

COMMISSION OUVERTE **IMMOBILIER**

Co-responsables :
JEHAN-DENIS BARBIER ET JEAN-MARIE MOYSE



SOUS-COMMISSION BAUX COMMERCIAUX

Responsables : Jehan-Denis Barbier
et Gilles Hittinger-Roux

Mercredi 14 novembre 2012

Les clauses contractuelles face aux statuts des baux commerciaux

Intervenants :

L'actualité jurisprudentielle

Philippe-Hubert Brault, avocat à la Cour

Le bail espagnol à l'épreuve de la crise

Andrea Garcès, avocat à Barcelone

Les pièges des clauses d'indexation

Jean-Philippe Confino, avocat à la Cour

La médiation : sortie de crise ?

- Cadre légal : Marianne Lassner, médiateur
- Bien-fondé de la médiation : Fabrice Vert,
conseiller à la Cour

Valeur locative à la française : théorie ou réalité ?

Jean-Marie Moyse, avocat à la Cour, co-responsable
de la commission Immobilier

*Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase vous
proposent de retrouver un compte-rendu de cette réunion.*

Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°508 du 6 décembre 2012

[Baux commerciaux] Événement

Les clauses contractuelles face aux statuts des baux commerciaux — Compte-rendu de la réunion de la Commission de droit immobilier du barreau de Paris

N° Lexbase : N4754BTA



par Anne-Lise Lonné-Clément, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo
— édition privée

La sous-commission "Baux commerciaux" de la Commission ouverte de droit immobilier du barreau de Paris tenait, le 14 novembre 2012, sous la responsabilité de Gilles Hittinger-Roux, une réunion sur le thème "Les clauses contractuelles face aux statuts des baux commerciaux", à laquelle intervenaient Philippe-Hubert Brault, Jean-Marie Moyse et Jean-Philippe Confino, avocats à la Cour, Andrea Garcès, avocat à Barcelone, ainsi que Fabrice Vert, conseiller à la Cour et Marianne Lassner, médiateur. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

I — L'actualité jurisprudentielle (par Philippe-Hubert Brault, avocat à la Cour)

– Cass. civ. 3, 3 octobre 2012, n° 11-17.177, FS-P+B+R (N° Lexbase : [A9680ITP](#))

Sur la question soulevée par cet arrêt relative au point de départ des intérêts dus après fixation du loyer du bail renouvelé ou révisé, Philippe-Hubert Brault a tout d'abord rappelé la jurisprudence abondante et évolutive en la matière.

Dans un premier temps, la Cour de cassation avait estimé que les intérêts étaient dus à compter de la demande en justice. Cette jurisprudence se fondait sur l'article 1155 du Code civil (N° Lexbase : [L1257AB8](#)), qui concerne spécifiquement certaines dettes à caractère contractuel et notamment les loyers (Cass. civ. 3, 14 janvier 1964 ; et Cass. civ. 3, 20 mars 1969, n° 66-13.915 N° Lexbase : [A1638ATT](#)). Dans un deuxième temps, la Cour de cassation

avait opéré un revirement, estimant que les intérêts pouvaient courir à compter, rétroactivement, de la prise d'effet de la révision, ou de la prise d'effet du bail renouvelé, et ce au fur et à mesure des échéances mensuelles (cf., notamment, Cass. civ. 3, 23 mars 1988, n° 86-18.067 N° Lexbase : A7745AGX ; Cass. civ. 3, 30 janvier 1991, n° 89-19.981 N° Lexbase : A2810ABP ; Cass. civ. 3, 20 décembre 1995, n° 93-12.447 N° Lexbase : A8602AGP ; Cass. civ. 3, 16 septembre 2008, n° 07-17.159 N° Lexbase : A4038EAS). La mise en œuvre de cette jurisprudence avait suscité un certain nombre de réserves en doctrine (cf. étude de J. — D. Barbier, publiée dans Gaz. Pal., numéro spécial, 12-13 mars 2010), et quelques réticences de la part des juges du fond (en ce qui concerne les intérêts relatifs aux indemnités d'occupation dues par le locataire évincé qui peut prétendre au paiement d'une indemnité d'éviction en application de l'article L. 145-28 du Code de commerce (N° Lexbase : L5756AIZ), la cour d'appel de Paris s'était, en effet, prononcée à plusieurs reprises dans un sens opposé).

C'est ainsi que, dans un troisième temps, une nouvelle analyse a été proposée permettant de reporter le point de départ des intérêts dus, après fixation du loyer, au jour de la décision qui fixe le nouveau loyer.

C'est dans ces conditions qu'a été rendu l'arrêt du 3 octobre 2012. La Cour de cassation a retenu très explicitement que les intérêts au taux légal courent à compter de la demande, revenant ainsi à sa jurisprudence initiale.

Selon Philippe-Hubert Brault, cette solution n'est toutefois pas sans soulever quelques difficultés, ce pour deux raisons.

