



LES CLAUSES DU BAIL COMMERCIAL : DU CONSEIL AU CONTENTIEUX

Les garanties du bailleur et la solvabilité des locataires

par Caroline Houin-Bressand 252

L'évolution des exigences d'amélioration de la performance énergétique dans les bâtiments tertiaires existants

par Catherine Saint Geniest 258

Les clauses du bail commercial à l'épreuve de l'obligation de délivrance

par Marie-Laure Besson 262

Les pièges de la clause de cession

par Jérémy Geny La Rocca 267

Vendredi 1^{er} décembre 2023 s'est tenu au centre de congrès Prouvé de Nancy l'acte XVIII de la conférence de l'Atelier des baux commerciaux de Lorraine (ABC de Lorraine) qui, tous les ans, s'intéresse aux pièges et difficultés du bail commercial. Cette année, la conférence avait pour thème : « Les clauses du bail : du conseil au contentieux ». Ont successivement été envisagés les garanties du bailleur et la solvabilité du locataire, la prise en compte, par le contrat, des nouvelles exigences d'amélioration de la performance énergétique dans les bâtiments tertiaires existants mais encore les clauses contractuelles relatives à l'obligation de délivrance et les pièges inhérents à la clause de cession.

LES GARANTIES DU BAILLEUR ET LA SOLVABILITÉ DES LOCATAIRES

par **Caroline Houin-Bressand**
Professeur à l'université de Lorraine

Le législateur n'ignore pas le risque qu'encourt le bailleur d'une défaillance du locataire dans le paiement des loyers et charges. Conscient du fait que le bail entraîne une dépossession de l'immeuble pour une durée qui ne permet pas de présager de la solvabilité future du locataire, il a doté tous les bailleurs de plusieurs prérogatives censées les prémunir contre un risque d'inexécution. Ces mesures de protection restent, cependant, d'une efficacité toute relative.

Ainsi, par dérogation, le bailleur dépourvu de titre exécutoire se trouve dispensé de saisir le juge de l'exécution pour procéder à une saisie conservatoire ou inscrire une sûreté judiciaire sur un bien de son débiteur¹. Mais la pression exercée sur ce dernier risque de n'avoir qu'un temps, après lequel la nécessité d'obtenir un jugement de condamnation du locataire se révélera nécessaire pour convertir la mesure conservatoire en une véritable mesure d'exécution forcée². De même, l'article 1752 du code civil impose au locataire de faire en sorte que les lieux loués soient en permanence garnis de meubles en quantité suffisante pour répondre du paiement des loyers s'il ne fournit pas d'autres garanties de paiement satisfaisantes. Toutefois, la doctrine s'accorde pour relever le caractère très théorique de cette obligation de garnissement dont la violation n'entraînera qu'exceptionnellement la résolution du bail³. Enfin, le bailleur bénéficie d'un privilège sur le mobilier garnissant les lieux loués qui lui confère un droit de paiement prioritaire de toutes ses créances sur le prix de vente de ces meubles s'il prend part à la procédure de distribution du prix⁴. Seulement, outre la réduction de l'assiette du privilège opérée par l'ordonnance n° 2021-192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés⁵, le droit de préférence conféré au bailleur se trouve rapidement primé par d'autres créanciers si une procédure collective est ouverte à l'encontre du locataire⁶. Or, ce risque est particulièrement élevé dans le domaine des baux commerciaux où les locataires sont des professionnels.

Face à l'insuffisance des mesures de protection légales, les bailleurs se tournent vers des outils contractuels, dont le nombre et la diversité témoignent de l'importance qu'ils attachent au paiement effectif de leurs créances. Ces moyens de protection conventionnels peuvent être classés en deux catégories, en distinguant les garanties contractuelles de paiement des sûretés entendues au sens strict.

■ Les garanties contractuelles de paiement

Sans être de véritables sûretés, beaucoup de clauses contractuelles insérées dans le contrat de bail commercial contribuent à la protection du bailleur contre le défaut de paiement des loyers. Certaines sont communes et peuvent donc être insérées dans tous les baux commerciaux, d'autres sont plus spécifiques à un contexte contractuel et ne seront donc prévues que lorsque les circonstances s'y prêtent.

Les garanties générales

Les clauses visant à sécuriser le bailleur

Les clauses relatives au paiement. Parmi les clauses générales, susceptibles d'être stipulées dans tout bail commercial, certaines sécurisent le bailleur en renforçant ses chances de paiement spontané par le locataire ou en facilitant le recouvrement forcé du paiement.

Font partie de la première catégorie les clauses qui organisent le paiement du bailleur selon des modalités qui lui sont favorables et réduisent le risque de manquement du locataire à ses obligations. Par exemple, il en est ainsi de la clause qui prévoit que le paiement du loyer aura lieu « d'avance » plutôt « qu'à terme échu », autrement dit en début plutôt qu'en fin de trimestre ou de mois. Il en va de même de la clause prévoyant le paiement du loyer par un virement périodique ou un prélèvement, plutôt que par un chèque, qui ne présente ni la même automaticité, ni la même fiabilité. Il en va encore aussi des aménagements conventionnels apportés aux règles d'imputation des paiements. S'il appartient en principe au débiteur d'indiquer la dette qu'il souhaite éteindre prioritairement par son paiement partiel⁷, les parties peuvent fixer contractuellement l'ordre d'apurement des dettes et, dans ce cas, le bailleur aura tout intérêt à prévoir le paiement prioritaire des frais de recouvrement, puis des dommages-intérêts ou indemnité d'occupation, puis des impôts et charges et enfin, seulement à la fin, le paiement des arriérés de loyers⁸.

(1) C. pr. exéc. art. L. 511-2.

(2) Sans compter que l'avantage conféré au bailleur ne joue que pour le recouvrement des loyers à l'exclusion des charges, qu'il suppose que le bail soit conclu par écrit et qu'il ne peut pas être utilisé contre la caution du locataire. V. *Droit et Pratique des baux commerciaux*, ss. dir. M.-P. Dumont et H. Kenfack, Dalloz Action 21/22, n° 313.25.

(3) *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, op. cit., n° 311.11.

(4) C. civ., art. 2332, 1°.

(5) L'article 2332 du code civil dispose désormais que le privilège ne s'exerce que sur les meubles « appartenant au débiteur », mettant ainsi fin à la jurisprudence qui en étendait l'assiette aux meubles appartenant à des tiers lorsque le bailleur était de bonne foi (par exemple, Com. 16 nov. 2010, n° 09-70.765, D. 2010. 2828 ; AJDI 2011. 356, obs. N. Damas). V. S. Vernaz, *Quelle assiette pour le privilège du bailleur d'immeuble ?*, JCP N 2023, 1000. On relèvera également que le bailleur ne disposant pas de droit de suite, il ne peut exercer son privilège que sur les meubles dans les lieux à la date à laquelle il met en œuvre sa sûreté.

(6) En liquidation judiciaire, le bailleur se trouve ainsi en rang 13, (C. com., art. L. 643-8).

(7) C. civ., art. 1342-10.

(8) *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, op. cit., n° 264.21.

Les obligations contractuelles complémentaires du locataire. Relèvent de la même idée les obligations mises à la charge du locataire pour garantir au bailleur sa solvabilité financière.

Entrent dans cette catégorie l'interdiction de sous-louer le local ou de donner le fonds en location-gérance et l'obligation corrélative d'assurer l'exploitation personnelle du fonds de commerce ou artisanal. Est également concernée l'obligation faite au locataire de respecter un certain ratio de solvabilité sous peine de devoir fournir une garantie complémentaire. Ces interdictions ou obligations, parfois qualifiées de « sûretés négatives », rassurent le bailleur sur l'avenir de l'activité exploitée dans les lieux loués, qui doit fournir les ressources au paiement des loyers.

