, la scission de société n'était pas visée. La loi "Pinel" ajoute donc à l'article L. 145-16 l'apport partiel d'actif parmi les opérations qui entraînent la transmission du bail, ainsi que la transmission universelle de patrimoine. Il est logique que le bailleur ne puisse faire obstacle à ces restructurations de sociétés.

Ce qui est frappant c'est la volonté du législateur de renforcer la sanction. La nullité était la règle. Le réputé non écrit ne se retrouvait qu'au deuxième alinéa de l'article L. 145-16 qui disposait alors que en cas de fusion de sociétés ou d'apport d'une partie de l'actif d'une société la société issue de la fusion ou la société bénéficiaire de l'apport est, nonobstant toute stipulation contraire, substituée à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail.

Désormais, la règle est le réputé non écrit. Or les effets de cette sanction sont bien connus : il n'est pas possible pour celui contre lequel est invoquée l'illicéité de la clause de se retrancher derrière la courte prescription de deux ans du droit des baux commerciaux, qui permettait donc que des clauses illicites se perpétuent *ad vitam aeternam* dans des contrats de bail commercial. Cette modification a fait l'unanimité au sein du Parlement en vue d'assurer une protection efficace des preneurs contre les clauses illicites. La sanction du réputé non écrit ne concerne que les dispositions expressément visées par la loi ; elle n'a pas vocation à s'étendre en-dehors d'un texte législatif. La Cour de cassation a eu l'occasion d'exprimer dans un arrêt "La Poste" de 2008 (Cass. civ. 3, 23 janvier 2008, n° 06-19.129, FS-P+B+I N° Lexbase : A0926D43). Par ailleurs, il reste, dans le statut, des nullités, comme pour le congé ou la demande de renouvellement, ce qui est assez logique puisque le réputé non écrit ne peut concerner que des clauses et non des formalités quelconques.

Se pose la question de savoir si cette extension du réputé non écrit ne va pas remettre en cause la jurisprudence sur la requalification d'un contrat en bail commercial qui était soumise à la prescription de deux ans. On pourrait en effet songer à invoquer le réputé non écrit à la désignation dans l'acte d'une location-gérance alors qu'il s'agit d'un bail commercial, au motif que cette disposition tient en échec le droit au renouvellement.

L'une des questions centrales que les praticiens auront à traiter est l'application de la loi dans le temps, sur laquelle les avis sont partagés. S'il existe certains articles pour lesquels des dispositions transitoires sont édictées, ce n'est pas le cas des articles L. 145-15 et L. 145-16 du Code de commerce. Pour Françoise Auque, au regard des dispositions de l'article 2 du Code civil (N° Lexbase : L2227AB4) et de la jurisprudence rendue en application de ce texte, les clauses illicites, relevant des conditions de l'acte juridique, il ne peut pas y avoir application immédiate de la loi nouvelle ; c'est la loi ancienne qui doit s'appliquer. Mais cette dernière ne semble pouvoir s'appliquer que jusqu'au renouvellement du bail (cf., la jurisprudence sur le crédit à la consommation, selon laquelle les dispositions nouvelles doivent s'appliquer pour le renouvellement du contrat).

En ce qui concerne le réputé non écrit, la question de l'application de la loi dans le temps reste entière. En effet, si cette disposition ne semble pas protéger un ordre public impérieux justifiant l'application immédiate de la loi dans le temps, il est permis de douter que les magistrats décident que des clauses désormais réputées non écrites continuent à s'appliquer. Il est aussi possible de considérer qu'une telle sanction est un effet légal du contrat, lequel impose d'appliquer la loi nouvelle. Malgré ces éléments, l'interrogation reste entière.

– **Intervention de Philippe-Hubert Brault, Avocat au barreau de Paris : les paliers institués par la loi "Pinel"**

dans le cadre de la révision et du renouvellement du bail commercial.

Ces règles ne s'appliquent qu'aux contrats conclus ou renouvelés à compter du premier jour du troisième mois suivant la promulgation de la loi. Dans le cadre de mesures prises dans l'intérêt des commerçants placés dans l'obligation de payer d'importants arriérés de loyers, cette loi n'aura aucune incidence sur les instances en cours.

Le projet a été très évolutif et singulier. Il est curieux que les parlementaires n'aient pas tiré les conséquences qui s'imposaient du décret de juillet 1959 qui a été la première tentative de l'augmentation des loyers par paliers en révision et en renouvellement. Dans leur sagesse, les rédacteurs de ce décret avaient indiqué que les paliers semestriels de 20 % prenaient fin dès lors qu'une demande de révision était formulée ou à l'occasion du renouvellement du bail pour le cas où il s'agissait d'une révision prenant effet quelques années avant son échéance.

Tel n'est pas l'objet de la loi "Pinel" qui, en dépit des mises en garde, a maintenu contre vents et marée des plafonnements de 10 % s'appliquant dans des hypothèses et selon des modalités qui s'avèrent assez complexes à déterminer.

