

COMMISSION OUVERTE

IMMOBILIER

Co-responsables :
JEHAN-DENIS BARBIER ET JEAN-MARIE MOYSE
AVOCATS À LA COUR



Sous-commission Baux Commerciaux

Responsable :
Gilles Hittinger-Roux, avocat à la Cour

Jeudi 11 septembre 2014

Les habits 9 du bail commercial

Intervenants :

L'actualité jurisprudentielle

Philippe-Hubert Brault
Avocat à la Cour

Bail commercial et les nouvelles dispositions d'ordre public découlant de la loi du 18 juin 2014 (clauses réputées non-écrites)

Elodie Marcet et Philippe-Hubert Brault
Avocats à la Cour

L'e-commerce et le bail commercial

Samuel Guillaume
Avocat à la Cour

La procédure participative et le bail commercial

Hubert Vercken
Avocat à la Cour

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



Revue

Lexbase Hebdo édition affaires n°401 du 13 novembre 2014

[Baux commerciaux] Evénement

Les habits neuf du bail commercial — Compte rendu de la réunion du 11 septembre 2014 de la sous-commission Baux commerciaux du barreau de Paris

N° Lexbase : N4492BUW



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

La sous-commission Baux commerciaux du barreau de Paris a tenu le 11 septembre 2014 une réunion ayant pour thème "Les habits neuf du bail commercial" sous la responsabilité de Gilles Hittinger-Roux, Avocat au barreau de Paris, et à laquelle sont intervenus Maîtres Elodie Marcet, Philippe-Hubert Brault, Hubert Vercken et Samuel Guillaume, Avocats au barreau de Paris. Les éditions juridiques Lexbase vous en proposent un compte rendu.

Cette conférence a abordé trois thèmes :

- la nouvelle sanction du réputé non écrit issue de la loi "Pinel" ;
- la procédure participative et les baux commerciaux ;
- et l'e-commerce et le bail commercial

I — La nouvelle sanction de réputé non écrit prévue par les articles L. 145-15 (N° Lexbase : L5032I3R) et L. 145-16 (N° Lexbase : L5033I3S) du Code de commerce issus de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (N° Lexbase : L4967I3D)

– Le régime juridique de sanction du réputé non écrit prévu par les nouveaux articles L. 145-15 et L. 145-16 du Code de commerce (intervention de Maître Elodie, Avocate au barreau de Paris)

Le but avoué du législateur est de protéger le locataire en renforçant le caractère d'ordre public des articles considérés.

1 — La nature de la sanction

Si l'on revient à la genèse de la notion de "*clause réputée non écrite*", c'est-à-dire au droit de la copropriété, et plus particulièrement à l'article 43 de la loi du 10 juillet 1965 (loi n° 65-557 N° Lexbase : L5536AG7), on trouve plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation qui permettent de répondre à la question de la nature de la sanction du réputé non écrit. Ainsi, la clause réputée non écrite est successivement qualifiée de :

— "*non avenue par le seul effet de la loi*" (Cass. civ. 3, 13 avril 1987, n° 85-15.010 N° Lexbase : A6540AAH, JCP éd. N, 1988, II, 21 028);

— "*censée n'avoir jamais existé*" (Cass. civ. 3, 9 mars 1988, n° 86-17.869 N° Lexbase : A7782AAH, D., 1988, inf. rap. p. 83);

— "*tout copropriétaire intéressé peut à tout moment attaquer l'absence de conformité des clauses du règlement de copropriété aux dispositions légales*" (Cass. civ. 3, 26 avril 1989, n° 87-18.384 N° Lexbase : A3145AHX, Bull. civ. III, n° 93), la Cour excluant, dans cette hypothèse, la prescription décennale spécifique à cette matière.

Dans le cadre du contentieux relatif à la licéité des clauses d'échelle mobile à indice fixe ou à indice de base au regard des dispositions d'ordre public de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L5471ICM), on retrouve la même approche de cette sanction.

Une clause réputée non écrite pour entrer en contravention avec des dispositions d'ordre public économique ou de direction doit donc être considérée comme n'ayant jamais existé.

2 — Les effets de cette sanction au regard de la prescription

Une clause n'ayant jamais existé ne pouvant se voir opposer une prescription qui n'a jamais pu commencer à courir, on ne peut valablement lui opposer les éléments suivants.

- Inopposabilité de la prescription de droit commun (C. civ., art. 2219 N° Lexbase : L7189IAI et suivants)

En matière de droit de la copropriété, il avait été, dans un premier temps, admis que l'action tendant à voir réputée non écrite la clause d'un règlement de copropriété était soumise à la prescription de 10 ans, propre aux actions fondées sur la loi du 10 juillet 1965 (article 42). Un revirement s'est ensuite produit, la jurisprudence considérant, ainsi que cela a été précédemment rappelé, que ces actions n'étaient pas soumises à ce délai de prescription spécial (v. notamment, Cass. civ. 3, 7 mai 2008, n° 07-13.409, FS-P+B N° Lexbase : A4443D83, Loyers et copr., 2008, comm. 170). Certains commentateurs se sont ensuite interrogés sur l'application de la prescription de droit commun (30 ans), tandis que certaines juridictions considéraient que de telles actions étaient imprescriptibles (v. notamment, CA Paris, Pôle 4, 1ère ch., 4 mai 2011, n° 09/16 832 N° Lexbase : A6521HQL, AJDI, 2011, p. 361).

La Cour de cassation est venue, en d'autres matières, confirmer cette inopposabilité de la prescription de droit commun, qui ne concerne que la nullité des contrats, en présence d'une clause réputée non écrite, si bien que cette solution apparaît incontestable à ce jour (v. notamment, Cass. civ. 3, 2 mars 2005, n° 03-14.713, FS-P+B N° Lexbase : A1000DHI, Gaz. Pal. 11 juillet 2006, n° 192, p. 20, note J. Manéger);

- Mais qu'en est-il de la prescription biennale de l'article L. 145-60 du Code de commerce (N° Lexbase : L8519AID)?

Selon ce texte, "*toutes les actions exercées en vertu du présent chapitre se prescrivent par deux ans*".

Le but clairement exprimé au sein du rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques en janvier 2014, qui a intitulé, sous la rubrique "*Adaptation du régime des baux commerciaux*", l'article considéré de la loi, "*Inopposabilité de la prescription biennale des actions en nullité posée à l'article L. 145-60 du Code de commerce*", était le suivant : "*Cet article adopté à l'initiative de votre rapporteur modifiait les articles L. 145-15 et L. 145-16, en remplaçant la nullité de certaines clauses par le fait qu'elles sont réputées non écrites. La clause réputée non écrite est en effet considérée comme n'ayant pas d'existence et, de ce fait, aucune prescription ne court à son égard*".

Il reste que le législateur n'a pas tiré toutes les conséquences de sa nouvelle rédaction des articles L. 145-15 et

L. 145-16 du Code de commerce, puisque l'article L. 145-60 du même code a été maintenu en l'état, alors même qu'il aurait été parfaitement envisageable de prévoir un second alinéa rappelant le caractère imprescriptible des actions fondées sur les dispositions des articles L. 145-15 et L. 145-16 du Code de commerce.