Les obligations contractuelles d'assurance. Favorise encore la protection du bailleur contre une éventuelle défaillance du locataire l'obligation de s'assurer imposée contractuellement à ce dernier, faute d'obligation légale en matière de bail commercial.

Dans le cas le plus fréquent, le locataire est seulement tenu de souscrire une assurance incendie ou multirisque pour protéger l'immeuble. Mais il est possible de prévoir une couverture plus étendue en exigeant, par exemple, qu'il souscrive pour son compte une garantie « perte d'exploitation » ou, pour le compte du bailleur, une assurance couvrant les pertes de loyers.

En cas de sinistre, ces assurances garantissent au bailleur de bénéficier d'un payeur solvable, ce qui explique leur fréquence dans les baux commerciaux où elles sont devenues des clauses de style. On relèvera que l'importance qui leur est attachée a conduit la jurisprudence à retenir que le défaut de souscription des garanties d'assurance constitue un manquement qui peut être suffisamment grave pour justifier la résiliation judiciaire du bail⁹.

(9) Civ. 3^e, 14 sept. 2010, n° 09-68.156, RGDA 2011. 197, note A. Astegiano-La Rizza.

(10) C. pr. exéc., art. L. 111-3. Par exemple, Civ. 3^e, 7 sept. 2022, n° 21-17.750, Revue pratique du recouvrement - EJT 2023. 23, chron. E. Morgantini et S. Gonon ; AJDI 2022. 830, obs. J.-P. Blatter.

(11) C. civ., art. 1231-5.

(12) *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, op. cit., n° 264.12 s.

(13) Civ. 3^e, 14 nov. 2019, n° 17-29.037, AJDI 2020. 112.

(14) C. civ., art. 1344. En pratique, ce n'est toutefois pas forcément satisfaisant car la mise en demeure peut permettre d'obtenir l'exécution du contrat.

(15) C. civ., art. 1225.

(16) Par exemple, Civ. 3^e, 8 juin 2023, n° 21-19.099.

(17) Civ. 3^e, 1^{er} févr. 2018, n° 16-28.684, D. 2018. 1511, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; AJDI 2018. 591, obs. C. Dreveau, où il était demandé au juge de vérifier si la clause avait été mise en œuvre de bonne foi par le bailleur et non dans le but de se soustraire aux travaux lui incombant et réclamés par le preneur avant la délivrance de la mise en demeure ; V. aussi : Civ. 3^e, 25 oct. 2018, n° 17-17.384, AJDI 2019. 359, obs. P. Haas.

(18) Pendant la poursuite du bail, le loyer est dû ; mais en cas de défaut de paiement, le bailleur ne peut pas demander la résiliation avant l'expiration d'un délai de trois mois : le bailleur est soumis à un délai d'attente parfois appelé délai de carence (V. C. com., art. L. 622-14 et L. 641-12 ; exemple, Com. 18 janv. 2023, n° 21-15.576, D. 2023. 117 ; *ibid.* 1331, obs. M.-P. Dumont ; *ibid.* 1430, chron. S. Barbot et C. Bellino ; AJDI 2023. 267, obs. J.-P. Blatter ; RTD com. 2023. 228, obs. C. Saint-Alary-Houin).

(19) Civ. 3^e, 26 oct. 2023, n° 22-16.216, D. 2023. 1902 ; *ibid.* 2024. 275, obs. R. Boffa et M. Mekki ; AJDI 2024. 43, obs. J.-P. Blatter : rendu à propos d'un locataire qui avait réglé à quelques dizaines d'euros près l'intégralité de sa dette en huit mois au lieu des vingt-quatre mois laissés.

La conclusion du bail par acte authentique. Enfin, lorsque la défaillance du locataire survient, on ne rappellera jamais suffisamment l'intérêt d'avoir conclu le bail par acte authentique, lequel investit le bailleur d'un titre exécutoire¹⁰ qui lui permet de diligenter immédiatement une voie d'exécution, là où un bail conclu par acte sous seing privé permet seulement de prendre des mesures conservatoires après lesquelles l'assignation du locataire en justice devient nécessaire pour obtenir une décision de condamnation.

Les clauses visant à sanctionner la défaillance du locataire

Les intérêts moratoires et les clauses pénales. En raison de leur caractère comminatoire, les clauses qui sanctionnent les manquements du locataire dans l'exécution de ses obligations participent aussi de la protection du bailleur en anticipant cette potentielle défaillance. Tel est l'objet de la clause fixant le montant des intérêts moratoires dus en cas de retard dans le paiement des loyers et de la clause pénale par laquelle les parties fixent forfaitairement le montant de la réparation due par le preneur en cas de défaut de paiement¹¹.

Le rôle préventif de ces clauses explique l'importance qui y est attachée dans la rédaction des baux commerciaux. Est particulièrement révélatrice, à ce titre, la très grande variété des clauses pénales qui peuvent prendre la forme d'une majoration des loyers impayés, d'une majoration des intérêts de retard par rapport au taux légal, d'une acquisition du dépôt de garantie par le bailleur en cas de résiliation du bail ou encore d'une indemnité d'occupation correspondant à un loyer doublé si le locataire se maintient dans les lieux après la résolution du bail¹².

Cet outil de protection est d'autant plus précieux que les contractants bénéficient d'une réelle marge de manœuvre dans la détermination des modalités de mise en œuvre de ces clauses, comme l'illustre la jurisprudence ayant validé leur application même en cas de résiliation du bail aux torts du bailleur¹³ ou encore la faculté reconnue aux parties de supprimer l'obligation de mise en demeure préalable normalement prévue dans toutes les clauses de sanction¹⁴.

La clause résolutoire. Mais la plus emblématique de toutes les clauses sanctions est sans aucun doute la clause résolutoire permettant d'obtenir la résiliation automatique du bail commercial en échappant au pouvoir d'appréciation du juge.

L'examen du régime de cette clause dépassant largement le cadre de cette étude, il sera seulement rappelé qu'en vertu des dispositions de droit commun, la clause doit préciser les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat¹⁵ – ce qui requiert une attention particulière au moment de la rédaction de l'acte¹⁶ –, et que sa mise en œuvre doit être opérée de bonne foi¹⁷.

En outre, conformément à l'article L. 145-41 du code de commerce, la clause résolutoire ne peut produire effet qu'un mois après un commandement de payer resté infructueux, période que le locataire peut mettre à profit en saisissant le tribunal pour obtenir un délai de grâce en application de l'article 1343-5 du code civil. Cette disposition propre au régime des baux commerciaux, et particulièrement favorable au locataire, nourrit un abondant contentieux en raison des difficultés auxquelles se retrouvent exposés les bailleurs pour obtenir la résiliation du bail avant l'ouverture de la procédure collective de leur cocontractant¹⁸. Ceux-ci approuveront donc l'arrêt du 26 octobre 2023 par lequel la Cour de cassation a jugé que lorsqu'une ordonnance de référé a accordé au titulaire d'un bail à usage commercial des délais pour régler un arriéré de loyers et le loyer courant en suspendant la réalisation de la clause résolutoire, le non-respect de ces délais rend la clause définitivement acquise « sans que la mauvaise foi du bailleur à s'en prévaloir puisse y faire obstacle¹⁹ ».

Lorsque la défaillance du locataire survient, on ne rappellera jamais suffisamment l'intérêt d'avoir conclu le bail par acte authentique

Les garanties circonstanciées

La solidarité passive. D'autres garanties de paiement du bailleur peuvent être mises en place en tirant parti du contexte dans lequel est conclu le bail commercial. En cas de cotitularité du bail commercial, la solidarité permet ainsi au bailleur de pouvoir réclamer le paiement de ses créances à n'importe lequel des locataires sans avoir à diviser ses poursuites. Ce faisant, elle le protège contre l'insolvabilité de l'un des locataires.