Les articles L. 145-38 (N° Lexbase : L5034I3T), L. 145-39 (N° Lexbase : L5037I3X) et L. 145-34 (N° Lexbase : L5035I3U) du Code de commerce ont un tronc commun : la nouvelle fixation en révision ou en renouvellement ne peut conduire à des augmentations supérieures pour une année à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente. Qu'est-ce que le loyer acquitté ? S'agit-il du loyer facturé par le bailleur, fut-il partiellement impayé par le preneur ou est-ce le loyer effectivement payé dans l'année précédant la demande de révision ou la date de prise d'effet du bail renouvelé comme c'est le cas dans l'acception courante selon les dictionnaires ? Si tel est le cas, cela ne peut qu'inciter les preneurs à différer au maximum le paiement du loyer, dès lors qu'un renouvellement arrive.

Dans le cadre de la révision triennale d'ordre public, plusieurs difficultés se posent. Il en est d'abord ainsi si le renouvellement lui-même avait fait l'objet du palier de 10 % dont on peut supposer que dans un certain nombre de cas ils ne seront pas venus à échéance dans les 3 ans qui viennent. Pour la première révision il n'y aura pas de difficulté majeure puisqu'elle peut être demandée trois ans après la prise d'effet du loyer renouvelé. Il reste à savoir d'ailleurs si elle ne sera pas mort-née dès lors que l'on ne voit pas comment elle pourrait prendre effet en cas de doublement du loyer, fut-elle recevable. Mais il y a plus grave : pour la seconde révision, la loi prévoit qu'elle ne peut être formée que trois ans au moins après que le nouveau prix soit réputé applicable. Or si le prix n'est pas applicable par l'effet de la loi en renouvellement, aucune seconde révision ne pourra jamais être formulée en cas d'augmentation importante du loyer en cours de bail du fait d'une révision éventuellement déplafonnée.

Ensuite dans un état normal de droit, tous les loyers révisés dans les termes de l'article L. 145-38 du Code de commerce pourront bénéficier, en cas de déplafonnement et uniquement dans cette hypothèse, des paliers de 10 %. Si la hausse du loyer qui découle du jeu de l'indice est supérieure à 10 %, il n'y pas de palier afin de rétablir une sorte d'égalité entre les locataires et les propriétaires mais c'est aussi l'une des questions qui ont totalement échappé aux rédacteurs de ces textes pour le moins singuliers.

Il reste, pour en terminer sur ce problème de révision, à étudier une hypothèse : le cas dans lequel est conclu un accord en révision qui aboutit à un loyer supérieur au loyer plafond et présentant une hausse bien entendu supérieure à 10 %. Le rédacteur d'acte ne fait-il pas directement référence à un motif de déplafonnement ? Ne faudra-t-il pas tenir compte du texte légal et de ces fameux paliers ou ne devra-t-il pas s'en affranchir et, dans l'affirmative, par quel moyen ? En ce qui concerne la seconde révision de l'article L. 145-39, le problème peut ne pas se poser puisque dès lors que le loyer a varié d'au moins 25 % par le jeu de la clause d'échelle mobile, il est possible de solliciter la révision du loyer et, si par le jeu de la valeur locative, l'augmentation qui en découle est supérieure à 10 %, les paliers vont s'appliquer.

Ce qui est plus inquiétant, c'est la fixation du loyer du bail renouvelé en raison même de l'évolution du texte tel qu'il découle du projet gouvernemental puis scindé en trois alinéas par l'Assemblée nationale, ensuite retravaillé par le Sénat qui avait proposé de retenir la valeur locative en général pour terminer par un accord plutôt étonnant. Ainsi, pour le rapporteur du projet à l'Assemblée nationale, M. Fabrice Verdier, *"la proposition de modification n° 14 conforte la rédaction du Sénat qui étend le lissage des augmentations de loyer aux baux de longue durée supérieurs à 9 ans. Elle vise explicitement les exceptions aux règles de plafonnement induites par une clause relative à la durée du bail. Faire référence à la valeur locative, souvent difficile à établir, fragiliserait ce dispositif"*. Or, ce dispositif est incomplet car dans le dernier état du texte, ne sont visées que deux exceptions :

— le déplafonnement découlant de la modification notable des éléments d'appréciations visés par les alinéas 1 à 4 de l'article L. 145-33 (N° Lexbase : L5761A19). Dans cette hypothèse lorsque la hausse est de 10 % il y aura effectivement lieu à palier d'augmentation par rapport aux prix payés l'année précédente ;

— le bail ayant une durée supérieure en 9 ans, qui est *de facto* déplafonné. Si le loyer augmente de plus de 10 %, le locataire bénéficiera des paliers successifs tels qu'ils sont calculés en fonction de chacun des alinéas ajoutés au texte.

Or, il existe une autre hypothèse que les parlementaires ont semble-t-il omise : celle du bail contracté pour 9 ans mais qui a duré au moins 12 ans et qui fait l'objet d'un alinéa qui précède celui ajouté par le nouveau texte. Il s'agit bien d'un cas de déplafonnement existant avant la loi "Pinel", mais doit-on considérer que le locataire bénéficiera de paliers de 10 % ? La réponse reste entière ; il appartiendra aux tribunaux de se prononcer sur la question.

En outre, un effet induit de la réforme doit être identifié : dès lors que le loyer qui aurait dû être payé en renouvellement sera majoré par le palier de 10 %, quel sera le loyer applicable par l'effet de la loi tel qu'il aurait été exigible et par quelle forme de péréquation va-t-on calculer le loyer qui va servir d'assiette de calcul au différentiel entre le prix de marché et le prix de base ?