Tout d'abord, la décision se réfère à une demande, sans spécifier qu'il s'agit d'une demande en justice.

Ensuite, la Cour de cassation retient que "*les intérêts moratoires attachés aux loyers courent, en l'absence de convention contraire relative aux intérêts, du jour de la demande en fixation du nouveau loyer par le seul effet de la loi*". On peut alors s'interroger sur ce qu'il convient d'entendre par "convention contraire relative aux intérêts", s'agissant d'intérêts moratoires en principe assujettis au taux légal. Faut-il concevoir que ces intérêts ne courront peut-être qu'à compter d'une autre date choisie par les parties dans le contrat ? Peut-on encore imaginer que ce ne serait plus l'intérêt légal, mais des intérêts moratoires qui seraient fixés par la convention, qui pourraient s'appliquer ? La question de l'interprétation à donner à cette précision reste ouverte, selon Philippe-Hubert Brault.

– **Cass. civ. 3, 17 octobre 2012, n° 11-21.646, FS-P+B (N° Lexbase : A7162IUS)**

Si l'on sait que la notification du mémoire est interruptive de prescription, la computation du délai peut soulever quelques difficultés. Il ressort de l'arrêt rendu le 17 octobre 2012 par la Cour de cassation, que la notification du mémoire en fixation du loyer en renouvellement, avant l'expiration du délai de prescription de l'action en fixation de ce loyer, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'adresse du siège social du bailleur, même si elle a été retournée avec la mention "non réclamée", complétée ensuite (après délai) par la signification de ce mémoire au bailleur, interrompt ce délai de prescription.

Cette décision importante paraît se fonder exclusivement sur la lettre de l'article R. 145-26 du Code de commerce (N° Lexbase : L0056HZ4).

Philippe-Hubert Brault relève que cette décision revient à reconnaître explicitement le caractère statutaire de la procédure, car la solution adoptée par la Cour de cassation dans ce domaine vient en contradiction totale avec le Code de procédure civile, plus précisément avec ses articles 669 (N° Lexbase : L6846H7P) et 670 (N° Lexbase : L6848H7R), et la jurisprudence de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation relative à l'application de ces dispositions (cf. Cass. civ. 2, 9 juin 2005, n° 03-11.185, FS-P+B N° Lexbase : A6434DI7, retenant que seule la réitération par ministère d'huissier en conformité avec l'article 670 du Code est interruptive de prescription).

– **Cass. civ. 3, 3 octobre 2012, n° 11-21.108, FS-P+B (N° Lexbase : A9645ITE)**

En matière de charges récupérables, l'arrêt rendu le 3 octobre 2012 se situe dans la lignée de l'arrêt rendu le 13 juin 2012, par lequel la Cour de cassation avait estimé que s'agissant d'un bail commercial, la taxe d'enlèvement des ordures ménagères ne peut être mise à la charge du preneur, qu'en vertu d'une stipulation contractuelle, ce qui implique une stipulation explicite (Cass. civ. 3, 13 juin 2012, n° 11-17.114, FS-P+B N° Lexbase : A8900INX).

Il faut, en effet, rappeler que le bail commercial ne fait l'objet d'aucune réglementation concernant les charges, et qu'il faut apprécier les obligations de chacun au regard des stipulations du bail.

Dans son arrêt du 3 octobre 2012, la Cour de cassation retient que, dans le silence du bail, il ne peut pas être procédé par assimilation avec la législation applicable aux baux d'habitation (en l'occurrence le décret n° 87-713 du 26 août 1987 N° Lexbase : L9706A9D).

La cour d'appel avait estimé que dès l'instant où le locataire bénéficiait du chauffage central dispensé pour l'ensemble de l'immeuble, même dans le silence du bail, ces charges étaient récupérables quand bien même il ne l'utilisait pas le chauffage, dès lors qu'il s'agissait d'une prestation récupérable pour tous les baux d'habitation compris dans l'immeuble.

Mais l'arrêt est censuré par la Haute juridiction que précise que "*le décret du 26 août 1987 ne peut être appliqué à un bail commercial qu'à la condition que les parties soient convenues de lui soumettre la détermination des charges locatives*".

– **Cass. civ. 3, 17 octobre 2012, n° 11-22.920, FS-P+B (N° Lexbase : A7178IUE)**

L'arrêt rendu le 17 octobre 2012 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation concerne le point de départ de l'action en paiement de l'indemnité d'occupation due par le locataire évincé qui fait valoir son droit à une indemnité d'éviction.

Il faut savoir que, dès lors que le fondement de cette indemnité est inclus dans le statut des baux commerciaux (C. com., art. L. 145-28), la fixation de celle-ci et son recouvrement est assujéti à la prescription biennale (C. com., art. L. 145-60 N° Lexbase : L8519AID). Il est admis depuis longtemps que, lorsque le principe du droit à indemnité d'éviction est contesté, la prescription ne peut courir.