On rappellera que sa stipulation expresse dans le contrat n'est pas nécessaire en matière commerciale mais qu'elle reste malgré tout conseillée. En outre, l'engagement solidaire souscrit par les copreneurs ne survit pas, sauf clause contraire, à la résiliation du bail après laquelle seul l'occupant sans droit est tenu au paiement de l'indemnité d'occupation²⁰.

La délégation des sous-loyers. Lorsque le locataire est autorisé à sous-louer les locaux objet du bail commercial, l'article 1753 du code civil reconnaît au bailleur une action directe contre le sous-locataire lui permettant d'être payé du montant des loyers à hauteur du montant des sous-loyers.

Là encore, cette prérogative légale peut être renforcée par la mise en place d'une opération de délégation par laquelle le locataire, en tant que délégant, demande au sous-locataire, en tant que délégué, de s'engager à payer tout ou partie du loyer au bailleur, pris en qualité de délégataire²¹. Sera dès lors écartée la délégation novatoire au profit de la délégation imparfaite, de manière que le bailleur conserve l'engagement du locataire pris en sa qualité de délégant et qu'il bénéficie ainsi de deux débiteurs au lieu d'un.

La garantie du bailleur en cas de cession du bail commercial. Enfin, la cession du bail commercial par le locataire, parce qu'elle entraîne un changement de contractant pour le bailleur, nécessite aussi d'être anticipée pour protéger ce dernier contre la défaillance de ses locataires successifs.

Cette protection passe d'abord par la fixation contractuelle des conditions de la cession, laquelle permet au bailleur de s'assurer de la fiabilité et de la solvabilité du futur locataire. La cession peut, par exemple, être subordonnée à la fourniture par le cessionnaire d'une garantie de paiement des loyers ou, s'il s'agit d'une société, à la justification de sa solidité financière par le respect d'un montant minimal de capitaux propres ou l'absence de dépassement d'un certain seuil d'endettement. On rappellera qu'en privant le bailleur de la possibilité d'interdire la cession du bail à l'occasion de la cession de son fonds de commerce par le locataire, l'article L. 145-16 du code de commerce ne lui enlève pas le droit de poser des conditions à la cession. La Cour de cassation a ainsi récemment rappelé que la clause d'agrément ne contrevient pas à ce texte²².

La protection du bailleur passe ensuite par l'insertion dans le contrat de bail d'une clause de garantie du cédant en vertu de laquelle ce dernier s'engage à garantir la bonne exécution des obligations assumées par le cessionnaire à compter de la cession du bail commercial. Le code de commerce encadre cette garantie par deux textes. L'article L. 145-16-1 du code de commerce prévoit que le bailleur doit informer le cédant de tout défaut de paiement du locataire dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle la somme aurait dû être acquittée par celui-ci. Cette mesure permet au cédant de prendre des mesures conservatoires pour éviter l'accroissement de la dette ou s'assurer de son remboursement par le cessionnaire. L'article L. 145-16-2 du même code limite la durée de la garantie du cédant à trois années à compter de la cession dudit bail pour permettre à ce dernier de pouvoir à terme être libéré des engagements attachés au contrat qu'il a cédé. Mais il convient d'observer que l'efficacité de la clause est totalement neutralisée en cas de procédure collective du cédant²³.

En pratique, les sûretés réelles et personnelles sont souvent combinées

La protection du bailleur s'opère enfin par l'insertion d'une clause de solidarité dite « inversée » par laquelle le cessionnaire peut se porter garant du cédant, notamment, au titre de la dernière échéance de loyer et charges pour éviter les interruptions, mais parfois aussi au titre des arriérés de loyers restés impayés. Depuis la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite « loi Pacte », cette clause est toutefois réputée non écrite dans l'hypothèse particulière où le bail commercial est cédé dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise en difficulté à un repreneur qui n'a pas à assumer de charges financières au-delà du prix de cession²⁴.

Toutefois, aucune garantie contractuelle ne peut véritablement remplacer une sûreté dont l'objet même est de protéger le bailleur contre le risque d'insolvabilité de son locataire en lui assurant d'être désintéressé de sa créance.

■ Les sûretés

Le locataire peut garantir le bailleur par la fourniture d'une sûreté réelle ou d'une sûreté personnelle, sachant qu'en pratique, ces deux catégories de garanties sont souvent combinées.

Les sûretés réelles

Le dépôt de garantie. Parmi les sûretés réelles, la plus courante en matière de bail commercial est sans aucun doute le dépôt de garantie qui consiste pour le preneur à verser une somme d'argent au bailleur, lequel la conserve pendant la durée du bail en garantie des sommes qui pourraient lui être dues. La nature juridique de cette sûreté a longtemps divisé la doctrine. L'obligation de restitution imposée au bailleur fait qu'il ne s'agit pas d'un loyer payé d'avance, ni d'un droit d'entrée. La jurisprudence l'analyse comme un gage espèce qui emporte, a priori, un transfert de propriété de la monnaie remise au bailleur, quand bien même il s'agirait de monnaie scripturale. Cette analyse est confortée par le nouvel article 2374 du code civil, issu de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, qui consacre la cession d'une somme d'argent à titre de garantie dans la catégorie des propriétés-sûretés.

Le régime juridique de cette sûreté présente l'avantage d'être peu contraignant et largement soumis à la liberté contractuelle. Pour garantir efficacement le bailleur, il est conseillé de prévoir que le dépôt de garantie couvrira « toutes les sommes dues au dé-

(20) Civ. 3^e, 1^{er} avr. 2009, n° 08-13.508, D. 2009. 1142, obs. Y. Rouquet ; *ibid.* 2010. 1168, obs. N. Damas ; AJDI 2010. 26, obs. N. Damas.

(21) C. civ., art. 1336.

(22) Com. 19 avr. 2023, n° 21-20.655, D. 2023. 781 ; *ibid.* 1430, chron. S. Barbot et C. Bellino ; *ibid.* 1715, obs. F.-X. Lucas et P. Cagnoli ; Rev. sociétés 2023. 397, obs. F. Reille ; BJE juill. 2023, n° BJE201b3, obs. E. André.

(23) En cas de sauvegarde judiciaire du cédant (C. com., art. L. 622-15), redressement (C. com., art. L. 631 14 et L. 622-15) ou liquidation (C. com., art. L. 641-12, al. 5).

(24) C. com., art. L. 642-7, al. 3.

part du locataire, à quelque titre que ce soit ». Son montant est généralement calculé en fonction de celui du loyer. On rappellera, toutefois, qu'en pratique, cette garantie ne dépasse pas deux termes de loyers car, au-delà de ce seuil, les sommes versées d'avance portent obligatoirement intérêt au profit du locataire²⁵. Cette limitation de montant nécessitera de prévoir une sûreté complémentaire mais on observera que le recours au nantissement de compte peut permettre d'obtenir un effet très comparable à celui du dépôt de garantie en ce qu'il confère un droit exclusif au bailleur sur les sommes déposées en compte, l'essentiel étant que le locataire s'engage à maintenir un solde créditeur minimal²⁶.

Le dépôt de garantie soulève néanmoins la question délicate de son sort en cas de *cession du bail*. Si cette cession est la conséquence de la vente de l'immeuble loué, l'acquéreur ne peut pas demander au locataire le versement d'un nouveau dépôt de garantie²⁷ et la restitution du dépôt de garantie incombe au bailleur originaire²⁸. Lorsque le vendeur et l'acquéreur conviennent d'un transfert du dépôt de garantie, celui-ci reste inopposable au preneur, tiers à l'acte de vente²⁹. Il convient de le lui faire accepter, par exemple par une clause du bail par laquelle le locataire consentirait par avance à ce transfert du dépôt de garantie et reconnaîtrait qu'il ne pourrait demander le remboursement qu'à l'acquéreur de l'immeuble³⁰. Si le bail est cédé à l'initiative du preneur, le sort du dépôt de garantie reste délicat. La poursuite du contrat avec le nouveau locataire semble impliquer que le dépôt de garantie lui soit restitué au terme du bail. Mais si l'on considère que la dette de restitution n'est pas attachée à l'immeuble et qu'elle constitue une dette personnelle du bailleur à l'égard du preneur, la somme ne pourrait être restituée qu'à celui qui l'a versé et un nouveau

dépôt de garantie devrait être constitué par le repreneur. Face à ces incertitudes, les parties ont tout intérêt à définir contractuellement le sort du dépôt de garantie, soit dès le départ, dans le contrat de bail, soit dans l'acte de cession du bail.