Il appartiendra à la jurisprudence de clarifier définitivement ce point, qui pour notre part, eu égard à l'esprit même des modifications législatives, telles qu'il découle des débats parlementaires, plaide en faveur du caractère imprescriptible des actions tendant à voir réputée non écrite une clause contraire à l'ordre public, *a fortiori* économique.

- Nécessité d'une décision de justice pour constater le caractère non écrit

Alors même que l'on aurait pu penser qu'une clause réputée n'avoir jamais existé serait de plein droit privée d'effet, du simple fait de sa contravention à des dispositions d'ordre public, sans qu'il soit nécessaire de recourir à un juge, il en a été décidé autrement en jurisprudence, pour des motifs évidents de sécurité juridique.

Toujours en matière de copropriété, la Cour de cassation a ainsi jugé, à plusieurs reprises, qu'une clause d'un règlement de copropriété devait recevoir application tant qu'elle n'a pas été déclarée non écrite par le juge (Cass. civ. 3, 21 juin 2006, n° 05-13.607, FS-P+B N° [Lexbase : A9972DPZ](#), Loyers et copr. 2006, comm. 213 ; Cass. civ. 3, 28 avril 2011, n° 10-14.298, FS-P+B N° [Lexbase : A2697HQX](#), Loyers et copr. 2011, comm. 223 ; Cass. civ. 3, 9 mai 2012, n° 11-13.201 FS-D N° [Lexbase : A1389ILZ](#)).

Cette solution sera très certainement transposée au cas d'espèce.

- Faculté de saisir le juge par voie d'action/d'exception

La partie qui y aura intérêt pourra dès lors, à tout moment, au cours du bail initial, comme de ses renouvellements, par voie d'action comme par voie d'exception, saisir le tribunal d'une demande tendant à voir constater que la clause litigieuse est réputée non écrite.

On rappellera que sous l'empire du texte antérieur, qui sanctionnait par la nullité les dispositions contraires à l'ordre public, la seule solution pour la partie qui souhaitait se prévaloir de cette nullité au-delà des deux années de la prescription biennale était d'agir par voie d'exception, en défense à une action principale. Par exemple, le locataire devait attendre d'être assigné en expulsion à la suite du refus de renouvellement qui lui avait été opposé pour exciper de la nullité d'une clause excluant le paiement d'une indemnité d'éviction à la suite de la notification d'un tel congé fondé sur les dispositions de l'article L. 145-14 du Code de commerce (N° [Lexbase : L5742All](#)) -et ce dès lors que l'on se trouvait au-delà des deux années consécutives à la naissance de son droit à indemnité-.

Une tel mode de défense restait toutefois malaisé, contraignant le locataire à attendre l'initiative judiciaire du bailleur pour lui opposer la nullité de la clause litigieuse : aujourd'hui, cette question ne se pose plus.

— Prescription applicable aux actions en répétition de l'indu

Sur ce point, on peut penser que la solution adoptée par la jurisprudence dans le cadre du contentieux relatif à la licéité des clauses d'échelle mobile fera l'objet d'une transposition dans le cadre des contentieux susceptibles de découler des présents articles, et ce dès lors que l'on se trouvera dans le cadre d'une action en répétition de l'indu (ex. : action en répétition de l'indu au titre de charges refacturées au locataire dans des conditions étrangères aux nouvelles dispositions légales).

Il a ainsi été jugé, en dernier lieu, qu'en présence d'une clause d'échelle mobile réputée non écrite, le locataire était recevable à solliciter la répétition de l'indu dans la limite de la prescription civile, c'est-à-dire la prescription quinquennale (C. civ. art. 2224) ; la répétition de l'indu est ainsi limitée aux sommes acquittées au cours des cinq années antérieures à l'acte introductif d'instance, faisant ainsi perdurer, fictivement, jusqu'à cette date, une clause réputée n'avoir jamais existé.

On notera, toutefois, qu'en matière de droit de la copropriété, en présence d'une clause d'un règlement de copropriété dérogeant à des dispositions impératives de la loi du 10 juillet 1965, il a été jugé récemment par la Cour de cassation que la disparition d'une clause réputée non écrite n'avait pas d'effet rétroactif, si bien que le copropriétaire ne pouvait prétendre au remboursement des sommes précédemment perçues en vertu de la répartition de charges annulée. La justification apportée par la Cour ne nous semble toutefois pas exempte de réserve puisqu'elle est fondée sur l'idée que la clause réputée non écrite étant réputée n'avoir jamais existé, on devait, en substance, faire comme si elle n'avait jamais été appliquée, quand bien même cela l'aurait été aux dépens du copropriétaire (v. notamment Cass. civ. 3, 17 septembre 2013, n° 11-21.770, F-D N° [Lexbase : A4931KL9](#), Loyers et copr., novembre 2013, comm. 320). Cette sanction ne nous semble pas satisfaisante au regard tant de l'équité, les clauses répu-

tées non écrites étant souvent imposées à des locataires dans des situations où le rapport de force est propice au bailleur, que de la logique juridique, les sommes acquittées en vertu d'une clause réputée n'avoir jamais existé ne pouvant "disparaître" avec elle !

3 — Les nouvelles dispositions légales sanctionnées par le caractère réputé non écrit

Les nouvelles dispositions légales sanctionnées par le caractère non écrit sont les suivantes.

— Dans le cadre des procédures de révision : les paliers de 10% sont expressément visés par les articles L. 145-38 (N° Lexbase : L5034I3T) et L. 145-39 (N° Lexbase : L5037I3X) -article 11 de la loi du 18 juin 2014-, eux-mêmes inclus dans l'énumération de l'article L. 145-15 du Code de commerce (N° Lexbase : L5032I3R). Ceci exclut, en conséquence, à notre sens, tout aménagement desdits paliers, à la différence de ce qui peut être envisagé dans le cadre de la fixation du loyer du bail renouvelé.

— Les nouvelles dispositions imposant l'établissement d'un état des lieux d'entrée et de sortie (C. com., L. 145-40-1 N° Lexbase : L4974I3M), mais également concernant les charges refacturables au locataire et les obligations d'information afférentes (C. com., art. L. 145-40-2 N° Lexbase : L4976I3P) sont également incluses dans l'énumération de l'article L. 145-15 du Code de commerce, avec les mêmes conséquences.

4 — Le conflit demeurant en l'état de la rédaction adoptée concernant la sanction applicable sur le fondement des dispositions de l'article L. 145-41 du Code de commerce

Ainsi que cela a été précédemment souligné, le législateur n'a pas tiré toutes les conséquences de la substitution de sanction considérée. Ainsi, l'article L. 145-41 du Code de commerce, relatif aux modalités de mise en œuvre de la clause résolutoire du bail, dispose toujours que *"toute clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux. Le commandement doit, à peine de nullité, mentionner ce délai"*, alors même que cet article est expressément visé au sein de l'article L. 145-15 qui prévoit désormais la sanction du caractère réputé non écrit.

Doit-on supposer qu'il s'agit d'une coquille rédactionnelle et que la seule sanction envisageable est le caractère réputé non écrit dès lors qu'il découle du caractère d'ordre public de la disposition ?

Il appartiendra là encore à la jurisprudence de trancher définitivement cette question, précision étant faite que les conséquences pratiques peuvent s'avérer limitées dès lors que, dans la plupart des cas, la nullité du commandement est soulevée par voie d'exception, en défense à une action tendant à voir constater l'acquisition de la clause résolutoire.