– **Intervention de Jehan-Denis Barbier, Avocat au barreau de Paris, co-responsable de la Commission ouverte de droit immobilier du barreau de Paris et Isabelle Rohard-Messenger, présidente de la 18ème chambre du TGI de Paris : les charges**

En ce qui concerne les charges, la loi du 18 juin 2014 soulève de nombreuses interrogations et laisse persister des difficultés. La loi prévoit des modifications substantielles en ce qui concerne l'état des lieux, les charges et les impôts. Ce texte sera largement complété par un décret.

— L'état des lieux

La loi introduit un nouvel article L. 145-40-1 dans le Code de commerce (N° Lexbase : L4974I3M) qui prévoit l'obligation d'effectuer un inventaire lors de la prise de possession des locaux. Aux termes de ce texte : "*Lors de la prise de possession des locaux par le locataire en cas de conclusion d'un bail, de cession du droit au bail, de cession ou de mutation à titre gratuit du fonds et lors de la restitution des locaux, un état des lieux est établi contradictoirement et amiablement par le bailleur et le locataire ou par un tiers mandaté par eux. L'état des lieux est joint au contrat de location ou, à défaut, conservé par chacune des parties. Si l'état des lieux ne peut être établi dans les conditions prévues au premier alinéa, il est établi par un huissier de justice, sur l'initiative de la partie la plus diligente, à frais partagés par moitié entre le bailleur et le locataire.*

Le bailleur qui n'a pas fait toutes diligences pour la réalisation de l'état des lieux ne peut invoquer la présomption de l'article 1731 du Code civil (N° Lexbase : L1853ABA)".

S'agissant du champ d'application de ce texte, l'état des lieux est obligatoire, non seulement lors de la conclusion d'un bail mais également en cas de cession du droit au bail ou de cession du fonds de commerce ou de sa mutation à titre gratuit. Or, comme l'a relevé Maître Blatter dans son commentaire paru en février 2014 à l'AJDI, il peut exister des cessions du fonds de commerce sans que le bailleur n'intervienne et sans qu'aucun acte ne soit passé entre le bailleur et le cessionnaire du fonds. Comment dès lors, cela va-t-il s'organiser en pratique ? Que se passera-t-il en cas de décès d'un preneur personne physique ? Il faudra semble-t-il considérer qu'il s'agit d'un acte de mutation à titre gratuit, cas dans lequel il faudra veiller à dresser un inventaire, faute de quoi le bailleur ne pourra pas se prévaloir de la présomption de l'article 1731 du Code civil, ni d'ailleurs de l'état des lieux qui aurait été dressé lors de l'entrée dans les lieux.

Il est important de noter que le texte fait bien la distinction entre la conclusion du bail et la prise de possession des lieux loués, qui peuvent parfois être distants de plusieurs mois voire de plusieurs années (cf., Cass. civ. 3, 25 mars 2014, n° 13-11.322, F-D N° Lexbase : A2352MIX, avec une prise de possession 4 ans après la signature du bail sous condition suspensive).

Le texte prévoit également un état des lieux avec le locataire en cas de cession. Or, en cas de cession, le locataire en titre est le cédant puisque la cession est signifiée à la requête de ce dernier au propriétaire des lieux (C. civ., art. 1690 N° Lexbase : L1800ABB). Pourtant l'état des lieux est surtout intéressant pour le cessionnaire, nouveau preneur, de sorte qu'en pratique il faudra faire trois états des lieux : un pour l'ancien locataire, un pour le nouveau locataire et un pour le bailleur. En cas de cession du fonds de commerce le mécanisme sera identique.

Le texte vise enfin les mutations à titre gratuit, c'est-à-dire le transfert d'un droit d'une personne à une autre, notion plus large que la cession. On rappellera par exemple que la cession de droit indivis à un co-indivisaire n'est pas une cession ; elle est assimilée à un partage et n'a donc pas à être signifiée. La mutation à titre gratuit vise donc les partages et les successions en cas de décès du preneur.

En ce qui concerne la portée de cet article Charles-Edouard Brault avait écrit dans la Gazette du Palais qu'il s'agissait d'une disposition devant faciliter la résolution des conflits et qui aura pour effet de mettre fin aux malheureuses surprises de certains locataires découvrant en fin de contrat la présomption de l'article 1731 du Code civil.

Toutefois, l'état des lieux n'est pas toujours dans l'intérêt du locataire. Certes pour des bureaux ou en cas de réparation locative, il est parfois intéressant d'établir un état des lieux si les locaux ont été pris en mauvais état. Mais pour les commerces, l'intérêt est plus limité car dans la plupart des cas le locataire entrant dans les lieux détruit tout pour procéder à des aménagements. En outre, l'intérêt du locataire est souvent d'avoir un bail le plus vague possible en ce qui concerne la désignation des lieux afin que des modifications éventuelles ne puissent lui être reprochées. Les états des lieux vont donc être particulièrement intéressants pour les bailleurs sur lesquels repose la charge de la preuve des modifications qu'ils reprochent au preneur ; de même pour les questions de déplafonnement.