La décision du 17 octobre 2012 soulevait un problème procédural singulier. Dans cette affaire, les incidents de paiement de l'indemnité d'occupation par le preneur occupant les locaux dans l'attente du règlement de l'indemnité d'éviction soulevaient la question de la déchéance au droit du preneur à l'indemnité d'éviction.

La Cour de cassation estime que "*le délai de prescription de l'action en paiement de l'indemnité d'occupation fondée sur l'article L. 145-28 du Code de commerce ne peut commencer à courir avant le jour où est définitivement consacré, dans son principe, le droit du locataire au bénéfice d'une indemnité d'éviction*".

– **CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 31 octobre 2012, n° 11/01 173 (N° Lexbase : A2674IWX)**

Dans cet arrêt rendu le 31 octobre 2012, la cour d'appel de Paris retient que les indices applicables en matière de révision triennale sont exclusivement l'indice du trimestre au cours duquel le bail a pris effet, et l'indice du trimestre au cours duquel la demande de révision a été notifiée ; autrement dit, toute autre référence contractuelle est totalement invalide.

– **CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 12 septembre 2012, n° 10/15 659 (N° Lexbase : A5065ISE)**

Aux termes de l'article L. 145-57 du Code de commerce, "*pendant la durée de l'instance relative à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, le locataire est tenu de continuer à payer les loyers échus au prix ancien ou, le cas échéant, au prix qui peut, en tout état de cause, être fixé à titre provisionnel par la juridiction saisie, sauf compte à faire entre le bailleur et le preneur, après fixation définitive du prix du loyer.*"

Dans le délai d'un mois qui suit la signification de la décision définitive, les parties dressent un nouveau bail dans les conditions fixées judiciairement, à moins que le locataire renonce au renouvellement ou que le bailleur refuse celui-ci, à charge de celle des parties qui a manifesté son désaccord de supporter tous les frais. Faute par le bailleur d'avoir envoyé dans ce délai à la signature du preneur le projet de bail conforme à la décision susvisée ou, faute d'accord dans le mois de cet envoi, l'ordonnance ou l'arrêt fixant le prix ou les conditions du nouveau bail vaut bail".

Il est admis depuis très longtemps que le droit d'option du bailleur peut être exercé à tout moment postérieurement à l'acceptation du renouvellement par le locataire. Aussi, le droit d'option du bailleur peut être exercé antérieurement à la saisine du tribunal, pendant la procédure ou l'expertise subséquente, et *a fortiori* pendant la procédure dont la cour est saisie.

Dans son arrêt rendu le 12 septembre 2012, la cour d'appel de Paris a été amenée à se prononcer sur ce qu'il fallait entendre s'agissant du "*délai d'un mois qui suit la signification de la décision définitive*". Une décision définitive signifie-t-elle une décision irrévocable, ou un jugement passé en force de chose jugée ?

D'une façon générale, il était admis que l'exercice du droit d'option était possible à n'importe quel moment de la procédure jusqu'à ce que la décision soit rendue, et dans le délai prévu, soit le délai d'un mois consécutif à la signification de l'arrêt. La cour d'appel de Paris modifie, ici, radicalement sa jurisprudence en estimant que, si le droit d'option peut être exercé dans le délai d'un mois après signification du jugement par l'une ou l'autre des parties, en cas d'appel, il faut attendre que l'arrêt soit rendu pour exercer à nouveau le droit d'option.

II — Les pièges de l'indexation (par Jean-Philippe Confino, avocat à la Cour)

Le mécanisme de l'indexation peut révéler des pièges à plusieurs titres : les pièges découlant d'une méconnaissance des principes essentiels de l'indexation ; et les pièges relevant de la pratique des baux commerciaux.

1. Les pièges découlant des principes essentiels applicables à l'indexation (ou comment éviter les principaux pièges à partir de la définition même d'une clause d'indexation)

Le législateur s'étant abstenu de définir la clause d'indexation, Jean-Philippe Confino propose de retenir la définition selon laquelle l'indexation est un mécanisme contractuel permettant l'évolution automatique du loyer en cours d'exécution du bail selon une périodicité établie librement entre les parties, à raison du temps qui s'écoule, et selon la variation d'un indice de référence conforme aux exigences légales (définition inspirée d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Fort-de-France : CA Fort-de-France, chambre civile, 27 mars 2009 : *"la clause d'échelle mobile est une clause d'indexation automatique du loyer fondée sur la variation d'un indice selon une périodicité déterminée dans le contrat et qu'il faut donc le cumul d'un indice, d'une périodicité et d'une automaticité"*).

Cette définition repose sur trois différents critères.

1.1. Un indice licite

Les parties choisissent librement l'indice économique professionnel sur lequel elles entendent indexer le loyer. Pour autant, cet indice doit être conforme aux exigences légales. Il convient alors de se référer à l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L3110IQA) qui pose l'interdiction des indexations sur les salaires et sur les prix, ainsi que l'exigence d'une relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties.