5 — Observations spécifiques aux nouvelles dispositions concernant la cession (C. com., art. L. 145-16 N° Lexbase : L5033I3S, L. 145-16-1 N° Lexbase : L4971I3I et L.145-16-2 N° Lexbase : L1932I4C)

L'article L. 145-16 dispose que : *"sont également réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise"*.

A l'instar des dispositions de l'article L. 145-15, la nouvelle rédaction substitue seulement une autre sanction à celles qui existaient et visaient exclusivement les conventions interdisant au locataire de céder son droit au bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise. On peut donc supposer que les modalités d'application du texte légal, telles qu'elles découlent de la jurisprudence rendue jusqu'à ce jour, seront maintenues. Ne seront ainsi sanctionnées que les clauses interdisant de céder le fonds de commerce à un tiers, mais pas les clauses restrictives, organisant un formalisme spécifique à cet effet, comme les clauses d'agrément préalable ou de concours à l'acte, ou imposant l'intervention d'un notaire (cf. *Code des baux*, Dalloz, article L. 145-16, exposé introductif et notes n° 9 et s.).

Le caractère réputé non écrit d'une clause interdisant la cession du fonds de commerce à un tiers pourra désormais être poursuivi à tout moment, au cours du bail ou de ses renouvellements.

– La question de l'entrée en vigueur de la sanction du réputé non écrit et de son application aux contrats en cours (intervention de Maître Philippe-Hubert Brault, Avocat au barreau de Paris)

Les dispositions des articles L. 145-15 et L. 145-16 du Code de commerce, qui sanctionnent désormais les clauses réputées non écrites, découlent de l'article 6 de la loi du 18 juin 2014 qui, sur ce point, ne comporte aucune disposition transitoire.

Il s'agit donc d'une loi d'application immédiate dont l'application relève du principe posé par l'article 2 du Code civil (N° Lexbase : [L2227AB4](#)) et de la jurisprudence qui en découle.

1 — Jurisprudence découlant de l'article 2 du Code civil

1.2 — On rappellera que cette question a déjà été évoquée à l'occasion de modification des textes applicables au bail commercial.

La loi du 12 mai 1965, qui a porté de trois à neuf ans la durée des baux commerciaux reconduits, ne s'est pas appliquée au contrat en cours à la date de son entrée en vigueur, la Cour de cassation formulant ainsi sa décision : *"la loi ne disposant que pour l'avenir, sauf volonté contraire du législateur, les effets d'un contrat sont régis en principe par la loi en vigueur à l'époque où il a été conclu [...]"* (Cass. civ. 3, 20 juin 1968, n° 67-11.480 N° Lexbase : [A3135ATB](#), JCP éd. G, 1969, II, 15 938, note B. Baccara ; Cass. civ. 3, 17 avril 1969, JCP éd. G 1969, II, 15 984)

Dans les mêmes conditions, à la suite de l'entrée en vigueur de ce texte, le droit au renouvellement du bail dont bénéficiaient les preneurs commerçants en vertu des dispositions antérieures, de même que le droit au renouvellement n'ont pas été remis en cause (cf. Jcl. civ., fascicule 20, n° 42).

Ces décisions étaient certes conformes au principe alors admis, mais ces derniers, déjà combattus par certains auteurs, ne sont pas de nature à fournir une réponse appropriée et définitive à la question posée.

1.3 — On rappellera, également que le droit social s'est souvent appliqué, même dans le silence de la loi aux contrats en cours "comme répondant à un ordre public social" (Cass. soc., 12 juillet 2000, n° 98-43.541 N° Lexbase : [A9184AGA](#)) et tel a été le cas, d'ailleurs, de la requalification rétroactive d'un contrat de collaboration souscrit par un avocat en contrat de travail dans la mesure où la cour d'appel n'a fait qu'appliquer à bon droit à sa date d'entrée en vigueur le nouveau statut issu d'une loi, en l'occurrence la loi du 31 décembre 1990 à un membre de la nouvelle profession d'avocat (Cass. soc., 8 mars 2000, n° 98-14.222, publié N° Lexbase : [A4965AGY](#), Bull. civ. V, n° 91).

1.4 — L'évolution de la jurisprudence découle également des solutions retenues en matière de copropriété : le texte légal relatif à la répartition des charges entraînées par les services collectifs et les éléments d'équipement commun a été estimé comme relevant de l'ordre public et comme tel d'application immédiate avec pour conséquence que toute clause d'un règlement de copropriété faisant peser sur les copropriétaires du rez-de-chaussée une partie des dépenses relatives à un ascenseur inutile pour leurs lots, a été atteint d'une nullité radicale le jour de l'entrée en vigueur de ladite loi qui était naturellement très postérieure à la création et à la signature du règlement de copropriété (Cass. civ. 3, 5 juin 1970, n° 69-10.929 N° Lexbase : [A1945CG7](#), D., 1970, p. 751, note Givord et Giverdon).

1.5 — Si l'on replace la question posée dans le contexte spécifique du bail commercial et du statut dont il bénéficie à la lumière des solutions retenues lors des récentes interventions législatives, la réponse s'éloigne très nettement de la jurisprudence traditionnelle.

La loi du 6 janvier 1986 (loi n° 86-12 N° Lexbase : [L4700GUM](#)) a modifié les règles de plafonnement et elle a été estimée immédiatement applicable, même au congé signifié avant sa promulgation. Ainsi que le rappelle Maître Jehan-Denis Barbier, en se référant notamment sur ce point à son étude consacrée aux baux commerciaux et le droit transitoire (Gaz. Pal., 25 février 1989, doct. p. 2), la Cour de cassation a estimé que *"la loi nouvelle régit immédiatement les effets des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisés [...]"*

La loi "Murcef" du 11 décembre 2001 (loi n° 2001-1168 N° Lexbase : [L0256AWE](#)) a modifié les dispositions légales afférentes à la révision triennale de droit commun et la Cour de cassation a successivement estimé à la suite de l'entrée en vigueur du nouveau texte :

— que la loi nouvelle avait un caractère interprétatif entraînant son application immédiate (Cass. civ. 3, 27 février 2002, n° 00-17.902, FP/P+B+R+I N° Lexbase : [A0638AYB](#), D., 2002, act. jur. p. 1142 ; RTDCom., 2002, p. 269, note J. Monéger) ;

— puis, par un arrêt rendu le 23 janvier 2004 en Assemblée plénière (Ass. plén. 23 janvier 2004 n° 02-18.188, P N° Lexbase : [A8594DAK](#), Loyers et copr. 2004, com. 50), en se référant à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (N° Lexbase : [L7558AIR](#)), que le nouveau texte ne pouvait s'appliquer dès lors qu'il ne résultait pas des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 (N° Lexbase : [L5034I3T](#)), en donnant à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours (on notera qu'au regard de la CESDH, la référence à un impérieux motif d'intérêt général

pourrait être ici invoquée).

Il n'en demeure pas moins qu'il a été fait application de la loi nouvelle à des demandes de révision antérieures à son entrée en vigueur, mais ne faisant pas l'objet à l'époque d'une instance en cours. (Cass. civ. 3, 4 mai 2006, n° 05-10.555, FS-P+B N° Lexbase : A2550DP7, Loyers et copr., 2006, com. 180).