En outre, en cas de cession, l'établissement de l'état des lieux suppose-t-il que le propriétaire accepte le nouvel état du local à l'occasion de la cession, alors que selon une jurisprudence classique les cessions successives du bail commercial opèrent transmission des obligations en découlant au dernier titulaire du contrat qui devient débiteur envers le bailleur des dégradations causées par ses prédécesseurs ?

— Les charges

En ce qui concerne les charges, la loi est particulièrement innovante, puisqu'elle introduit un nouvel article L. 145-40-2 (N° Lexbase : L4976I3P) qui prévoit que *"tout contrat de location comporte un inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liés à ce bail, comportant l'indication de leur répartition entre le bailleur et le locataire. Cet inventaire donne lieu à un état récapitulatif annuel adressé par le bailleur au locataire dans un délai fixé par voie réglementaire. En cours de bail, le bailleur informe le locataire des charges, impôts, taxes et redevances nouveaux"*.

Si l'on comprend bien que, dans un souci de transparence, soit dressée une liste exhaustive des charges et impôts à la charge de chacune des parties, ce texte suscite néanmoins quelques interrogations.

Sur le contenu de l'inventaire, n'y a-t-il pas une contradiction à parler à la fois d'un inventaire "précis et limitatif" et d'autre part de "catégories" de charges, ce terme étant, semble-t-il, antinomique avec le caractère précis ? Quel sens dès lors donné au terme catégorie ?

Avant cette loi, il n'y avait pas de liste de charges récupérables dans le statut des baux commerciaux, de sorte que n'est dû par le locataire que ce qui est prévu par le contrat (ex. taxe d'enlèvement des ordures ménagères, TVA...). Actuellement dans les centres commerciaux mais aussi dans les centres villes, les baux mettent à la charge des locataires des charges totalement exorbitantes. C'est en réaction à ces baux, essentiellement dans les centres commerciaux, que semble avoir été édictée cette nouvelle disposition. C'est en ce sens qu'il faudra interpréter ce texte. Le terme "catégorie" fait peut-être référence à un classement des charges. Dans les négociations, le CNCC a produit sa propre nomenclature des charges à exclure des charges récupérables : les charges de fonctionnement des parties communes, les charges de fonctionnement des parties privatives, les investissements et les gros travaux.

Cette notion de catégories de charges peut aussi renvoyer à la jurisprudence de la Cour de cassation qui fait elle-même des distinctions entre les différentes charges : travaux et entretien de réparation, les rénovations, etc.. Quoiqu'il en soit sous le classement de chaque catégorie il faudra établir une liste précise de chaque poste de charge ; il ne suffira pas de renvoyer à une catégorie générale.

Le texte indique que l'inventaire des charges donne lieu à un état récapitulatif annuel adressé par le bailleur au locataire. Pourquoi le texte parle-t-il d'inventaire ; ne s'agit-il pas plutôt de l'état liquidatif annuel des charges ?

Dans l'esprit du législateur, il semble bien qu'il s'agisse de l'état de liquidatif annuel ; les charges récupérables listées dans le bail feront donc l'objet d'une liquidation annuelle comportant un récapitulatif précis et détaillé des sommes dues et des sommes payées par catégorie de charge.

Enfin dans le dernier alinéa, il est prévu que *"en cours de bail, le bailleur informe le locataire des charges, impôts, taxes et redevances nouveaux"*. Le bailleur pourra-t-il alors faire supporter au preneur des charges, impôts, taxes et redevances nouveaux, alors que la première phrase de ce même article précise bien, comme nous l'avons vu, que tout contrat de location comporte un inventaire précis et limitatif ? Dans quelles conditions le bailleur pourrait-il faire supporter des charges ou impôts nouveaux au preneur ? Les bailleurs ne seront-ils pas tenter d'interpréter ce texte comme étant la possibilité pour eux d'ajouter de façon unilatérale de nouvelles charges, impôts et taxes ?

C'est en effet une disposition assez curieuse. Les locataires demandaient de la clarification face à la pratique des centres commerciaux. Cette phrase semble donc s'interpréter comme une simple obligation d'information ; l'interpréter comme permettant au bailleur de mettre à la charge des locataires des nouvelles charges serait aller bien au-delà de l'intention du législateur.

Quid du sort des anciens baux qui ne comportaient pas d'inventaire précis et limitatif ; le bailleur pourrait-il annexer un inventaire ?

Cette question trouve sa réponse dans les dispositions sur l'application de la loi dans le temps : elle s'applique aux baux conclus ou renouvelés le premier jour du troisième mois suivant sa publication. Il ne semble donc pas possible de modifier le contrat. Le bailleur ne pourrait donc pas ajouter des clauses ou des charges, puisque le bail renouvelé s'applique aux clauses et conditions du bail expiré. Le décret d'application ne pourra pas non plus autoriser le bailleur à ajouter des clauses ou des charges. Les anciens baux resteront donc tels qu'ils ont été rédigés et l'obligation d'annexer une liste précise ne s'appliquera qu'aux nouveaux baux

Dans les ensembles immobiliers comportant plusieurs locataires le bailleur devra préciser la répartition des charges dues par les différents locataires occupant cet ensemble, cette répartition devant être opérée en fonction de la surface exploitée. Cette idée d'information du locataire ne peut être qu'approuvée là aussi dans un souci de transparence et de prévisibilité. Mais la complication vient du fait que l'intention du législateur était de viser les centres commerciaux, alors que le champ d'application du texte semble être beaucoup plus large. En visant les "ensembles immobiliers comportant plusieurs locataires", cette disposition s'applique-t-elle à toute copropriété ? A tout propriétaire qui a plusieurs locataires dans un même immeuble ?