En matière de baux, commerciaux il existe trois indices que la loi présume comme étant licites : l'ICC (indice du coût de la construction), l'ILC (indice des loyers commerciaux) et l'ILAT (indice des loyers des activités tertiaires).

Jean-Philippe Confino relève un premier danger pouvant résulter du choix d'un indice illicite, ce qui entraîne alors la nullité absolue de la clause d'indexation (cf. Cass. com., 3 novembre 1988, n° 87-10.043 N° Lexbase : A8849AAY, Bull. civ. IV, 1988, n° 287). A noter, toutefois, un arrêt dissident rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, ayant admis la possibilité de substitution par le juge de l'indice annulé par un indice admis par la loi (Cass. civ. 3, 22 juillet 1987, n° 84-10.548 N° Lexbase : A7675AGD, Bull. civ. III, 1987, n° 151).

1.2. La périodicité et le temps qui s'écoule

La périodicité représente le rythme auquel se fait l'indexation. Si le rythme est libre, il faut toutefois veiller à ce que les indices chronologiques pris en compte reflètent bien le temps qui s'écoule.

L'article L. 112-1 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L5471ICM) prévoit ainsi qu'*"est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision"*. En effet, en période de hausse des indices, cela aboutirait à une hausse artificielle du loyer.

En cas de non-respect de cette condition, la sanction est lourde puisque la clause est alors réputée non écrite, ce qui implique, tout d'abord, de revenir au loyer d'origine sans indexation. Cela suppose, ensuite, la restitution par le bailleur des loyers perçus en vertu de l'indexation. A cet égard le TGI de Paris a récemment indiqué que si l'action est imprescriptible, l'action en répétition de l'indû ne peut être admise que dans la limite de cinq ans. Cette solution est toutefois contestée par une grande partie de la doctrine qui considère que, le texte relevant de l'ordre public de direction, il convient de remettre les parties dans l'état dans lequel elles se seraient trouvées en l'absence de clause (TGI Paris 18ème ch., 2ème sect., 1er décembre 2011).

Jean-Philippe Confino a, par ailleurs, évoqué le danger des clauses avec indice de base fixe. Les clauses avec indice de base fixe consistent à calculer l'indexation de la façon suivante :

Loyer indexé = Loyer d'origine x (nouvel indice/indice de base du loyer d'origine)

On voit que cette clause aboutit inmanquablement à ce que la durée de variation indiciaire soit supérieure au temps qui s'est écoulé entre deux indexations. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a, d'abord, considéré de telles clauses comme étant illicites et devant être réputées non écrites (TGI Paris 18ème ch., 1ère sect., 5 janvier 2010 ; TGI St Pierre de la Réunion, 18 mars 2011).

Les calculs mathématiques démontrent toutefois que le résultat d'une indexation avec indice de base fixe est rigou-

reusement le même qu'avec un indice de base variable.

C'est ainsi que les juges, faisant preuve de pragmatisme, sont revenus sur leur jurisprudence, estimant que la sanction était certainement un peu lourde à l'égard du bailleur, en l'absence de tout effet pratique (TGI Paris, 18ème ch., sect. 2, 7 mai 2010 ; TGI Paris 18ème ch., sect. 2, 13 janvier 2011 ; TGI Paris, 18ème ch., sect. 1, 8 novembre 2011 ; TGI Paris, 18ème ch., sect. 2, 1er décembre 2011 ; CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 4 avril 2012, n° 10/23 391 N° Lexbase : A1653II3 ; CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 4 avril 2012, n° 10/13 623 N° Lexbase : A6366IHA ; CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 11 avril 2012, n° 2009/24 676 N° Lexbase : A3680II7 ; CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 12 septembre 2012, n° 10/19 195 N° Lexbase : A5507ISR). Les juges considèrent désormais qu'il ne convient de censurer que les stipulations entraînant une distorsion effective entre le loyer tel qu'il aurait dû être facturé et le loyer tel qu'il a été effectivement perçu.

1.3. L'automatisme

Jean-Philippe Confino a relevé un dernier piège en considérant, par exemple, un bail avec une clause d'indexation dite triennale ; s'il n'est pas stipulé expressément que le loyer devra varier automatiquement de plein droit, il existe un risque très important de requalification de la clause en simple clause de style, renvoyant aux règles de la révision légale. En effet, la révision légale a lieu tous les trois ans, mais n'est pas automatique.

2. Les pièges résultant de la pratique de l'indexation en matière de baux commerciaux

Maître Confino a énuméré un certain nombre de pièges à éviter.

— Le piège "du 1er janvier"

L'indexation est fréquemment stipulée comme ayant lieu au 1er janvier. Il convient alors de veiller à ce que la durée de variation indiciaire ne soit pas supérieure au temps qui s'est réellement écoulé.