1.6 — Enfin, dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions de la loi "LME" du 4 août 2008 (loi n° 2008-776 N° Lexbase : L7358IAR), concernant la date pour laquelle les congés devaient être signifiés, il a été fait application du nouveau texte aux contrats en cours, la Cour de cassation estimant que les effets légaux d'un contrat sont régis par la loi en vigueur à la date où ils se produisent (Cass. civ. 3, 3 juillet 2013, Loyers et copr., 2013, com. 275).

On soulignera que le preneur avait fait valoir que la loi nouvelle, même d'ordre public, ne pouvait en l'absence de dispositions spéciales régir les effets à venir des contrats conclus antérieurement, en invoquant les dispositions de l'article 2 du Code civil, démarche qui a été rejetée par la Cour de cassation.

2 — L'état de la doctrine depuis l'entrée en vigueur du nouveau texte

2.1 — A l'occasion de la réunion de la sous-commission du 2 juin 2014, quelques jours avant l'adoption définitive du nouveau texte, Madame Françoise Auaque était intervenue en soulignant la volonté du législateur de renforcer la sanction encourue, en s'interrogeant sur l'application dans le temps du nouveau, texte dès lors que les nouvelles dispositions des articles L. 145-15 et L. 145-16 ne comportent à cet égard aucune indication.

Elle a estimé, sur le fondement de l'article 2 du Code civil et de la jurisprudence qui en découle, qu'il ne pouvait y avoir application immédiate de la loi nouvelle, ce qui pouvait impliquer que la loi ancienne s'applique aux baux en cours jusqu'à leur renouvellement. Mais en ce qui concerne le réputé non écrit qui relève d'un ordre public impérieux ou de direction qui justifie l'application immédiate de la loi dans le temps, elle a estimé qu'il était permis de douter que les magistrats décident que des clauses réputées non écrites continuent à s'appliquer.

2.2 - En développant à cet égard les observations qu'il avait formulé oralement lors de ces débats, Jehan-Denis Barbier a consacré dans le récent numéro spécial des baux commerciaux de la Gazette du Palais (8-9 août 2014) une étude complète sous la rubrique "Application de la loi du 18 juin 2014 dans le temps".

Pour ce qui concerne les textes ne faisant l'objet d'aucune disposition transitoire, il a fait valoir (n° 49) : "*La loi nouvelle doit être d'application immédiate puisqu'elle ne modifie pas le contrat, mais le régime d'une sanction légale.*

La loi intervient dans une matière statutaire sur une question d'ordre public.

La survie de la loi ancienne, parfois invoquée en matière contractuelle, n'est ici pas justifiée [...]."

2.3 — Dans une étude consacrée aux nouvelles dispositions pour le bail commercial (JCP éd. N, 2014, 1262), Monsieur Reygrobellet, Professeur à l'Université de Paris-Ouest, il a été rappelé, en se fondant sur la jurisprudence concernant la mise en application des lois "Murcef" et "LME", qu'il est possible que la loi nouvelle s'applique même aux contrats en cours au jour d'entrée en vigueur du texte, en émettant toutefois une réserve : "*si ce raisonnement est pertinent et si la prescription de la nullité n'est pas acquise au 20 juin 2014, les clauses en question seront définitivement réputées non écrites [...]."*

Cette remarque est fondée sur les observations qui ont été formulées à l'occasion des modifications apportées au régime de la prescription civile avec la jurisprudence qui en découle, mais en l'occurrence elle ne paraît pas déterminante : le fait que l'action en nullité soit présumée prescrite est dépourvue de tout intérêt, dès lors qu'une nouvelle sanction légale lui est substituée dont la nature comme les conséquences s'avèrent différentes.

2.4 — Le Professeur Joël Monéger s'est également interrogé dans un focus paru au bulletin Loyers et copropriété de septembre 2014 sur la mise en œuvre dans le temps de la loi du 18 juin 2014.

Il s'est également interrogé sur l'application de la loi aux contrats en cours mais d'une façon globale, en évoquant toutefois l'appartenance à l'ordre public de nombreuses dispositions nouvelles après avoir invoqué l'hypothèse où un bail serait signé entre la date d'effet de la loi et celle du 1er septembre où un certain nombre de dispositions vont entrer en vigueur, il ajoute : "*toujours s'agissant des dispositions d'ordre public inscrites dans la loi du 18 juin 2014, il faut rappeler que la Cour de cassation refuse toute application à une convention en cours. C'est particulièrement évident s'agissant d'un ordre public de protection. Or, dans la loi nouvelle, même si des obligations nouvelles pèsent sur le bailleur, c'est pour la protection du preneur [...]."*

Cette observation est certes pertinente à l'égard d'un certain nombre de dispositions nouvelles, mais elles nous

semblent inapplicables aux nouvelles dispositions de l'article L. 145-15, dès lors que le renforcement de la sanction par la clause réputée non écrite ne relève pas de l'ordre public de protection mais bien de direction, et la jurisprudence récente concernant l'application dans le temps des textes nouveaux relatifs au bail commercial conduit à estimer qu'en cas de litige, il est probable que la juridiction saisie sera amenée à faire application immédiate des nouvelles dispositions et de la sanction qui en découle, nonobstant le fait que le contrat soit en cours d'exécution et qu'il ait été conclu à une date antérieure.

3 — Propos conclusifs

Il reste toutefois qu'on peut s'interroger sur l'application dans le temps des nouvelles dispositions des articles L. 145-16, L. 145-16-1 et L. 145-16-2 du Code de commerce.

Il faut ici certainement distinguer la sanction encourue au titre du 1^{er} alinéa où le mot "*nulles*" est remplacé par les motifs "*réputées non écrites*", où pour les motifs qui ont été précédemment évoqués, on devrait logiquement se prononcer pour une application immédiate de la sanction légale aux conventions en cours.

En ce qui concerne l'alinéa 2, l'évolution récente de la jurisprudence concernant la transmission universelle de patrimoine, conduit à considérer que la loi sera nécessairement d'application immédiate et que l'interrogation n'a donc aucun intérêt.

Par contre, en ce qui concerne les articles L 145-16-1 et L 145-16-2, il semble que les nouvelles dispositions qui seront souvent contraires aux clauses et conditions d'un bail en cours, ne devraient pas s'appliquer, hormis dans le cas où le renouvellement de bail aurait été conclu à compter du 20 juin 2014.

Si l'on suit sur ce point les interrogations de Jehan-Denis Barbier, il faudra naturellement s'interroger sur le point de départ effectif du bail renouvelé en cas de fixation judiciaire du prix : faudra-t-il prendre en compte l'avenant subséquent à la décision définitive ou, au contraire, la date de jugement dès lors que celui-ci est réputé valoir bail à défaut par les parties d'avoir signé un avenant dans le délai d'un mois, ou encore que c'est la date de la prise d'effet du bail renouvelé qui doit être retenue pour apprécier la date d'application du nouveau texte ?

II — La procédure participative appliquée aux baux commerciaux (intervention de Maître Hubert Vercken, Avocat au barreau de Paris)

Il existe aujourd'hui une véritable volonté du législateur et des pouvoirs publics d'orienter les justiciables vers une justice négociée, apaisée et acceptée. Ainsi le rapport "Guinchard" de 2008, le rapport "Magendie" sur la médiation et les conciliateurs de justice, le rapport "Delmas Goyon" mettent l'accent sur les "MARD".