Si le texte a été négocié pour les centres commerciaux, il semble rayonner bien au-delà et concerner toutes les copropriétés. Plusieurs lectures sont possibles. Tout d'abord, le texte étant spécifique aux baux commerciaux, le terme "locataires" ne viserait que les immeubles comportant plusieurs preneurs de baux commerciaux. Mais, en ne précisant pas qu'il s'agit de locataires de baux commerciaux, il pourrait être défendu que les immeubles comportant un seul bail commercial et des baux d'habitation pourraient être concernés par cette disposition. Cette dernière interprétation ne semble, toutefois, pas être la bonne au regard de l'intention du législateur.

Le texte vise la surface exploitée et non la surface louée. Faut-il en conclure que dans un immeuble comportant des locaux commerciaux et des locaux d'habitation, la répartition s'effectuerait entre les seuls preneurs de locaux commerciaux puisque seuls ceux-ci exploitent une surface ? Si cette solution peut, de prime abord, sembler absurde, une interprétation littérale du texte pourrait y conduire.

Il semble qu'il s'agisse d'une erreur de rédaction. En effet, il suffirait que le locataire cesse d'exploiter le local loué pour ne plus être redevable des charges. La surface exploitée doit donc être comprise comme étant la totalité de la surface louée.

Un décret est annoncé et comme Maître Charles-Edouard Brault l'a indiqué dans son article précité, il faut s'attendre à voir disparaître quelques postes de charges répercutées selon le contrat sur le locataire, dont probablement les honoraires de gestion qui sont par leur nature imputables au bailleur. On peut, de façon générale, penser à toutes les charges exorbitantes du droit commun.

Un texte proposé par les commerçants exclut les travaux concernant la structure et la solidité générale de l'immeuble, le remplacement des équipements et moyens d'exploitation mis à la disposition du locataire, la vétusté, les mises aux normes, les mesures prescrites par l'administration, les honoraires de gestion en les limitant à 5 %. Cette liste des charges récupérables devrait être âprement discutée par les représentants des deux parties.

— Sur l'application de la loi dans le temps

Les dispositions applicables à tous les renouvellements postérieurs à la loi sont celles relatives à l'état récapitulatif annuel, l'obligation d'information, l'obligation de fournir tous les 3 ans un état prévisionnel des travaux et, peut-être, toutes les dispositions concernant les clauses non écrites.

– **Intervention de Jean-Pierre Blatter, Avocat au barreau de Paris : modifications relatives aux articles L. 145-4, L. 145-5, L. 145-5-1 et L. 145-9 du Code de commerce**

— Modification de l'article L. 145-4 du Code de commerce (N° Lexbase : L5030I3P)

Concernant l'article L. 145-4, ce que la loi du 30 décembre 1985 a fait, la loi du 18 juin 2014 le défait. Cette loi avait ajouté les termes "*à défaut de convention contraire*" devant la faculté du locataire de donner congé à chaque

échéance triennale. C'est ainsi que sont nés les baux de durée ferme de 6 ans, 9 ans ou 12 ans, dans lesquels le locataire refuse de donner congé pour l'échéance triennale et s'engage donc pour une durée ferme. C'est aussi ainsi que sont nées les clauses contractuelles assortissant le congé triennal d'une indemnité financière versée par le locataire au propriétaire.

Dans une curieuse valse hésitation lors des débats devant l'Assemblée nationale, le texte avait été modifié afin de supprimer purement et simplement les termes "à défaut de convention contraire". Un premier amendement repoussé, visant à rétablir cette règle a été déposé ; puis un second amendement du député Grandguillaume entendait encadrer plus strictement la possibilité de convention contraire. C'est cette option qui se retrouve aujourd'hui dans l'article L. 145-4 du Code de commerce qui prévoit donc la possibilité de conventions contraires à la faculté de résiliation triennale dans quatre cas. Les trois premiers cas sont :

— les baux conclus pour une durée supérieure à neuf ans ;

— les baux des locaux construits en vue d'une seule utilisation, qui semblent correspondre aux locaux monovalents de l'article R. 145-10 (N° Lexbase : L0048HZS) ;

— les baux des locaux à usage exclusif de bureaux, qui visent les locaux de l'article R. 145-11 (N° Lexbase : L0049HZZ).

Le législateur semble avoir oublié les baux de terrains, qui comme les locaux monovalents et ceux à usage exclusif de bureaux disposent de règles spéciales.

La première difficulté que l'on identifie est celle relative à la qualification : dès lors que l'on souhaitera dans un bail faire renoncer le locataire à la faculté de donner congé aux échéances triennale, il faudra avoir implicitement ou explicitement qualifier les locaux.