— Le piège des baux à effet différé

Un bail à effet différé est un bail par lequel la prise d'effet n'a pas lieu à la signature, même rétroactivement, mais quelques mois, voire quelques années plus tard (en cas de construction de l'immeuble par exemple). Les parties partent du principe que le loyer devra être réévalué au moment de la prise d'effet du bail, ce par application d'une clause d'indexation.

Mais l'application d'une clause d'indexation à un loyer n'ayant pas commencé à courir implique une violation de l'article L. 112-1 précité. Il convient alors de prévoir deux clauses : une clause d'indexation normale, et une clause d'actualisation distincte (sorte de modalité de détermination du prix du loyer d'origine), en prenant soin de choisir un indice différent.

C'est ainsi que la cour d'appel de Paris a retenu, dans un arrêt rendu le 1er février 2012, qu'"une clause d'actualisation ne se confond pas avec la clause d'indexation" (CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 1er février 2012, n° 10/00 319 N° Lexbase : 7083IBX).

— Les modifications du loyer en cours de bail

Jean-Philippe Confino a relevé, à cet égard, une décision intéressante rendue par la cour d'appel de Paris, considérant que "*en présence d'un événement affectant le loyer, révision légale ou conventionnelle, les parties doivent adapter le contrat par avenant en prévoyant la référence à un nouvel indice de façon à éviter toute distorsion, qui serait contraire à l'article L. 112-1*" (CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 4 avril 2012 n° 10/23 391, préc.).

Se pose la question de savoir si le juge pourrait aider les parties à sortir de cette impasse ; on peut se référer alors à l'article R. 145-22 du Code de commerce (N° Lexbase : L0052HZX), qui dispose que "*Le juge adapte le jeu de l'échelle mobile à la valeur locative au jour de la demande*". Selon Jean-Philippe Confino, pourquoi ne pas considérer que le juge pourrait adapter le jeu de l'échelle mobile lorsqu'il fixe un loyer révisé, en cas de demande en ce sens ?

— Les pièges découlant des aménagements conventionnels de l'indexation

Maître Confino s'est ici penché sur l'exemple des clauses d'indexation ne jouant qu'à la hausse. Autrement dit, l'application de ce type de clause conduit au maintien du loyer en cas de baisse de la valeur de l'indice.

Il faut savoir que ce type de clause est aujourd'hui remis en cause par une partie de la doctrine, sur un certain

nombre de fondements.

Dans un arrêt rendu le 21 janvier 2010, la cour d'appel de Douai a considéré ce type de clause comme étant licite, car conforme à la liberté contractuelle (CA Douai, 21 janvier 2010, 2ème ch., sect. 2, 21 janvier 2010, n° 08/08 568 N° Lexbase : A2518ETG : "*l'indexation [...] uniquement à la hausse, est licite*").

Une grande partie de la doctrine considère cependant, sur le fondement de l'article L. 145-39 du Code de commerce, aux termes duquel "*la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire*", que si la loi prévoit la possibilité de jouer à la baisse, une telle clause serait contraire à ces dispositions. Ce raisonnement a été retenu par le TGI de Grasse, dans une décision rendue le 5 avril 2011 (retenant une telle clause illicite comme contraire à l'article L. 145-39 du Code de commerce (N° Lexbase : L5767AIG) et à l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier N° Lexbase : L54711CM).

Selon Jean-Philippe Confino, là encore, les juges devraient faire preuve de pragmatisme pour sanctionner les clauses aboutissant à des résultats aberrants.

En conclusion, la prudence devrait conduire les conseils des bailleurs à ne pas chercher à trop faire preuve d'innovation en la matière.

III — La valeur locative à la française : théorie ou réalité ? (par Jean-Marie Moyses, avocat à la Cour)

Maître Moyses a procédé, dans un premier temps, à un rappel historique et sociologique des origines de la valeur locative.

La première réglementation, issue de la loi du 30 juin 1926, avait pour objet la protection du locataire à travers la propriété de son fonds de commerce. Cette protection, qui visait les boutiquiers, s'exerçait doublement, à travers, d'une part, l'indemnisation du locataire pour le préjudice subi en cas de refus de renouvellement du bail, d'autre part l'interdiction faite au bailleur de toute entrave à la cession du fonds et du bail au profit d'un successeur. C'est ainsi que la loi du 30 juin 1926 constitue le fondement de la propriété commerciale.

Le législateur n'a pas souhaité protéger le bail en tant que tel mais le fonds de commerce, c'est-à-dire l'universalité constituée par le bail, la clientèle, les stocks, l'enseigne, etc..

Le bail revêtait, à l'époque, pour les boutiquiers, un intérêt tout particulier, en tant qu'il constituait la garantie de l'emplacement, et que le fonds ne pouvait exister sans le local dans lequel il était exploité.