Le nantissement de fonds de commerce. Selon sa valeur, le fonds exploité par le locataire dans le local loué peut également constituer un actif intéressant à grever d'une sûreté en faveur du bailleur. Le nantissement du fonds de commerce fait ainsi naturellement partie de l'arsenal des sûretés susceptibles d'être mises en place, tout particulièrement en cours de bail, si les impayés du locataire s'accumulent pour former une créance conséquente.

Le régime du nantissement de fonds de commerce a été significativement modernisé par l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, laquelle a rendu à cette sûreté une partie de son attractivité. Les règles de publicité, en particulier, ont été pour partie alignées sur le droit commun pour ne plus enfermer l'obligation de publier dans un délai légal et pour substituer la sanction de l'inopposabilité aux tiers à celle de la nullité³¹. Mais a été conservée sa durée de dix ans par dérogation à la durée de droit commun de cinq ans qui est moins favorable au créancier contraint de renouveler plus rapidement son inscription³². Il convient encore de rappeler que cette publicité s'opère désormais au registre des sûretés mobilières et autres opérations connexes, dont le régime est fixé aux articles R. 521-1 et suivants du code de commerce³³.

L'avantage de cette sûreté est de conférer un droit de suite au bailleur³⁴, le droit également d'être informé du déplacement du fonds³⁵ ou de la cession isolée d'un élément du fonds qui est opéré à la demande d'un autre créancier du commerçant³⁶. Ses inconvénients restent toutefois importants : son assiette ne comprend pas le stock de marchandises³⁷, le bailleur ne peut pas demander l'attribution du fonds à titre de paiement³⁸, il ne dispose pas de droit de rétention³⁹, et son droit de préférence présente un rang médiocre dans les procédures collectives⁴⁰.

Malgré la modernisation récente de son régime, l'efficacité du nantissement de fonds de commerce reste discutable

(25) C. com., art. L. 145-40, *Mémento Francis Lefebvre Baux commerciaux*, 2023/2024, n° 36070.

(26) *Mémento Francis Lefebvre Baux commerciaux*, 2023/2024, n° 36020.

(27) Civ. 3^e, 26 mars 2014, n° 13-10.698, D. 2014. 825 ; *ibid.* 1610, obs. P. Crocq ; AJDI 2014. 703, obs. F. Cohet ; JCP E 2014, 1351, 11, note J.-B. Seube.

(28) Civ. 3^e, 1^{er} avr. 2003, n° 02-10.096 ; 28 juin 2018, n° 17-18.100.

(29) Civ. 3^e, 18 janv. 1983, n° 81-15.516, Defrénois 1983. 1167, n° 33133, n° 84, obs. J.-L. Aubert.

(30) *Guide des baux commerciaux*, sous la dir. J. Monéger, LexisNexis, 22/23, n° 478.

(31) C. com., art. L. 141-6.

(32) C. com., art. R. 521-12.

(33) Le contenu du bordereau a été précisé par arrêté du 23 octobre 2023.

(34) C. com., art. L. 143-12.

(35) C. com., art. L. 143-1.

(36) C. com., art. L. 143-10.

(37) C. com., art. L. 142-2.

(38) C. com., art. L. 142-1.

(39) C. civ., art. 2355, al. 4.

(40) C. com., art. L. 643-8.

(41) On relèvera seulement que depuis la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021, il s'agit nécessairement d'un cautionnement commercial. L'article L. 110-1 du code de commerce a été complété d'un 11^e acte de commerce qui vise les cautionnements de dettes commerciales, entre toutes personnes, peu important la qualité des parties. V. B. Saintourens, Le cautionnement de dettes commerciales : nouvel acte de commerce, RTD com. 2022. 29. Cette qualification entraîne la compétence du tribunal de commerce (C. com., art. L. 721-3, 3^e).

(42) Civ. 3^e, 30 oct. 2012, n° 11-23.717.

Les sûretés personnelles

Parmi les sûretés personnelles, le cautionnement reste la garantie la plus couramment utilisée en raison de sa gratuité et de sa simplicité de mise en place. Son efficacité relative, liée aux nombreux moyens de défense reconnus à la caution, a toutefois fait de la garantie autonome délivrée par les banques une sûreté alternative de qualité.

Le cautionnement

Les conditions de conclusion du cautionnement. Le cautionnement des créances nées d'un bail commercial est régi par *le droit commun du cautionnement* prévu aux articles 2288 et suivant du code civil⁴¹. Il n'y a pas de texte équivalent à l'article 22-1 prévu dans la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation, qui imposerait de remettre un exemplaire du bail à la caution (bien que la pratique soit en ce sens) ou poserait des limites à la fourniture d'une caution au bailleur.

Au regard du régime général du cautionnement, une attention particulière doit être apportée à l'article 2294 du code civil qui, en disposant que le cautionnement doit être exprès, impose d'interpréter les actes incomplets ou ambigus en faveur de la caution. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence retient, par exemple, que le cautionnement ne garantit pas le paiement de l'indemnité d'occupation due après la résiliation du bail⁴², sauf si la caution s'est

engagée à garantir les sommes dues par le preneur « pendant toute la durée de son occupation des lieux⁴³ ». Pour assurer une sécurité pleine et entière au bailleur, le cautionnement doit être rédigé en envisageant largement les dettes couvertes par la caution, sans limiter celles-ci aux seuls loyers et charges.

La caution personne physique. Lorsque la caution est une personne physique, doivent, en outre, être prises en compte les règles de protection instituées par le législateur, et notamment l'exigence d'une *mention apposée par la caution à titre de validité* lorsque le cautionnement est conclu par acte sous seing privé. La réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021 a assoupli ce formalisme en abandonnant l'obligation pour la caution de recopier une mention prérédigée qui, en raison des erreurs ou omissions fréquemment commises dans cette transcription, générerait un abondant contentieux. Il suffit désormais que la mention permette de démontrer que la caution a pleinement conscience de la portée de son engagement⁴⁴. En revanche subsiste l'obligation de plafonner le cautionnement à un montant maximal qui, en matière de bail commercial, est en pratique fixé à six mois ou un an de loyers, ce qui permet de compléter la couverture apportée par le dépôt de garantie.

Par ailleurs, lorsque *le bailleur est un professionnel*⁴⁵, ce dernier est soumis à plusieurs obligations d'information légale vis-à-vis de sa caution⁴⁶, dont l'engagement ne doit pas non plus présenter une disproportion manifeste par rapport à l'étendue de son patrimoine sous peine de pouvoir faire l'objet d'une réduction⁴⁷.

Enfin, si *le locataire est un entrepreneur individuel*, lequel est titulaire de deux patrimoines depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, on observera qu'il ne peut se porter caution sur son patrimoine personnel des dettes de loyers et de charges nées d'un bail commercial qui relèvent naturellement de son patrimoine professionnel⁴⁸. Pour étendre le droit de gage du bailleur à son patrimoine personnel, ce dernier doit demander à l'entrepreneur individuel de renoncer à la séparation de ses patrimoines à son profit. Cette renonciation est spéciale, autrement dit consentie pour le recouvrement d'un engagement spécifique, et elle est soumise à un formalisme strict, protecteur du chef d'entreprise⁴⁹.

La caution personne morale. Enfin, le cautionnement consenti par une société est lui-même soumis à des conditions particulières de conformité à l'objet social et à l'intérêt de la société⁵⁰.