Ils préconisent, comme l'écrit Madame le Professeur Natalie Fricéro "*un changement de culture des différents acteurs du monde judiciaire*". Récemment encore, Madame le Garde des Sceaux en Conseil des ministres, a annoncé la création d'un Conseil de la Médiation et de la Conciliation.

C'est donc dans ce courant de justice négociée que s'inscrit la procédure participative assistée par avocats qui paraît particulièrement adaptée à la matière des baux commerciaux et des loyers commerciaux et qui est d'une grande actualité face aux difficultés juridiques d'interprétation de certaines dispositions de la loi "Pinel".

Bien peu de praticiens connaissent cette procédure, qui est un processus encadré inspiré des préconisations du rapport "Guinchard" du 30 juin 2008 intitulé "L'Ambition raisonnée d'une justice apaisée", mais aussi du droit collaboratif anglo-saxon. C'est sur la base de ce rapport que les parlementaires ont voté la loi dite "Beteille" du 22 décembre 2010 (loi n° 2010-1609 N° Lexbase : L9762INU) dont l'article 37 crée la convention de procédure participative.

Les dispositions concernant la procédure participative de retrouvent dans le Code civil (articles 2062 N° Lexbase : L9826INA à 2068) et dans le Code de procédure civile (articles 1542 N° Lexbase : L8357IRX et suivants, issus du décret d'application n° 2012-66 du 20 janvier 2012 N° Lexbase : L8264IRI).

Ce processus est défini par l'article 2062 du Code civil, comme "*un acte juridique par lequel les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un artiste s'engageant à œuvrer conformément et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend*"

1 — Les principales caractéristiques de la procédure participative

La procédure participative assistée par avocat présente de nombreux avantages qui permettent de négocier un accord dans la sérénité et sans risque d'encourir une prescription. En effet, la loi et les décrets d'application sécurisent ce processus en l'encadrant de manière très structurée.

Les éléments essentiels à retenir sont les suivants :

- la partie au conflit est obligatoirement assistée de son avocat ;
- à peine de nullité, une convention écrite et signée par les parties doit être établie, précisant l'objet du différend, le terme de la convention, les pièces et informations nécessaires à la résolution du litige, et les modalités de leurs échanges (C. civ., art. 2063 N° Lexbase : L9825IN9). Cette disposition permet de considérer que dès la signature de la convention, les parties se sont communiqué les pièces et documents sur lesquels ils fondent leurs prétentions ; ce qui est essentiel pour la loyauté des débats et confirme le caractère contradictoire de ce processus ;
- la juridiction ne doit pas avoir été saisie du litige ;
- la juridiction de fond ne peut être saisie pendant la durée de la procédure participative, sauf si l'une d'elle n'exécute pas la convention. Cependant, demeure la possibilité de saisir une juridiction pour des mesures provisoires ou conservatoires ;
- le recours à un technicien est possible si le litige l'exige ; c'est soit un "constatant", soit un consultant, soit encore un expert mais sa mission est encadrée par les dispositions des articles 1547 (N° Lexbase : L8362IR7) et suivants du Code de procédure civile qui règlementent minutieusement la mission exécutée par un technicien. Ce technicien sera choisi d'un commun accord. Sa mission sera déterminée par écrit ainsi que sa rémunération et la durée de sa mission. Il devra accomplir sa mission avec impartialité et dans le respect du contradictoire après avoir fait une déclaration d'indépendance. Autrement dit, toutes les caractéristiques d'une expertise conforme à l'article 6 de la CESDH (N° Lexbase : L7558AIR) sont reprises, à savoir contradictoire, impartialité et indépendance. Cette mission peut être complétée ou modifiée à la demande des parties, et celles-ci peuvent lui confier une mission de conciliation. Il peut s'adjoindre un sapiteur mais uniquement avec l'accord des parties. Ainsi, la mission du technicien répond aux exigences du Code de procédure civile et aux règles du procès équitable. Elle est calquée sur celle du technicien désigné judiciairement, sauf en ce qui concerne la possibilité de conciliation des parties ;
- toutes les opérations du processus participatif sont confidentielles, et en cas d'échec personne ne peut se prévaloir du contenu de ces opérations, sauf la production du rapport du technicien qui peut être produit en justice par l'une des parties (C. proc.civ. art. 1554 N° Lexbase : L8369IRE). En effet, puisque le rapport du technicien ou de l'expert respecte les règles du procès équitable, ce rapport peut être produit en justice et avoir la force probante d'une expertise judiciaire ;
- si un accord global intervient, cet accord peut être homologué par le tribunal qui lui donnera force exécutoire. Si un accord partiel intervient, il peut être homologué par le tribunal, les parties pouvant alors soumettre au tribunal les points de désaccord ;
- la saisine du tribunal en cas de désaccord partiel ou total peut se faire par voie de requête unilatérale ou conjointe, conformément aux dispositions des articles 1560 (N° Lexbase : L8375IRM), 1563 (N° Lexbase : L8378IRQ) et 1564 (N° Lexbase : L8379IRR) du Code de procédure civile ou par voie d'assignation ;
- enfin, la prescription est suspendue pendant la durée de la procédure participative en application de l'article 2238 du Code civil (N° Lexbase : L9827INB), comme dans tous les modes amiables de résolution des différends, ce qui permet aux parties de négocier en toute sérénité. Ce texte prévoit également que si le délai de prescription restant à courir à compter du terme de la convention est inférieur à 6 mois, la partie intéressée dispose d'un délai supplémentaire de 6 mois pour former une demande en justice, disposition très intéressante en raison de la nature des baux commerciaux avec des prescriptions très courtes.

2 — L'adaptation de ce processus aux litiges relatifs aux baux commerciaux

Indépendamment de l'avantage que représente le principe de la suspension de la prescription dans un domaine de très grande technicité qui comporte de nombreux pièges liés notamment aux délais de prescription, ce processus est parfaitement adapté aux litiges concernant les baux et loyers commerciaux et peut contribuer à apaiser des relations entre bailleurs et locataires parfois conflictuelles, ce qui est contre-nature dans une relation de longue durée comportant de part et d'autre des obligations et des droits.

Seront successivement analysés, l'application de ce processus aux conflits concernant les loyers puis, ceux relatifs aux baux commerciaux.

2.1 — L'application aux conflits relatifs aux loyers

Il apparaît que la procédure en fixation du loyer d'un bail renouvelé est lourde et quelque peu anachronique. Elle

implique au minimum un échange de mémoires. Les parties n'étant pas maîtres du procès, elles doivent attendre une convocation du greffe pour une audience de plaidoiries qui aboutira, dans la majorité des cas, à la désignation d'un expert chargé de donner un avis sur le dé plafonnement du loyer et la valeur locative, le cas échéant.

En prenant en considération le temps de la consignation des émoluments de l'expert, et le temps de l'expertise, la durée de la procédure sera au moins d'une année, en admettant même que l'expert dépose son rapport dans un délai de six mois.

Il faudra ensuite saisir à nouveau le juge des loyers et attendre une nouvelle convocation, après échange des mémoires.