Cette protection du locataire a eu pour corollaire, dans la loi de 1926, la reconnaissance au profit du bailleur de la possibilité légale de demander une révision triennale du loyer fixé librement et sans plafonnement

Les parties en présence, à l'époque, propriétaires fonciers importants et commerçants de détail, ont vu leurs rapports s'équilibrer, le locataire se trouvant protégé dans la pérennité de son occupation, lors d'un renouvellement ou de la cession de son fonds, le bailleur se voyant accorder la possibilité de réviser le loyer en cours de bail, ce sans plafonnement mais sous le contrôle du juge.

Mais force est de constater que les grands propriétaires fonciers n'existent plus de nos jours, et que les petits commerçants, remplacés en grande partie par les grandes enseignes, n'existent plus que dans certaines rues à forte commercialité. Les acteurs sont donc aujourd'hui le plus souvent des professionnels bien conseillés, sachant négocier leurs rapports locatifs au mieux de leurs intérêts réciproques. Autrement dit, le déséquilibre n'existe plus aujourd'hui.

Le statut des boutiquiers s'est ainsi trouvé progressivement étendu à de nouveaux acteurs tels que les bureaux, les locaux monovalents, les cliniques, les centres commerciaux, etc., la réglementation générale faisant l'objet d'une simple adaptation.

Compte tenu de la multiplication des procédures judiciaires tendant à la fixation du loyer, les lois du 12 mai 1965 et du 16 juillet 1971 ont introduit le plafonnement, les révisions triennales étant plafonnées par la variation d'un indice, et les révisions lors du renouvellement se trouvant plafonnées par la variation d'un indice pour les baux de l'article L. 145-34 du Code de commerce (N° Lexbase : L5732IS4).

Aussi, à travers le plafonnement, apparaît le phénomène selon lequel il existe ainsi un décalage entre le loyer contractuel dû et la valeur locative applicable, différente de la valeur de marché. Ce décalage constitue une perte de recettes pour le bailleur, et un confort pour le preneur.

Le problème vient du fait que la valeur locative, définie par le législateur, est distincte de la valeur de marché, laquelle constitue seulement un des cinq éléments pris en compte dans sa détermination. En effet, l'article L. 145-33 du Code de commerce (N° Lexbase : L5761AI9) prévoit que *"le montant des loyers des baux renouvelés ou révisés doit correspondre à la valeur locative. A défaut d'accord, cette valeur est déterminée d'après : les caractéristiques du local considéré ; la destination des lieux ; les obligations respectives des parties ; les facteurs locaux de commercialité ; les prix couramment pratiqués dans le voisinage"*.

L'article L. 145-34 du Code de commerce prévoit un deuxième type de plafonnement que *"à moins d'une modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33, le taux de variation du loyer applicable lors de la prise d'effet du bail à renouveler, si sa durée n'est pas supérieure à neuf ans, ne peut excéder la variation, intervenue depuis la fixation initiale du loyer du bail expiré, de l'indice national trimestriel mesurant le coût de la construction ou, s'ils sont applicables, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier, publiés par l'Institut national de la statistique et des études économiques. A défaut de clause contractuelle fixant le trimestre de référence de cet indice, il y a lieu de prendre en compte la variation de l'indice national trimestriel mesurant le coût de la construction ou, s'ils sont applicables, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires, calculée sur la période de neuf ans antérieure au dernier indice publié."*

En cas de renouvellement postérieur à la date initialement prévue d'expiration du bail, cette variation est calculée à partir du dernier indice publié, pour une période d'une durée égale à celle qui s'est écoulée entre la date initiale du bail et la date de son renouvellement effectif.

Les dispositions de l'alinéa ci-dessus ne sont plus applicables lorsque, par l'effet d'une tacite prolongation, la durée du bail excède douze ans".

C'est ainsi qu'un troisième plafonnement résulte de la valeur locative elle-même. En effet, selon les régions, la valeur locative correspond à 50 ou 80 % de la valeur de marché.

Par ailleurs, il faut savoir que depuis l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 20 mai 1980, dans l'hypothèse où la valeur marchande du fonds serait inférieure à celle du droit au bail, l'indemnité d'éviction devra être fixée à cette valeur (Cass. civ. 3, 20 mai 1980, n° 78-16.116 N° Lexbase : A7379AGE). Ainsi, un fonds de commerce sans aucune valeur vaudra au moins la valeur du droit au bail.

Il en résulte que le différentiel de loyer entre la valeur locative et le loyer contractuel, créé par le jeu du plafonnement à trois reprises, constitue un enrichissement du locataire dans la mesure où il va entrer dans la négociation lorsqu'il va céder son fonds. La loi a enrichi le preneur sans aucun effort de sa part.