La première condition est jugée remplie par la jurisprudence si le cautionnement entre dans l'objet social, s'il existe une communauté d'intérêt entre la société caution et le locataire cautionné, ou encore si le cautionnement a été consenti par tous les associés⁵¹. La deuxième condition s'apprécie à partir du profit retiré de l'opération par la société caution et du risque encouru au regard des caractéristiques de son patrimoine. Toutefois, ces deux paramètres ne se cumulent pas et un cautionnement risqué sera jugé conforme à l'intérêt de la société s'il est compensé par un avantage économique direct ou indirect à se porter caution⁵².

Par ailleurs, il doit être observé que l'inobservation de ces conditions n'empêche pas la même sanction selon que le cautionnement est donné par une société à risque illimité ou limité. Dans le premier cas, le cautionnement encourt la nullité, tandis que dans le second, la société restera engagée par le cautionnement sauf dans l'hypothèse d'un défaut de conformité à l'objet social connu du créancier⁵³, autrement dit, ici, du bailleur. Pour une SA, une SAS ou une SARL, la sanction est reportée sur le gérant susceptible d'engager sa responsabilité.

Mais, en tout état de cause, quelle que soit la forme de la société, le cautionnement d'une personne morale restera toujours plus utile au bailleur que celui d'une personne physique, en ce qu'il permet d'échapper aux mesures de protection instaurées par le code civil et à la règle de la suspension des poursuites de la caution en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du locataire⁵⁴.

Le sort du cautionnement en cours de bail. Au-delà de ses condi-

tions de validité, le cautionnement soulève la question de son sort en cours de bail commercial selon les événements susceptibles d'affecter ce dernier.

On rappellera, à ce titre, que *la vente de l'immeuble* a donné lieu à des incertitudes jurisprudentielles jusqu'à ce que la Cour de cassation décide, dans un arrêt du 6 décembre 2004, qu'en l'absence de stipulations contraires, le cautionnement était maintenu en faveur du nouveau propriétaire bailleur, en tant qu'accessoire de la créance des loyers cédée à l'acquéreur⁵⁵.

À l'inverse, *le renouvellement et la tacite reconduction du bail commercial*⁵⁶, comme le bail commercial qui fait suite à un bail dérogatoire⁵⁷, sont autant d'événements qui mettent fin au cautionnement, sauf stipulation expresse contraire.

Il en va de même en cas de *cession du bail commercial par le locataire*. L'opération entraînant un changement de débiteur, le cautionnement prend fin. C'est au cessionnaire de fournir un nouveau cautionnement au bailleur pour garantir ses propres dettes. Toutefois se pose la question de savoir si la caution

(43) Civ. 1^{re}, 21 mars 2006, n° 04-17.323, RTD civ. 2006. 798, obs. P. Crocq.

(44) C. civ., art. 2297.

(45) La notion de « créancier professionnel » est envisagée largement par la jurisprudence : V. Civ. 1^{re}, 9 juill. 2009, n° 08-15.910, D. 2009. 2198, note S. Piédelièvre ; *ibid.* 2032, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2058, chron. P. Chauvin, N. Auroy et C. Creton ; *ibid.* 2010. 790, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD civ. 2009. 758, obs. P. Crocq ; RTD com. 2009. 601, obs. D. Legeais ; *ibid.* 796, obs. D. Legeais ; Com. 27 sept. 2017, n° 15-24.895, D. 2017. 1908 ; *ibid.* 2018. 583, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; JA 2017, n° 568, p. 11, obs. X. Delpech ; AJ contrat 2017. 544, obs. Y. Picod ; JT 2017, n° 202, p. 11, obs. X. Delpech ; RTD civ. 2018. 178, obs. P. Crocq ; RTD com. 2018. 161, obs. D. Hiez. Cette qualité a été retenue à propos d'une SCI bailleuse au titre d'un bail commercial (Com. 22 févr. 2017, n° 14-17.491).

(46) Un devoir de mise en garde lorsque l'engagement du locataire est inadapté à ses capacités financières (C. civ., art. 2299), une obligation d'information annuelle sur le montant de la dette restant due par le locataire (C. civ., art. 2302) et une obligation d'information dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois par le locataire (C. civ., art. 2303).

(47) C. civ., art. 2300.

(48) C. com., art. L. 526-22, al. 3.

(49) C. com., art. L. 526-22 et D. 526-8.

(50) Par exemple, Civ. 1^{re}, 11 janv. 2023, n° 21-16.839 ; Com. 6 janv. 2021, n° 19-15.299.

(51) Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, n° 04-17.893, D. 2007. 2881, et les obs. ; RTD com. 2008. 141, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *ibid.* 167, obs. D. Legeais.

(52) Com., 2 nov. 2016, n° 16-10.363, D. 2016. 2335, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2017. 1996, obs. P. Crocq.

(53) C. com., art. L. 227-6. Par exemple, Com. 14 févr. 2018, n° 16-16.013, Rev. sociétés 2018. 378, note R. Dalmau ; BJS 2018. 412, note E. Schlumberger. En revanche, le défaut de conformité à l'intérêt social n'est pas sanctionné par la nullité du cautionnement (Com., 12 mai 2015, n° 13-28.504, D. 2015. 2427, obs. A. Lienhard, note D. Robine ; *ibid.* 1810, obs. P. Crocq ; Rev. sociétés 2015. 515, note A. Viandier ; RTD civ. 2015. 663, obs. P. Crocq, pour une SARL ; Com. 19 sept. 2018, n° 17-17.600, pour une SAS).

(54) C. com., art. L. 622-28.

(55) Cass., ass. plén., 6 déc. 2004, n° 03-10.713, D. 2005. 227, note L. Aynès ; *ibid.* 70, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 749, obs. N. Damas ; *ibid.* 1424, obs. A. Boujeka, M. Bourassin, E. Claudel et B. Thullier ; *ibid.* 2078, obs. P. Crocq ; AJDI 2005. 240, obs. F. Cohet-Cordey ; RTD com. 2005. 51, obs. J. Monéger ; *ibid.* 404, obs. D. Legeais ; JCP 2003 10010, note S. Piédelièvre.

(56) Com. 16 janv. 2007, n° 05-10.028, RLDC 2007/36, n° 2450, obs. J.-J. Ansault ; Civ. 1^{re}, 5 nov. 2009, n° 08-15.433, AJDI 2010. 376, obs. F. de La Vaissière ; RLDC 2010/67, n° 3679 ; obs. J.-J. Ansault ; Gaz. Pal. 5 et 6 mai 2010, p. 21, note M.-P. Dumont-Lefrand. V. aussi *Droit et pratique des baux commerciaux*, Précis Dalloz, op. cit., n° 312.31.

(57) Civ. 3^e, 23 mai 2013, n° 11-17.071, D. 2013. 1345, obs. Y. Rouquet ; *ibid.* 1794, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; AJDI 2013. 758, obs. D. Lipman-W. Boccaro ; RTD com. 2013. 463, obs. F. Kendérian ; RDBF 2013, n° 4, p. 53, comm. D. Legeais.

initiale reste tenue de couvrir l'engagement du locataire cédant au titre de sa garantie solidaire⁵⁸. La Cour de cassation l'avait d'abord admis⁵⁹, pour ensuite écarter cet engagement sur le fondement du caractère exprès du cautionnement⁶⁰. La réforme du droit des obligations issue de l'ordonnance du 10 février 2016 a mis un terme à ces incertitudes en retenant la première solution de la haute juridiction. L'article 1216-3 du code civil dispose, en effet, en matière de cession de contrat, que si le cédant n'est pas libéré, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent⁶¹.