La quatrième catégorie est plus singulière puisque sont visés les baux des locaux de stockage mentionnés au 3° du III de l'article 231 ter du Code général des impôts (N° Lexbase : L3966I3B), qui concerne la taxe annuelle sur les locaux à usage de bureaux, les locaux commerciaux, les locaux de stockage et les surfaces de stationnement perçue dans la région Ile-de-France. Ces locaux de stockage s'entendent des locaux ou aires couvertes destinés à l'entreposage de produits, de marchandises ou de biens et qui ne sont pas intégrés topographiquement à un établissement de production. Il s'agit donc plus simplement des locaux d'entreposage indépendants.

On peut se demander si ne sont concernés que les locaux d'entreposage en Ile-de-France dès lors que le texte du CGI n'est applicable qu'à cette région.

Une deuxième modification de l'article L. 145-4 est bienvenue. Le preneur ayant demandé à bénéficier de ses droits à la retraite ou ayant été admis au bénéfice d'une pension d'invalidité a la faculté de donner congé à tout moment. La loi "Pinel" étend cette possibilité à ses ayants droit en cas de décès du preneur.

— Modification de l'article L. 145-5 du Code de commerce (N° Lexbase : L5031I3Q)

La grande réforme des baux dérogatoires, annoncée et conforme à un rapport parlementaire de 2011, a été écartée par le Sénat.

En définitive, trois modifications sont intervenues :

— la durée du ou des baux est portée à 3 ans, de sorte qu'il est désormais possible de faire un bail dérogatoire de 3 ans ou de faire dans la durée de 3 ans, plusieurs baux dérogatoires successifs ;

— à l'expiration de cette durée, les parties ne peuvent plus conclure un nouveau bail dérogatoire pour exploiter le même fonds dans les mêmes locaux, de sorte qu'*a contrario*, les parties peuvent conclure un nouveau bail dérogatoire pour les mêmes locaux pour y exploiter un autre fonds de commerce ou conclure pour le même fonds un autre bail dérogatoire portant sur d'autres locaux ;

— sont insérés au deuxième alinéa, les termes "*et au plus tard à l'issue d'un délai d'un mois à compter de l'échéance*", de sorte que désormais, si, à l'expiration de cette durée, et au plus tard à l'issue d'un délai d'un mois à compter de l'échéance, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par les dispositions du présent de chapitre. Il semble s'agir d'un délai de réaction offert au propriétaire et qui écarte la jurisprudence de la Cour de cassation qui imposait que le congé soit impérativement donné au locataire avant l'expiration du bail dérogatoire si le propriétaire entendait y mettre fin et ne pas permettre au locataire de bénéficier du renouvellement dans le cadre du statut des baux commerciaux. Dès lors, désormais, que le propriétaire n'a

pas donné congé avant le terme du contrat, il aura encore la possibilité, au plus tard à l'issue du délai d'un mois, pour notifier au locataire, non pas un congé puisque le bail a pris fin en application de l'article 1737 du Code civil (N° Lexbase : L1859ABH), mais qu'il entend reprendre la disposition des lieux et ne pas se former un nouveau bail statutaire.

— Création de l'article L. 145-5-1 du Code de commerce (N° Lexbase : L4973I3L)

L'introduction d'un texte définissant la convention d'occupation précaire avait déjà été envisagée par la commission "Pelletier" en 2003.

Selon l'article L. 145-5-1 du Code de commerce, reprenant pour l'essentiel la jurisprudence de la Cour de cassation telle qu'elle ressort d'arrêts rendus en 2003, 2004 et 2009, *"n'est pas soumise au présent chapitre la convention d'occupation précaire qui se caractérise, quelle que soit sa durée, par le fait que l'occupation des lieux n'est autorisée qu'à raison de circonstances particulières indépendantes de la seule volonté des parties"*, le rapporteur au Sénat ayant observé que ces circonstances particulières peuvent ne pas être exclusives de la volonté des parties. Autrement dit, il peut s'agir d'éléments qui dépendent pour partie de la volonté des parties et pour partie d'une circonstance extérieure, telle qu'une autorisation de construire dans l'hypothèse où le locataire occuperait les lieux destinés à être démolis.

— Modification de l'article L. 145-9 du Code de commerce (N° Lexbase : L5043I38)

Est introduite la possibilité de donner congé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette nouveauté est très critiquée, y compris à la Cour de cassation. Le ministre défendant cette disposition a emporté la conviction des parlementaires en invoquant le fait qu'une lettre recommandée a un coût nettement inférieur à celui d'un acte d'huissier. Cette nouveauté est regrettable, notamment, parce qu'en cas d'erreur commise par l'huissier, il est possible de rechercher la responsabilité de ce dernier, comme dans une fameuse affaire où l'officier ministériel avait délivré une demande de congé au lieu d'une demande de renouvellement. Ce n'est pas une bonne modification et si véritablement le but de cette nouveauté était de faire faire des économies à ceux dont les intérêts voulaient être protégés par la loi, ce n'est pas le congé qu'il fallait permettre de délivrer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception mais plutôt la demande de renouvellement.

Ceci sera assurément une source de contentieux. Un manque de cohérence est à signaler concernant le congé de l'article L. 145-17 du Code de commerce (N° Lexbase : L5745AIM) qui prévoit une mise en demeure par acte extrajudiciaire.