Cette phase avant jugement fixant le loyer du bail renouvelé est longue et coûteuse, et il n'est pas rare que bailleur et preneur appuient leurs prétentions sur des rapports d'expertises amiables ; le recours à la procédure participative permet de raccourcir ces délais pour des plaideurs soucieux de négocier de bonne foi le loyer d'un bail renouvelé, en limitant les frais et avec l'expert de leur choix.

En effet, après avoir échangé toutes leurs pièces (C. proc. civ., art. 1551 N° Lexbase : L83661RB), les parties qui signent une convention participative peuvent choisir un expert, qui aura la confiance de chacune d'elles ; elles lui remettent alors, s'il accepte sa mission, les pièces échangées, fixent la durée de cette mission, son objet et sa rémunération (C. proc. civ., art. 1547 N° Lexbase : L83621R7).

L'expert peut alors commencer ses opérations, avec une mission identique à celles communément retenues par le juge des loyers et il est même possible de prévoir que l'expert aura le pouvoir de concilier les parties, puisque cette procédure s'inscrit en dehors de tout cadre judiciaire.

Après le dépôt du rapport, soit les parties acceptent les conclusions de l'expert, soit elles font trancher par le juge toute ou partie du litige, auquel cas, le rapport d'expertise pourra être utilisé dans le cadre de l'instance judiciaire. Cette expertise est précisée par les dispositions du Code de procédure civile qui lui sont applicables. L'expert doit en effet, révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance (C. proc. civ., art. 1548 N° Lexbase : L83631R8), accomplir sa mission avec conscience, diligence et impartialité dans le respect du principe du contradictoire (C. proc. civ., art. 1549 N° Lexbase : L83641R9).

Ainsi, on constate qu'en matière de fixation des loyers, cette procédure participative permet de régler des litiges dans un laps de temps réduit, ce qui peut s'avérer d'une importance primordiale pour le preneur.

En effet, une procédure judiciaire longue en matière de fixation des loyers sera pour le preneur source d'insécurité juridique importante. Dans l'attente de la décision judiciaire, ses décisions d'investissement ou de cession seront paralysées ; de surcroît, une décision judiciaire lui imposant une augmentation conséquente de loyers portant sur plusieurs années d'exploitation risque de provoquer un déséquilibre financier susceptible d'entraîner l'ouverture d'une procédure collective, même si la loi "Pinel" prévoit un échelonnement par dixième de cette augmentation.

A ce sujet et pour conforter ce point de vue sur l'intérêt que présente cette procédure, les statistiques en cette matière communiquées par le greffe des loyers commerciaux du tribunal de grande instance de Paris, pour les mois de janvier à juillet 2014 sont éloquentes : les juges ont rendu 125 jugements de loyers sur le fond et ont prononcé 94 radiations ou désistements et ce, indépendamment des jugements avant dire droit désignant expert. Sur ces 94 radiations ou désistements, on peut estimer que 80 %, soit 76 sont la conséquence d'un accord bailleur/ locataire conclu après expertise judiciaire.

On voit donc l'importance numérique des accords conclus en matière de loyers.

Dès lors l'application de ce processus plus rapide et moins coûteux devrait pouvoir s'imposer aux praticiens du droit pour la fixation des loyers en révision ou en renouvellement, d'autant qu'un accord préalable sur le principe de l'application de cette procédure et le contenu de la convention peut favoriser psychologiquement un accord sur le fond.

2.2 — L'application aux conflits relatifs aux baux commerciaux

Cette procédure participative avec le concours d'un expert est également opportune lorsqu'il s'agit de déterminer l'indemnité d'éviction et l'indemnité d'occupation après congé avec refus de renouvellement du bail, et offre d'indemnité d'éviction.

Là encore, si les parties laissent le tribunal statuer, celui-ci désignera un expert qui n'aura pas forcément leur confiance, et le temps de la mission qui lui est dévolue pourra excéder ce qui est raisonnable dans l'intérêt des

parties. En effet, la durée de la procédure sera pénalisante pour le preneur puisque l'indemnité d'éviction sera diminuée, parfois sensiblement, du montant de l'indemnité d'occupation.

Ainsi, il est aisé de prendre conscience, de façon générale que l'intérêt réel des parties liées par un bail commercial est de trouver des solutions non conflictuelles.

Ces solutions peuvent soit passer par le biais de simples négociations entre avocats, soit par celui de la procédure participative qui présente les avantages considérables à la fois de suspendre la prescription et d'organiser une expertise contradictoire qui pourra être utilisée en cas de désaccord ultérieur.

Elle est également parfaitement applicable à certains litiges relatifs aux travaux ou encore aux contentieux des charges, etc..

Enfin, si les négociations nécessitent l'intervention d'un tiers compétent et formé aux techniques de communication, elles pourront avoir un recours à un tiers médiateur.

III — L'e-commerce et le bail commercial (intervention de Maître Samuel Guillaume, Avocat au barreau de Paris)

Vaste sujet que "l'e-commerce et le bail commercial". Sujet également d'actualité, à l'heure où la société Apple vient de sortir d'un nouveau *smartphone* qui permet d'effectuer très facilement des paiements en ligne.

En préambule, il faut brièvement rappeler que le commerce en ligne est effectué par deux types de commerçant : des commerçants exclusivement présents sur internet ("*pure players*") et des commerçants qui exercent leurs activités à la fois sur internet et dans leurs boutiques ("*click and mortar*"). Bien entendu, seuls ces derniers nous intéressent en ce qu'ils peuvent être titulaires de baux commerciaux.

Par ailleurs, il y a eu une progression exceptionnelle du commerce en ligne ces dernières années, puisqu'il représente 5,5% du commerce de détail (soit 51 milliards d'euros en 2013), avec un chiffre d'affaires qui a été multiplié par six au cours de la période 2005/2013 selon la FEVAD .

Cette progression inéluctable a une incidence importante sur le commerce traditionnel, dans la mesure où nombre de commerçants (particulièrement les enseignes) ont construit une stratégie de développement, en associant à la vente dans les boutiques les différentes modalités de distribution du e-commerce (stratégie multicanal ou *cross canal*), ainsi :

— les locaux commerciaux peuvent être des maillons essentiels du développement du commerce en ligne, puisqu'ils peuvent être utilisés comme lieu de retrait des produits commandés et achetés sur internet ;

— de même, les locaux loués contribuent au chiffre d'affaires réalisé sur internet, en devenant de plus en plus des lieux d'exposition (*show-rooms*) permettant l'achat ultérieur sur internet, mais également grâce aux ventes effectuées dans les locaux, à partir des bornes internet, *smartphones*, tablettes.

Ainsi le e-commerce peut avoir des conséquences importantes dans les relations locatives.

Pour illustrer le thème du e-commerce, il est intéressant de prendre l'exemple de la FNAC.

Il faut souligner que la FNAC était précurseur en ce domaine, puisqu'elle a créé son site internet "FNAC.com" en 1999. Le site "FNAC.com" est aujourd'hui le troisième site de e-commerce en France avec un chiffre d'affaires de 400 millions d'euros, soit 15% du chiffre d'affaires total du Groupe FNAC. Ce site est visité par onze millions de visiteurs par mois. Plus de dix millions de produits sont référencés sur le site "FNAC.com", contre 450 000 produits pour les plus grands magasins de la FNAC.