La garantie autonome

Atouts de la garantie autonome. Pour éviter les aléas du cautionnement, les parties peuvent se tourner vers la garantie autonome par laquelle le garant s'oblige à verser une somme d'argent sur simple demande du bénéficiaire⁶². C'est le fait que l'engagement du garant porte sur un montant prédéfini, et non pas sur ce que doit effectivement le locataire, qui marque la différence entre cette sûreté et le cautionnement. En matière de bail commercial, ce montant peut par exemple correspondre à la somme de tous les loyers dus jusqu'au terme du bail, éventuellement augmentée de la somme des charges. Une réduction progressive de ce montant peut être prévue à chaque période triennale en mettant en place une garantie dite « glissante ». L'essentiel est que l'engagement du garant soit prédéterminé et ne dépende pas de la dette du locataire, au risque d'être requalifié en cautionnement.

(58) *V. supra.*

(59) Civ. 3^e, 11 mai 1995, n° 93-11.410.

(60) Civ. 1^{er}, 16 oct. 2013, n° 12-15.904, AJDI 2014. 697, obs. R. Hallard.

(61) C. civ., art. 1216-3.

(62) C. civ., art. 2321.

(63) Civ. 3^e, 25 mars 2021, n° 20-11.071.

(64) Civ. 3^e, 25 janv. 2023, n° 22-10.648, D. 2023. 174 ; RTD com. 2023. 557, obs. J. Monéger ; LEDU mars 2023, n° DIU201k3, obs. A. Cerda. L'article 14 de la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 interdisait, du 17 octobre 2020 jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'activité du locataire, éligible à ce dispositif, cesse d'être affectée par une mesure de police administrative, la mise en œuvre de toutes sûretés réelles et personnelles garantissant le paiement des loyers ou charges locatives afférents aux locaux professionnels ou commerciaux. L'appel à la garantie durant cette période était ainsi indiscutablement abusif et justifiait le blocage de la garantie malgré son caractère indépendant. On observera que la protection de la locataire n'était toutefois que temporaire. La mise en œuvre de la garantie pouvait donc être réactivée à l'expiration de la période juridiquement protégée car les locataires n'étaient pas pour autant libérés du paiement de leurs loyers et charges locatives (Civ. 3^e, 30 juin 2022, n° 21-20.127, 21-20.190, 21-19889, Revue pratique du recouvrement - EJT 2023. 19, chron. E. Morgantini et S. Gonon ; D. 2022. 1445, note D. Houtcieff ; *ibid.* 1398, point de vue S. Tisseyre ; AJDI 2022. 605, obs. J.-P. Blatter ; *ibid.* 874, chron. J.-P. Blatter ; JT 2022, n° 255, p. 11, obs. X. Delpech ; RTD civ. 2022. 912, obs. P.-Y. Gautier ; RTD com. 2022. 435, étude F. Kendérian).

Cette sûreté confère une très grande sécurité au bailleur, en raison, d'une part, de l'impossibilité pour le garant d'opposer les exceptions nées du contrat principal et, d'autre part, de l'inexistence de mesures légales de protection comparables à celles reconnues à la caution personne physique. À ces avantages juridiques vient s'ajouter le fait qu'en pratique, ces garanties sont fournies par des établissements de crédit évidemment désireux d'honorer leurs engagements. L'ensemble de ces caractéristiques confère une fluidité, une automaticité à la mise en jeu de cette sûreté qui la rapproche du dépôt de garantie. Pour le bailleur, la simplicité avec laquelle il peut appeler la garantie sans avoir à justifier d'un manquement du locataire lui permet de recevoir une somme d'argent correspondant au montant de la garantie pratiquement comme s'il l'avait déjà entre les mains. Pour le locataire, la sûreté peut s'avérer coûteuse mais elle le dispense de bloquer une somme sur un compte nanti ou de verser un important dépôt de garantie et ainsi de conserver de la trésorerie.

Les limites à l'automaticité de la garantie. L'automaticité de la garantie autonome ne doit pas toutefois s'opérer au détriment d'un locataire qui respecterait ses engagements financiers.

Sa protection passe d'abord par un *formalisme contractuel*. Les termes de la lettre de garantie fixent, en effet, les conditions de son appel par le bénéficiaire et donc les limites de la sûreté. Est ainsi généralement prévue une durée de validité avant laquelle et après laquelle un appel à la garantie est inefficace. Ce dernier peut également être subordonné au respect de certaines exigences, telles que l'envoi de la demande par voie de signification, de manière à responsabiliser le bénéficiaire. Ces stipulations contractuelles préservent le locataire contre le risque de détournement de la garantie de sa finalité. En apporte une illustration un arrêt de la Cour de cassation rendu le 25 mars 2021 à propos d'un bailleur qui avait actionné la garantie autonome après avoir refusé le renouvellement du bail au locataire, certainement dans l'intention d'utiliser le montant de la garantie pour payer l'indemnité d'éviction due au locataire⁶³. La mise en jeu de la sûreté lui a toutefois été refusée car la garantie ne couvrait qu'une dette spécifique du locataire correspondant aux travaux de remise en état des lieux. Or, l'arrêt rappelle que « si l'exercice du droit d'option par la bailleuse mettait fin au bail, le départ des locataires était subordonné au paiement d'une indemnité d'éviction et que celles-ci étaient en droit de se maintenir dans les lieux jusqu'au règlement de l'indemnité ». L'étroitesse de la garantie a ainsi, en l'espèce, permis au locataire d'éviter que la sûreté ne soit irrégulièrement appelée dans un but distinct de la finalité pour laquelle elle avait été mise en place.

En outre, l'exécution d'une garantie autonome garde, dans tous les cas, pour limite l'hypothèse d'un *appel manifestement abusif ou frauduleux*. L'abus de droit du bénéficiaire et la fraude sont les exceptions à l'indépendance de la garantie qui autorisent le blocage du paiement par la banque. Un arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2023 en a donné un récent exemple en retenant que constituait un trouble manifestement illicite justifiant de faire interdiction à la banque de payer la mise en œuvre d'une garantie à première demande pour obtenir le paiement des loyers et charges locatives nés pendant la période protégée liée à l'épidémie du coronavirus⁶⁴.

L'ÉVOLUTION DES EXIGENCES D'AMÉLIORATION DE LA PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE DANS LES BÂTIMENTS TERTIAIRES EXISTANTS

par Catherine Saint Geniest

Avocate à la cour d'appel de Paris, associée Jeantet

L'Union européenne s'est engagée à réduire ses niveaux d'émissions internes de gaz à effet de serre de 40 % avant 2030, et de 80-95 % avant 2050 par rapport aux niveaux de 1990.

Avec une consommation de 45 % de l'énergie et une production de 25 % de gaz à effet de serre, le secteur du bâtiment représente aujourd'hui le principal défi de la performance énergétique et un enjeu crucial pour l'environnement (le secteur du bâtiment représente 43 % dans la répartition de la consommation d'énergie par secteur d'activité).

La première tentative de prendre en compte les problématiques environnementales dans l'immobilier tertiaire date de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « loi Grenelle II ».

Après une rapide revue des textes mettant en place le processus d'amélioration de la performance énergétique dans les bâtiments existants, nous envisagerons les objectifs du décret tertiaire ainsi que les moyens de sa mise en œuvre, et enfin nous évoquerons les spécificités des travaux d'amélioration de la performance énergétique des bâtiments existants dans les relations entre les bailleurs et les preneurs.

■ Le principe de l'amélioration de la performance énergétique dans les bâtiments existants

La loi n° 2009-967 du 3 août 2009, dite « loi Grenelle I », fixe des objectifs nationaux de réduction des consommations d'énergie d'au moins 38 % d'ici à 2020 dans les bâtiments existants. Dans son prolongement, l'article 3 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, dite « loi Grenelle II », dispose que des travaux d'amélioration de la performance énergétique sont réalisés dans les bâtiments existants à usage tertiaire ou dans lesquels s'exerce une activité de service public dans un délai de 8 ans à compter du 1^{er} janvier 2012. Pour la première fois, un principe d'obligation de travaux est donc posé pour assurer la rénovation énergétique du parc tertiaire, public et privé.