– Intervention d'André Jaquin, Avocat au barreau de Paris : le droit de préemption du locataire

Ce sujet devrait théoriquement faire consensus. Mais le texte emporte finalement une certitude et des interrogations, voire des inquiétudes.

La certitude réside dans l'article 8 de la loi du 18 juin 2014 sur l'entrée en vigueur de cette disposition qui précise que les dispositions sur le droit de préemption du locataire s'applique à toute cession d'un local intervenant à compter du sixième mois qui suit la promulgation de la loi.

— Sur le champ d'application du texte

Le nouvel article L. 145-46-1 du Code de commerce (N° Lexbase : L4978I3R) prévoit que le droit de préemption s'applique pour un local à usage commercial ou artisanal. Si ce texte ne s'applique pas aux locaux à usage industriel, l'interrogation demeure pour les locaux à usage d'entrepôt logistique et les locaux à usage exclusif de bureaux.

Dans les travaux de la commission mixte paritaire, le sénateur Vaugrenard, rapporteur pour le Sénat, auquel il était demandé si le droit de préemption pouvait s'appliquer aux ventes de locaux groupés à un acquéreur unique, a répondu que *"certains investisseurs possèdent un portefeuille d'actifs immobiliers tertiaires, pouvant comporter des locaux commerciaux, situés dans des lieux différents. Or l'article 6 tel qu'il est rédigé interdit de céder globalement ce portefeuille à un autre investisseur sans purger un par un les droits de préférence existants. Toutes les ventes d'importance vont être bloquées ! Or, si un investisseur institutionnel ne peut pas vendre ses actifs, il risque de ne plus investir"*.

A la lecture de cette intervention, la commission mixte paritaire semble être passée complètement à côté du sujet, puisque sont abondamment mélangés les locaux commerciaux, les locaux artisanaux, les locaux tertiaires. Cette confusion ne pourra être tranchée que par les tribunaux qui devront donc déterminer le domaine d'application exact du droit de préemption du locataire.

— Les modalités de purge du droit de préemption

Le texte écarte totalement l'acte d'huissier de la procédure de préemption, qui a pourtant la vertu de la sécurité, puisqu'il est prévu que le propriétaire en informe le locataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou remise en main propre contre récépissé ou émargement.

La notification doit indiquer, à peine de nullité, le prix et les conditions de la vente envisagée.

Le délai pour accepter l'offre est d'un mois. Mais surtout il est prévu que la réalisation doit intervenir dans les deux mois à compter de la date d'envoi de la réponse au bailleur. Ce dernier délai semble totalement inadapté. En effet, pour réaliser un acte de vente, une déclaration d'intention d'aliéner est imposée, à laquelle la commune a exactement deux mois pour répondre ! A cela s'ajoute la sanction prévue par le texte : si, à l'expiration de ce délai, la vente n'a pas été réalisée, l'acceptation de l'offre de vente est sans effet. Peut-être serait-il intéressant de former un QPC sur cette disposition déconnectée de la réalité.

— La sanction du non-respect du droit de préemption

La vente passée en fraude des droits du locataire serait nulle. Mais ce texte n'est pas institué par l'article L. 145-15 comme texte d'ordre public. Se pose dès lors la question de savoir si l'on pourrait y déroger dans le contrat. Ou, est-ce à dire que la Cour de cassation va encore instituer une nouvelle disposition d'ordre public jurisprudentiel pour le droit de préemption du locataire compte tenu de l'importance de ce droit ?

— Le bénéficiaire du droit de préemption

Il est prévu que le bénéficiaire du droit de préemption est exclusivement le locataire. En sont donc exclues toutes les structures qui pourraient être constituées en vue de l'acquisition du bien, notamment les SCI, ce qui pose des difficultés notamment d'ordre fiscal

— Les exclusions

Le droit de préemption n'est pas applicable en cas de cession unique de plusieurs locaux d'un ensemble commercial. Sont donc ici exclus les centres commerciaux, ce qui est tout à fait compréhensible.

Il ne s'applique pas non plus en cas de cession d'un local commercial au copropriétaire d'un ensemble commercial.

Il n'est pas non plus applicable à la cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux.

Le droit de préemption est exclu en cas de cession d'un local au conjoint du bailleur, ou à un ascendant ou un descendant du bailleur ou de son conjoint. On remarquera que le PACS est laissé de côté par les rédacteurs du texte.

Enfin, le droit de préemption ne s'applique pas à la cession unique de locaux commerciaux distincts. En effet, dès lors qu'un institutionnel cède un portefeuille d'actifs immobiliers, il n'y aurait pas à purger le droit du locataire

Mais une brèche semble se manifester dans ce dispositif : dès lors qu'un bailleur vendrait deux locaux distincts au même acquéreur, le droit de préemption ne trouverait pas à s'appliquer.

Il est fort à parier que les notaires feront une interprétation extrêmement large du texte afin de couvrir leur responsabilité.

– **Intervention de Michel Cornaton, Expert près la cour d'appel de Paris, Président de la Compagnie nationale des experts de justice immobiliers : le droit au bail**

Le droit au bail risque d'être modifié assez largement si bien que se dessine un "avant Pinel" et un "après Pinel".