En 2011, le cabinet de conseil MC KINSEY avait proposé au Groupe FNAC de se séparer de ses magasins. Le Groupe FNAC a refusé, adoptant au contraire une stratégie résolument tournée vers le "multicanal", avec un système aujourd'hui classique de commande et de paiement des produits par internet, et une possibilité de retrait en magasin.

Ainsi, si le produit acheté sur internet n'est pas disponible en magasin, le prix de vente est imputé sur le chiffre d'affaires de la société FNAC.com, mais le magasin perçoit une commission forfaitaire au titre du produit retiré. Si le produit est disponible en magasin, le prix de vente est imputé sur le chiffre d'affaires du magasin.

Ce qui est également intéressant, c'est que ce système de commande a généré par an 1 million de visites sup-

plémentaires dans tous les magasins en France, étant précisé que 25 % de ces visiteurs font des achats dans les magasins, avec un "panier" moyen de 55 euros, soit un chiffre d'affaires additionnel de quatorze millions euros.

Enfin, il peut être noté que le chiffre d'affaires de la société FNAC.com, dans un périmètre donné, est trois fois supérieur quand il est "connecté" à un magasin.

Ce type de stratégie n'est pas nouveau et est adopté désormais par de très nombreuses enseignes, mais également par les foncières dans leurs centres commerciaux (cf. l'étude réalisée par BearingPoint, à l'instigation du CNCC, en mars 2013, intitulée "*E-commerce et stratégie cross-canal : Nouvelle donne pour les enseignes et les centres commerciaux*").

Lorsque l'on recense les décisions récentes rendues en matière de baux commerciaux, particulièrement celles de la cour d'appel de Paris, on ne manque pas d'être étonné, car très peu de décisions se sont prononcées sur les incidences que le e-commerce peut avoir dans les relations locatives.

Nous examinerons deux questions essentielles qui peuvent se poser en ce domaine, concernant d'une part la détermination des loyers financiers (1) et d'autre la détermination des indemnités d'éviction (2).

1 — En ce qui concerne les clauses de loyer variable

Il peut être rappelé que les clauses recettes :

— comprennent de façon presque systématique un loyer minimum garanti (devant être fixé le plus souvent à la valeur locative lors du renouvellement) et un loyer variable additionnel, assis sur le chiffre d'affaire du locataire ;

— relèvent de la seule convention des parties, échappent aux dispositions du statut et que le loyer variable additionnel doit être maintenu en toute hypothèse.

Aussi la question se pose de savoir s'il est légitime de prendre en compte la part du chiffre d'affaires généré par le e-commerce dans les locaux loués. Une réponse affirmative s'impose, nous semble-t-il, dans la mesure où les clauses recettes ont précisément pour objet d'intéresser le bailleur au chiffre d'affaires réalisé par le locataire dans les lieux loués :

— il en est ainsi évidemment pour les produits commandés, voire également payés sur internet hors des lieux loués, mais retirés en boutiques ;

— il doit, selon nous, en être de même pour les produits commandés et payés sur Internet à partir des lieux loués (bornes internet, *smartphones*, tablettes), quel que soit le lieu de livraison

Dans la pratique, les baux comportant une clause recette définissent systématiquement comment doit s'entendre le chiffre d'affaires du locataire (tout en organisant le droit de contrôle comptable du bailleur).

De deux choses l'une :

— soit le chiffre d'affaires du e-commerce n'est pas pris en compte pour le calcul du loyer variable, à raison particulièrement du refus de locataires -certaines enseignes le refusent, à l'instar de la FNAC par exemple— ;

— soit les parties s'accordent sur ce point.

Pendant plusieurs années, la définition usuelle du chiffre d'affaires adoptée par les parties était très large et pouvait se résumer ainsi : "*il faut entendre par chiffre d'affaires, le montant total des ventes ou services hors taxes réalisés par le Preneur dans, sur ou à partir des lieux loués*". Ce type de rédaction, qui peut paraître favorable au bailleur, avait insuffisamment anticipé le développement du commerce électronique.

Désormais de nombreux baux récents, notamment ceux qui sont consentis dans les centres commerciaux, donnent une définition plus précise encore du chiffre d'affaires à prendre en compte, en fonction :

— des différentes modalités de commandes, de paiement et de livraison évoquées ;

— des lieux où s'effectuent ces opérations ;

— de la commercialisation effective des produits et/ou de leur disponibilité dans les lieux loués.

Au titre des précisions qui peuvent être données, il peut aussi être envisagé que les pourcentages pris en compte pour le déclenchement du loyer variable soient différents selon le type d'opérations, en fonction du niveau de prestations requis et des recettes corrélatives.

Dans un avenir proche, avec l'évolution des techniques, la définition du chiffre d'affaires pourrait être :

— étendue aux ventes résultant de commandes effectuées dans les lieux loués à partir de *smartphones* et tablettes des clients. Cela pourrait être envisagé en particulier compte tenu des procédés d'identification des acheteurs (adresses internet Protocole-IP) et des techniques de géolocalisation, mais ces techniques ne sont pas encore suffisamment fiables à l'heure actuelle ;

— voire corrigée en cas de hausse de fréquentation des locaux loués, afin de prendre en compte l'augmentation de la visibilité des locaux (considérés pour partie comme des *show-rooms*). Il faut préciser sur ce point que l'on peut déterminer la fréquentation par le comptage des flux, comme cela se fait dans les centres commerciaux.

Il faut noter que la part variable des loyers se déclenche peu depuis plusieurs années. Les loyers de base ont, en effet, été fixés en prenant en compte des niveaux de chiffre d'affaires élevés qui ne permettent pas le déclenchement du variable, mais cela pourrait changer à l'avenir notamment avec le développement du e-commerce.

Il est certain, en toute hypothèse, qu'il faut adopter une grande prudence dans la négociation et la rédaction des clauses de loyer variable, compte tenu de la durée des baux (qui sont usuellement de dix ou douze ans dans les centres commerciaux), pour que les prévisions des parties ne soient pas déjouées.

2 — En ce qui concerne la détermination de l'indemnité d'éviction

Deux observations préliminaires peuvent être formulées.

D'une part, seules les activités autorisées peuvent être prises en compte dans l'appréciation de l'indemnité d'éviction (Cass. civ. 3, 10 octobre 1972 n° 71-11.557 N° Lexbase : A6806AG8, Bull. civ. III, n° 505, JCP éd. G 1972, IV, n° 256 ; Cass. civ. 3, 4 mai 2006, n° 05-10.938, FS-P+B N° Lexbase : A2552DP9, Bull. civ. III, n° 108). Et l'on peut se demander à ce titre si le développement du e-commerce par un locataire, dès lors qu'il n'est pas prévu par le bail, respecte la destination initiale. S'agit-il simplement d'une modalité du développement de l'activité autorisée ?

La question mérite clairement d'être posée eu égard à la zone de chalandise illimitée, aux modalités d'exploitation nouvelles, à l'identité de clientèle ou encore au chiffre d'affaires lié au commerce en ligne. La jurisprudence aura peut-être à se prononcer sur cette question, qui doit bien évidemment être appréhendée à l'aune de la jurisprudence rendue en matière de déspecialisation.

D'autre part, il est possible de se demander si la clientèle d'un site Internet est rattachable au fonds de commerce physique.