De son côté, le bailleur se retrouve doublement pénalisé par les jeux du plafonnement. D'une part, le plafonnement du loyer entraîne une diminution du rendement locatif de même que l'écart entre le loyer de marché et la valeur locative. D'autre part, lors du refus de renouvellement du bail, même si le fonds n'a aucune valeur marchande, l'indemnité d'éviction sera calculée sur le différentiel de loyer par comparaison entre le loyer contractuel plafonné et la valeur locative, ou même le loyer de marché. Le bailleur sera ainsi tenu au paiement d'une indemnité d'autant plus élevée que le rendement plafonné est faible.

Le différentiel de loyer est donc vendu par le locataire en plus du prix de son fonds ; il se trouve enrichi par le seul jeu du plafonnement de son loyer lors des révisions triennales et lors du renouvellement.

La valeur de l'immeuble passe également dans le patrimoine du locataire. En effet, lors de la vente des murs par le bailleur, l'acquéreur déduira le montant de l'indemnité d'éviction nécessaire au rétablissement du rendement locatif.

Il apparaît donc que toute diminution du rendement locatif, provoque l'enrichissement du preneur, la perte de valeur de l'immeuble, et l'appauvrissement du bailleur.

Selon Jean-Marie Moyse, la suppression du plafonnement du loyer lors de sa révision demeure l'unique solution au problème ainsi soulevé.

S'agissant des locaux monovalents (hôtels, cinémas, garages, cliniques, etc.), la situation est du bailleur est encore plus grave en raison de la méthode d'évaluation utilisée ; le rendement locatif est égal, au mieux, au tiers de celui des locaux loués à usage d'habitation.

En conclusion, Maître Moyse a ainsi invité ses confrères à soulever autant de questions prioritaires de constitution-

nalité, eu égard à la violation du droit de propriété : le plafonnement des révisions de loyer ; la valeur locative, entrave au droit de jouissance du bailleur ; l'indemnité d'éviction et la perte de valeur de l'immeuble sans indemnisation du bailleur ; le différentiel de loyer constitutif d'une expropriation sans indemnité, etc..

IV — Le bail espagnol à l'épreuve de la crise (par Andrea Garcès, avocat à Barcelone)

Andrea Garcès a commencé par un rappel de l'évolution de la législation espagnole en matière de baux commerciaux. La loi des baux urbains de 1964 révélait un certain déséquilibre entre les droits du propriétaire et ceux des locataires.

Cette loi établissait un régime favorable aux locataires, lesquels avaient droit à des prorogations indéfinies qui s'imposaient aux bailleurs. Les locataires disposaient ainsi du droit à se maintenir dans les locaux commerciaux pour un loyer qui subissait des indexations annuelles, mais lesquelles étaient faibles ; les locataires disposaient également d'un droit de transfert des baux, ce qui leur offrait la possibilité de s'enrichir ; le bailleur n'avait lui seulement droit qu'à une participation au prix de cession du bail.

En 1985, une réforme a tenté de rétablir l'équilibre en ouvrant la possibilité d'établir une durée du contrat, et en supprimant ainsi les durées indéfinies. Cela a provoqué la multiplication des contrats de courte durée, et l'augmentation des loyers, ce qui a fortement incité à l'accession à la propriété.

A ensuite été adoptée la loi de 1994, entrée en vigueur le 1er janvier 1995, laquelle constitue la loi actuellement applicable. L'objectif de cette nouvelle loi a été d'établir un équilibre entre les parties. Elle opère ainsi une distinction très claire entre les baux d'habitation et les baux à usage différents, dont les baux commerciaux.

Les baux commerciaux sont désormais régis selon la liberté contractuelle, la volonté des parties étant constitutive de la loi entre elles. La loi prévoit des dispositions supplétives, dans le silence du bail, concernant la cession et les indemnités applicables ; les dispositions générales du Code civil peuvent également être appliquées de façon supplétive.

La liberté entre les parties étant la règle, sous réserve du respect de l'ordre public, la négociation et la rédaction du contrat sont fondamentales.

La loi de 1994 prévoit toutefois quelques dispositions obligatoires : la caution obligatoire de deux mois, devant être délivrée par le locataire au propriétaire, et la compétence des tribunaux du lieu de situation de l'immeuble.

La crise que traverse l'Espagne a eu un impact très important au niveau des centres commerciaux. Certains baux ont été signés avec des loyers très élevés, et une durée obligatoire avec de très fortes pénalités, à savoir le paiement des loyers restant dus jusqu'au terme du contrat. La durée était en effet stipulée comme étant une condition essentielle du contrat ; aussi, en cas de résiliation anticipée du contrat, une clause pénale prévoyant le paiement du loyer, des frais et des impôts dus jusqu'au terme.

Les durées prévues étant très longues, le problème aujourd'hui tient à la renégociation des contrats entre les deux parties.

En cas d'échec dans la renégociation, il peut être tenté d'obtenir la résiliation anticipée pour non-accomplissement de certaines obligations du bailleur, ce qui permet alors d'éviter le paiement des pénalités.