Les modalités d'application de cette obligation étaient renvoyées à un décret en Conseil d'État.

En août 2015, l'article 17 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte (loi n° 2015-992 du 17 août 2015) a durci les objectifs : l'obligation de rénovation du parc tertiaire est prolongée par périodes de 10 ans à partir de 2020 jusqu'en 2050, avec un niveau de performance renforcé à atteindre chaque décennie, de sorte que le parc concerné réduise ses consommations d'énergie d'au moins 60 % d'ici 2010.

Pour la première fois, la loi indiquait que le raisonnement se ferait suivant les consommations d'énergie finales et son article 17 précisait que le décret pour chaque décennie devait être publié au moins 5 ans avant son entrée en vigueur.

Il s'agit d'atteindre un niveau d'exigence de performance énergétique similaire à celui des bâtiments neufs.

Paru au *Journal officiel* du 10 mai 2017, le décret n° 2017-918 du 9 mai 2017 dit « décret tertiaire » est venu préciser les modalités d'application de l'article 17 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, et met en place une nouvelle obligation d'amélioration de la performance énergétique dans les bâtiments à usage tertiaire.

Attendu depuis plusieurs années, ce décret indiquait que les actions d'amélioration de la performance énergétique qui devaient être réalisées dans les bâtiments existants à usage tertiaire ou dans lesquels s'exerçait une activité de service public au 1^{er} janvier 2020.

Selon ce texte, deux options sont ouvertes pour diminuer la consommation énergétique totale du bâtiment :

- une diminution de 25 % de la consommation d'énergie par rapport à la consommation de référence (pas avant 2010) ;
- un seuil de consommation d'énergie primaire à ne pas dépasser et à définir par arrêté.

Ces dispositions concernent les bâtiments ou parties de bâtiment existants, à usage de bureau, de commerces et d'enseignement, regroupant des locaux de même usage appartenant à un propriétaire unique, d'une surface supérieure à 2000 m².

Afin de mettre en œuvre ces objectifs, le texte rend obligatoire la réalisation d'un audit de performance énergétique portant sur tous les postes de consommation et suggérant des actions d'économie d'énergie ainsi qu'un plan d'action permettant d'atteindre l'objectif.

Les nouvelles obligations sont les suivantes :

- la réalisation d'actions de sensibilisation par les occupants, visant à inciter leur personnel à utiliser les équipements de façon à en diminuer les consommations énergétiques ;
- la réalisation par un professionnel d'une étude énergétique portant sur tous les postes de consommation comportant des propositions de travaux d'économie d'énergie, des recommandations hiérarchisées selon leur temps de retour sur investissement ainsi que des combinaisons d'actions cohérentes pour répondre aux objectifs précisant pour chacune d'entre elles la diminution des consommations énergétiques engendrée, son coût estimatif ainsi que son temps de retour sur investissement ;
- sur la base de cette étude, élaboration d'un plan d'actions cohérentes permettant d'atteindre les objectifs.

L'exécution de ce décret a toutefois été suspendue. En effet, par une première ordonnance du 28 juin 2017, le Conseil d'État¹ a ordonné la suspension partielle de l'exécution du décret du 9 mai 2017 en tant qu'il comporte les mots « avant le 1^{er} juillet 2017 ». Puis, par une seconde ordonnance du 11 juillet 2017, le juge des référés du Conseil d'État² a ordonné la suspension de l'application du décret dans son intégralité. Le Conseil d'État a annulé le décret du 9 mai 2017 le 18 juin 2018³.

En effet, ce texte ne respectait pas le délai requis entre sa publication et la date d'application des obligations. De plus, il ne prenait pas en compte certains bâtiments du secteur tertiaire ni les différences significatives de performance énergétique selon les types de bâtiments et d'activités.

C'est pourquoi le législateur, avec la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite « loi ELAN », a assoupli les exigences du décret tertiaire, notamment en échelonnant plus largement dans le temps les objectifs de réduction d'énergie des bâtiments ou ensembles de bâtiments du secteur tertiaire.

Le nouvel article L. 174-1 du code de la construction et de l'habitation prévoit ainsi une réduction d'énergie de 40 % en 2030, 50 % en 2040 et 60 % en 2050, par rapport à une consommation d'énergie de référence qui ne peut être antérieure à 2010.

Une modulation est également admise dès lors que :

- les bâtiments concernés connaissent des contraintes techniques, architecturales ou patrimoniales ;

- lesdits bâtiments font l'objet d'un changement de l'activité exercée ou du volume de cette activité ;

- les coûts des actions par rapport aux avantages attendus en termes de consommation d'énergie finale sont manifestement disproportionnés.

Le nouvel article L. 174-1 du code de la construction et de l'habitation, modifié par la loi ELAN du 23 novembre 2018, dispose aussi :

« II. Les propriétaires des bâtiments ou des parties de bâtiment et, le cas échéant, les preneurs à bail sont soumis à l'obligation prévue au I pour les actions qui relèvent de leurs responsabilités respectives en raison des dispositions contractuelles régissant leurs relations. Ils définissent ensemble les actions destinées à respecter cette obligation et mettent en œuvre les moyens correspondants chacun en ce qui les concerne, en fonction des mêmes dispositions contractuelles. »

Ainsi, tant les bailleurs que les preneurs sont visés par le texte, de sorte que l'administration se réserve d'agir contre les deux parties au bail.

Le texte impose encore que l'évaluation du respect de l'obligation soit annexée, à titre d'information, en cas de location au contrat de bail.

« L'évaluation du respect de l'obligation est annexée, à titre d'information :

1° En cas de vente, à la promesse ou au compromis de vente et, à défaut, à l'acte authentique de vente ;

2° En cas de location, au contrat de bail. »

(1) CE 28 juin 2017, n° 411578, AJDA 2017. 1871.

(2) CE 11 juill. 2017, n° 411578, AJDA 2017. 1871.

(3) CE 18 juin 2018, n° 411583, Lebon ; AJDA 2018. 1249.

Désormais, la première échéance est en 2030 (et non plus 2020), avec un but à atteindre à cette date : une réduction globale de 40 % des dépenses d'énergie.

Au plus tard le 31 décembre des années 2031, 2041 et 2051, le gestionnaire de la plateforme numérique doit vérifier si, pour tous les assujettis à l'obligation visée par l'article L. 174-1 du code de la construction et de l'habitation, les objectifs fixés ont été accomplis.

Si tel est le cas, le dossier technique défini à l'article R. 174-26 du même code, permettant de justifier la modulation de l'objectif, doit être mis à la disposition des agents chargés des contrôles.

L'évaluation du respect de l'obligation énoncée dans les trois derniers paragraphes du II de l'article L. 174-1 du CCH est effectuée en se basant sur la dernière attestation numérique annuelle.

■ Les modalités d'application du nouveau décret tertiaire

Le décret n° 2019-771 du 23 juillet 2019, dit « nouveau décret tertiaire », relatif aux obligations d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire, paru au *Journal officiel* le 25 juillet 2019, est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2019. Il vient préciser le champ d'application de l'obligation de l'article L. 174-1 du code de la construction et de l'habitation en déterminant les catégories de bâtiments soumis à cette obligation ainsi que les conditions d'applications de la modulation prévue.

Un champ d'application élargi

Tous les bâtiments ou locaux d'activité à usage tertiaire existant au 24 novembre 2018 dont la surface d'exploitation est supérieure ou égale à 1 000 m² sont concernés par ce décret. Le décret fixe également les modalités de mise en place d'une plateforme informatique de recueil et de suivi des consommations d'énergie.