La doctrine a pu considérer qu'il était difficile de reconnaître une clientèle électronique spécifique dans la mesure où les clients passent d'un canal à l'autre. Il est évident là encore que la réponse devra être donnée au cas par cas. Mais l'exemple de la FNAC est, à cet égard, intéressant, puisqu'il est difficile, dans certains cas d'identifier clairement l'origine de certains flux de clientèle. Nous savons en toute hypothèse que l'estimation de l'indemnité d'éviction impose, de rechercher si le locataire perd ou non sa clientèle, c'est-à-dire son fonds de commerce, du fait de l'éviction et s'il convient en définitive de lui allouer une indemnité de remplacement ou de simple déplacement (C. com., art. L. 145-14 N° Lexbase : L5742AII). Il peut être noté que la jurisprudence a considéré que la possibilité pour un locataire de déménager à proximité, sans perte de clientèle (CA Dijon, ch. civ., sect. B, 27 décembre 2005, n° 02/00 599 N° Lexbase : A4027DUP, JCP éd. G 2006, IV, n° 192) n'est pas établie par le simple fait d'avoir un site internet.

La jurisprudence reconnaît, toutefois, de plus en plus qu'un site internet permet d'envisager plus aisément l'hypothèse du transfert. La cour d'appel de Paris a décidé récemment d'allouer à un locataire une indemnité de 10 000 euros pour la création d'un site internet. Une telle indemnité, selon la cour, est "*de nature à exclure toute perte partielle de clientèle*", alors qu'il n'était pas contesté, en l'espèce, que le locataire devait bénéficier d'une indemnité de remplacement (CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 3 avril 2013, n° 11/08 168 N° Lexbase : A4458KBQ).

Concernant plus spécifiquement l'évaluation de l'indemnité, quelques rares décisions illustrent les difficultés d'évaluation du préjudice subi par le locataire ayant développé son activité par internet

Dans une espèce où l'éviction d'un libraire entraînait la perte du fonds de commerce, la cour d'appel a jugé qu'il convenait de pratiquer un abattement de 50 % sur l'indemnité principale "*pour tenir compte* [tout particulièrement] *de*

l'importance du chiffre d'affaires généré par l'activité de vente de bandes dessinées par internet [et] de l'accroissement sensible du chiffre d'affaires ces dernières années" (CA Paris, 16ème ch., sect. A, 22 juin 2005, n° 01/06 377 N° Lexbase : A9667DIU).

Toujours dans l'hypothèse d'une perte du fonds de commerce, la même cour d'appel, aux termes d'une intéressante décision, a apprécié l'indemnité principale due à un fleuriste, en majorant l'indemnité allouée au titre de l'activité de fleuriste traditionnel, par une indemnité complémentaire de "30 % sur le chiffre d'affaires réalisées par internet", après avoir distingué "la clientèle de proximité ou de passage" de "la clientèle achetant par internet" (CA Paris, 16ème ch., sect. B, 3 mai 2007, n° 06/09 641 N° Lexbase : A3245DW4).

Plus récemment, enfin, par un arrêt du 7 mars 2012, la cour d'appel de Paris a estimé qu'un locataire ayant pu se réinstaller dans de nouveaux locaux et devant bénéficier à ce titre d'une indemnité de transfert, subissait une perte partielle de clientèle justifiant une indemnité complémentaire limitée à 25 % de la valeur de la clientèle, compte tenu, notamment, d'un site internet lui permettant "d'être connu et accessible au-delà des limites de la clientèle habituelle" (CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 7 mars 2012, n° 07/02 915 N° Lexbase : A0364IE9).

Il apparaît ainsi que les juges s'attachent, comme il est usuel en la matière, à rechercher si le locataire évincé peut se réinstaller sans perte significative de clientèle, ce qu'ils apprécient souverainement et au cas par cas.

L'analyse sera différente cependant pour un fonds indépendant et une enseigne nationale ou internationale.

Dans le premier cas, il y a une homogénéité de clientèle entre l'activité exercée dans les lieux loués et le commerce en ligne. Dans l'arrêt précité du 3 mai 2007, la cour d'appel relève même que la clientèle Internet n'a "aucune raison évidente de suivre la société évincée si elle se réinstallait ailleurs".

Dans le second cas, les locaux loués ne constituent qu'un maillon de l'activité globale et la clientèle achetant par Internet est plus autonome par rapport à un point de vente donné. Aussi lorsque l'établissement est détenu par un groupe, il peut être difficile d'apprécier, dans la comptabilité analytique (qui est soumise aux propres règles comptables du groupe), la part du chiffre d'affaire généré par le e-commerce dans les lieux loués.

Dans un article publié dans l'Argus de l'Enseigne en novembre 2013, François et Benjamin Robine, experts près la cour d'appel de Paris, rappellent que pour apprécier l'indemnité d'éviction selon la méthode de la rentabilité (par le résultat), il convient usuellement de procéder à un retraitement de l'excédent brut d'exploitation (EBE), notamment à raison des frais de siège. Or ces frais de siège comprennent désormais, le plus souvent, les frais de développement et de marketing lié au e-commerce (qui correspondent à des prestations effectuées hors du fonds de commerce à évaluer). Ils suggèrent dès lors que là où il y a un usage de retranchement, il doit pouvoir y avoir désormais un ajout. Si l'on tient compte des frais, il faut tenir compte des recettes. Ils considèrent dès lors que "le chiffre d'affaire du e-commerce fait partie du ou des fonds pour une quote-part à déterminer cas par cas : prorata chiffre d'affaires, prorata des visites en magasin, prorata des régions, etc."

Cette analyse doit être suivie si l'on veut déterminer la capacité réelle du fonds de commerce à développer des profits. Elle ne peut être suivie que si le e-commerce a été autorisé et que le bailleur en a tiré profit dans le cadre de la fixation du loyer afin de respecter l'équilibre contractuel. Aucune décision ne s'est encore prononcée sur ces questions. Il est certain que les experts comptables et les experts seront en première ligne pour apporter des réponses aux nombreuses questions posées.

Conclusion

En l'état de la jurisprudence et dans un domaine qui est en constante évolution, il apparaît que la question du e-commerce vient perturber les schémas actuels et modifier les rapports entre bailleurs et locataires.

Il suffit pour s'en convaincre de rappeler l'ambition du Groupe FNAC, partagée par de nombreuses enseignes et commerçants, qui est de "faire tomber les frontières entre les magasins et internet". La FEVAD a même réalisé une étude en 2011, aux termes de laquelle elle annonce, de façon un peu provocante, la fin du e-commerce à l'horizon 2020, et l'avènement du commerce connecté, soulignant ainsi la fin de la dualité entre commerce et e-commerce et l'importance vraisemblable demain du commerce connecté .

On peut craindre que les petits commerçants, mais également les bailleurs, soient insuffisamment protégés face à ce commerce qui se joue des frontières.

Il faut noter en toute hypothèse que le marché du e-commerce en France devrait parvenir à maturité, avec des parts de marché qui vont stagner selon les études les plus récentes (pour représenter moins de 10 % du commerce de

détail en 2016). Surtout, il faut rappeler que le statut des baux commerciaux, qui a su s'adapter depuis soixante ans, laisse encore une grande souplesse aux parties et il est certain que la jurisprudence saura veiller au respect de l'équilibre et de l'économie du contrat.