La jurisprudence diffère énormément selon les régions, la Cour de cassation ne se prononçant que dans des cas très restreints. Certains jugements tiennent compte du défaut de commercialité des centres commerciaux, du manque de visibilité d'un local en cas de travaux réalisés par le centre commercial, d'un mauvais accès limitant l'affluence des clients, pour modérer le montant de l'indemnité. D'autres tribunaux se réfèrent strictement à la loi des parties issue du contrat de bail, et donc au paiement de l'indemnité initialement convenue.

La renégociation, s'il elle a lieu, porte en général sur des durées de contrat plus courtes, ou sinon sur les possibilités de sortie du contrat. La négociation porte également sur le montant d'un loyer fixe, et d'un loyer variable selon le montant du chiffre d'affaires.

V — La médiation : sortie de crise ? (par Fabrice Vert, conseiller à la cour d'appel de Paris et Marianne Lassner, magistrate honoraire et médiateur)

Comme le souligne Fabrice Vert, si la France a été l'un des premiers pays à se doter d'une loi en matière de médiation, le texte est extrêmement peu appliqué. Pourquoi et comment améliorer cette situation ?

La Directive européenne 2008/52 du 21 mai 2008 (N° Lexbase : L8976H3T) a fait l'objet d'une transposition par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 (N° Lexbase : L2513IRI), et par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 (N° Lexbase : L8264IRI). Le livre V du Code de procédure civile est intitulé "les modes amiables de résolution des différends".

Concrètement, cette transposition de la Directive apporte tout d'abord une sécurité juridique, en résolvant le problème de la prescription, qui se trouve interrompue durant toute la procédure de médiation.

Ensuite, la Directive permet désormais aux médiations conventionnelles d'obtenir l'homologation par le juge et d'avoir ainsi un titre exécutoire.

Le problème du manque d'application résulte, selon Fabrice Vert, avant tout d'un manque de formation des juges concernant les modes alternatifs de règlement des litiges, qui implique que les magistrats ne proposent pas ces dispositifs, la méconnaissance de ces outils faisant obstacle à leur pouvoir de conviction des parties.

L'autre problème est culturel sachant que la France est dans une culture du conflit.

Afin de développer la médiation, il conviendrait, tout d'abord, de mettre en place les outils statistiques nécessaires à l'évaluation du recours à la médiation.

Ensuite, il conviendrait de prévoir une incitation financière, telle que, dans le système anglo-saxon, le système de l'"*adverse cost order*"; ce système prévoit que la partie qui, de manière déraisonnable refuse de négocier, se verra condamnée à payer l'intégralité des frais du procès, même si elle gagne.

Une formation des avocats, des auxiliaires de justice et des magistrats, est, par ailleurs, indispensable. Il faut, à cet égard, savoir que l'EFB a rendu obligatoire un module de formation sur la médiation de 12 heures ; l'ENM devrait prévoir une formation similaire.

En outre, la vraie question demeure celle de la confiance qui est accordée à la compétence des médiateurs, eu égard à leur absence de formation aux techniques de la médiation. Il est donc très important qu'existe une labellisation des formations à la médiation.

Il faut également savoir que l'établissement d'une liste de médiateurs à disposition des juridictions, si elle soulève un certain nombre de problèmes, au regard notamment de la Directive "Services", est toutefois extrêmement utile pour les magistrats qui ne connaissent pas le milieu de la médiation, et qui ne savent pas forcément qui nommer.

Quoi qu'il en soit, selon Fabrice Vert, la médiation n'a pas vocation à sortir la justice de la crise dans laquelle elle se trouve, ni à désengorger les juridictions, mais elle constitue un service supplémentaire à offrir aux concitoyens et à l'institution judiciaire.

De son côté, Marianne Lassner a également insisté sur la nécessité de la formation qui est, selon elle, essentielle. Contrairement aux idées préconçues, où les parties et les avocats pensent, à tort, que la compétence du médiateur dépend de la connaissance qu'il a de la matière en cause, la formation aux techniques de la médiation est résolument primordiale. La médiation relève, en effet, d'un processus théorisé.

Marianne Lassner estime que la médiation a réellement une utilité dans les dossiers où les problèmes relationnels sont au cœur du débat. L'intérêt pour les avocats d'orienter leurs clients vers la médiation réside dans la satisfaction que ceux-ci en retireront. La médiation judiciaire constitue une parenthèse qui ne dure pas longtemps (trois à six mois), et qui permet de rétablir la communication qui a fait défaut à un moment donné. Contrairement à la négociation, le médiateur oblige chaque partie à écouter la partie adverse. La résolution du conflit relationnel contribue à la satisfaction des clients de l'avocat, ce qui est toujours positif pour ce dernier.

La clé de la réussite d'une médiation repose avant tout sur le fait que les clients soient d'accord et convaincus du recours à la médiation, et qu'ils aient le désir de résoudre leur conflit par cette voie.