En matière de droit au bail, avant la loi du 18 juin 2014, lorsque le locataire recevait un congé avec refus de renouvellement et offre de paiement d'une indemnité d'éviction, l'expert qui devait déterminer la valeur du droit au bail avait d'abord à dire si le montant du loyer, dans l'hypothèse où le bail aurait été renouvelé, devait être plafonné ou si, au contraire, il était susceptible d'être déplafonné. Si le bail était plafonné, il suffisait d'effectuer une règle de trois pour obtenir le montant du loyer. Dans l'hypothèse inverse, il revenait alors à l'expert de déterminer la valeur locative de renouvellement et le différentiel entre ce chiffre et la valeur de marché qui permettait ensuite avec un coefficient multiplicateur de déterminer la valeur du droit au bail. Le coefficient multiplicateur, dans un premier temps, était financier de l'ordre de 6 ou 6,5. Par la suite, la prise en compte de l'emplacement, élément important de la

valeur du droit au bail, a imposé une nouvelle grille allant de 0 à un coefficient compris le plus souvent entre 4 et 10. Il pouvait, dans certains cas de figure, pour des emplacements parisiens exceptionnels, aller jusqu'à 12. Ce coefficient permettait de multiplier le différentiel obtenu et de déterminer la valeur du droit au bail.

Les articles L. 145-34, L. 145-38 et L. 145-39, dans leur rédaction issue de la loi du 18 juin 2014, n'emporteront pas de modification de la pratique en ce qui concerne la détermination de la valeur du droit au bail plafonné.

Si le loyer est déplafonné, le lissage c'est-à-dire en quelque sorte le plafonnement du déplafonnement, risque d'avoir une incidence sur la détermination du loyer à venir. La Compagnie nationale des experts de justice immobiliers ne s'est pas encore penchée sur la méthode à retenir mais les coefficients vont vraisemblablement augmenter. Le lissage par palier de 10 % annuel devrait en effet conduire les experts à appliquer des coefficients majorés. Cette loi va avoir pour effet principal d'accorder encore plus d'avantages aux locataires.

– Intervention de Jean-Marie Moyse, Avocat au barreau de Paris, co-responsable de la Commission ouverte de droit immobilier du barreau de Paris

Voici un texte présenté par le Gouvernement pour sauvegarder, développer, aider les PME.

En 1967, les révisions triennales de loyers sont plafonnées par l'indice avec le verrou de la modification des facteurs locaux de commercialité pour les augmentations supérieures à 10 % de la valeur locative. En 1972, le plafonnement du renouvellement du bail est institué (C. com., art. L. 145-34 N° Lexbase : [L5035I3U](#)) avec, comme pour les révisions, une soupape de sécurité qui sort de la valeur locative en cas de modification notable des éléments composants la valeur locative (C. com., art. L. 145-33 N° Lexbase : [L5761A19](#)). La valeur locative ne correspond pas à la valeur de marché ; il s'agit d'un cocktail de différentes valeurs qui n'atteindra jamais la valeur de marché. Après ces trois plafonnements, révision, renouvellement et valeur locative, sont donc désormais ajoutés les 10 % par rapport aux loyers acquittés l'année précédente.

En cas de cession d'un bail ou d'un fonds de commerce, la clause de garantie du cédant à l'égard du cessionnaire est fort classique. Désormais, il n'y aurait plus de discussion pour savoir si elle doit s'appliquer à la durée restant à courir ou même sur une prévision contractuelle au renouvellement qui suivra l'expiration du bail, puisque cette garantie est limitée par les textes à 3 ans. Le cédant est donc délivré de son engagement de garantie et en plus le cessionnaire bénéficie d'un droit de préemption sur l'immeuble en cas de cession, qui n'a pour effet que de compliquer toujours un peu plus les choses. Le locataire va-t-il en fin de compte se retrouver protégé par la loi "Pinel" ?

Les avantages exorbitants reconnus au locataire au titre des augmentations de loyers, des garanties de cession et des charges aura pour effet d'inciter les propriétaires à modifier leur comportement lors de la conclusion du bail, seul moment de liberté laissé au bailleur. Ainsi, les prix des loyers de départ, qui restent librement fixés par les parties, risquent de grimper énormément et d'accentuer le décalage entre les valeurs de marché et les valeurs locatives.

La seconde certitude que l'on peut avoir est la suivante. Soit les locaux loués sont situés dans des emplacements excellents et dans ce cas les bailleurs pourront difficilement refuser le renouvellement car il est à craindre que le fonds de commerce ou le droit au bail ait une valeur importante, imposant au bailleur de déboursier une somme importante pour évacuer son locataire et les effets néfastes de la loi "Pinel". Si, en revanche, les locaux sont situés dans des emplacements plus modestes avec une valeur du droit au bail peu élevée, la tactique, dans la mesure où le bailleur qui reloue à des conditions plus avantageuses peut déduire des revenus fonciers le montant de l'indemnité d'éviction versée, sera de refuser systématiquement le renouvellement, de payer l'indemnité d'éviction payée et faire entrer dans les locaux un nouveau locataire qui paiera un loyer plus important.

Le locataire va donc payer très cher les privilèges que lui donne la protection de cette nouvelle loi.

Il est à craindre que les buts poursuivis par le législateur ne soient ainsi jamais atteints... L'enfer n'est-il pas pavé de bonnes intentions ?