L'obligation de réduction de la performance énergétique du parc tertiaire est détaillée par le décret tertiaire qui fait le point sur :

- les typologies de bâtiments concernés en fonction de leur surface et type d'activité ;
- le seuil minimal de performance à atteindre pour chaque typologie de bâtiment ;
- les conditions d'application des modulations en cas de contraintes techniques, architecturales ou patrimoniales, de changement d'activité ou de rentabilité trop faible ;
- les modalités de transmission des consommations d'énergie ;
- les modalités de publication des résultats dans les bâtiments concernés ;
- le montant de la sanction encourue en cas de non-respect de l'obligation.

Tous les bâtiments existants à usage tertiaire de plus de 1 000 m² sont concernés. Si l'une des activités cesse et fait basculer la superficie tertiaire sous ce seuil, l'obligation est maintenue.

Les objectifs à atteindre successivement s'entendent soit à un niveau de consommation d'énergie finale réduit de x % selon l'année pallier par rapport à une consommation énergétique de référence qui ne peut être antérieure à 2010, soit à un niveau de consommation d'énergie finale fixé en valeur absolue, en fonction de la consommation énergétique des bâtiments nouveaux de leur catégorie.

Les exemptions sont limitées à celles prévues dans le cadre de la directive européenne sur la performance énergétique des bâtiments et transposées dans l'article R. 174-22 du code de la construction et de l'habitation : les constructions provisoires, les lieux de culte et l'usage opérationnel défense, de sécurité civile et de sûreté intérieure.

OPERAT, une plateforme informatique de collecte d'informations

Le décret fixe également les modalités de mise en place d'une plateforme informatique de recueil et de suivi des consommations d'énergie. En effet, les consommations énergétiques des bâtiments concernés doivent être envoyées sur ladite plateforme gérée par l'ADEME dès 2021 qui est l'opérateur chargé d'organiser la mise en place de la plateforme OPERAT.

L'article R. 131-41 du code de la construction et de l'habitation dispose que cette obligation de transmission des informations sur la plateforme OPERAT gérée par l'ADEME incombe au propriétaire et, le cas échéant, au preneur à bail. Ainsi, l'obligation de déclaration repose de façon solidaire sur le propriétaire et l'occupant, ce dernier étant le seul à pouvoir fournir les consommations finales des lieux loués.

Toutes les consommations sont concernées (en énergie finale, par type d'énergies et correspondant aux consommations facturées) : les postes de consommation conventionnelle de la réglementation thermique (chauffage-ventilation-climatisation, pompes, eau chaude sanitaire), mais aussi l'éclairage, les ascenseurs, la sécurité incendie et les dépenses propres à l'activité (bureautique, logistique).

En retour, la plateforme fournit une attestation annuelle des consommations ajustées en fonction des variations climatiques,

par rapport aux objectifs. Cette attestation est complétée par la notation Éco énergie tertiaire qui qualifie l'avancée dans la démarche de réduction de la consommation énergétique au regard des résultats obtenus par

rapport à l'objectif en valeur absolue qui constitue la référence pour chaque catégorie (d'une feuille grise pour « insatisfaisant » à trois feuilles vertes pour « excellent »).

Bailleur et preneur sont tous deux tenus des obligations issues du décret tertiaire

Une responsabilité solidaire entre le propriétaire et le preneur à bail

La particularité du dispositif mis en place par le décret tertiaire est de prévoir que bailleur et preneur sont tous deux tenus des obligations issues du décret tertiaire.

Cela étant, l'obligation de réduire les consommations d'énergie s'impose aux bailleurs comme à leurs locataires. Le périmètre de responsabilité de chacun est renvoyé à la rédaction du bail. Les parties doivent donc définir de concert les actions nécessaires à la réduction de consommation et mettre en œuvre les moyens correspondants chacun pour ce qu'ils doivent conformément à la répartition des obligations qu'ils ont définies aux termes du bail.

Les arrêtés « Méthode » et « Valeurs absolues I et II »

L'arrêté « Méthode » du 10 avril 2020

Celui-ci précise les modalités d'ajustement, les conditions de modulations des objectifs de consommation ainsi que des dispositions relatives à la plateforme OPERAT dont les pièces justificatives à fournir et le contenu du dossier technique à transmettre.

Trois types de modulations devant faire l'objet d'un dossier technique sont prévus :

- les raisons techniques, architecturales ou patrimoniales ;
- le changement du volume d'activité pour les assujettis ;
- lorsque les coûts engendrés par les travaux se révèlent disproportionnés par rapport aux résultats attendus.

L'arrêté « Valeurs absolues I » du 24 novembre 2020

Ce texte définit la notion d'activité tertiaire comme « une activité économique (marchande ou non marchande) qui ne relève pas du secteur primaire ou du secteur secondaire. Le secteur primaire regroupe les activités dont la finalité consiste en une exploitation des ressources naturelles (l'agriculture et l'élevage, la pêche, l'exploitation forestière ainsi que les exploitations minières et gisements). Le secteur secondaire regroupe l'ensemble des activités consistant en une transformation plus ou moins élaborée des matières premières qui sont issues du secteur primaire et comprend des activités aussi variées que l'industrie du bois, l'industrie agroalimentaire, le raffinage du pétrole, la production industrielle (métallurgie, automobile, aéronautique, navale, chimie, pharmaceutique, électronique, meubles, etc.), la construction ».

Il définit les objectifs exprimés en valeurs absolues pour la première décennie (2030) des activités bureaux, services publics, enseignement primaire et secondaire et logistique du froid.

L'arrêté « Valeurs absolues II » du 24 avril 2022

Un arrêté « Valeurs absolues II » du 24 avril 2022, s'inscrivant à la suite de l'arrêté du 24 novembre 2020, traite notamment des aspects suivants :

- article 1^{er} : la définition d'une entité fonctionnelle assujettie ;
- articles 3 et 5 : la consommation énergétique de référence ;
- article 7 : le contenu du dossier technique ;
- article 11 : la modulation des objectifs ;
- article 14 : la mutualisation des résultats.

L'arrêté « Valeurs absolues II » modifie ainsi certains des éléments centraux du dispositif.

En effet, une nouvelle définition de l'entité fonctionnelle a été apportée puisque cette dernière « peut être constituée par un local d'activité, soit par un ensemble de locaux d'activités connexes, contenu dans un bâtiment, une partie de bâtiment ou un ensemble de bâtiments. L'établissement produit des biens ou des services : ce peut-être un site industriel, un commerce, un hôtel, un restaurant, un établissement d'enseignement, un établissement hospitalier, un établissement culturel, un équipement sportif, etc. ».

Cette définition est conforme à celle de l'INSEE, à savoir : une unité de production ou d'activité géographiquement individualisée, exploitée par une entité juridique.

De plus, « lorsque l'entité fonctionnelle est située dans un bâtiment en multi-occupations, il convient d'intégrer à la surface assujettie la part de surface des espaces communs qui lui est attribuée selon la clé de répartition des charges des consommations de ces espaces, à l'exception des centres commerciaux et galeries commerciales, pour lesquels ces espaces constituent une entité fonctionnelle à part entière ».

Cela étant, au sein d'un même bâtiment, il peut donc y avoir différentes entités fonctionnelles (différents locataires ou copropriétaires) et inversement, une même entité fonctionnelle peut couvrir différents bâtiments relevant de sous-catégories différentes (qu'il faudra

alors distinguer au sein de l'entité fonctionnelle, car chacune a des objectifs propres en valeur absolue). En effet, l'article 3 de l'arrêté du 24 novembre 2020 a été modifié afin de simplifier la notion de surface de consommations énergétiques, laquelle correspond à la surface sur laquelle l'ensemble des consommations énergétiques sont prises en compte dans le cadre du décret tertiaire. Désormais, elle peut inclure des surfaces qui ne sont pas assujetties.

Cette modification permet de :

- diminuer le sous-comptage ;
- simplifier la déclaration ;
- diminuer la consommation surfacique.

En outre, les données de consommation en fonction des « variations climatiques » ou encore le « niveau de compétences requises pour la réalisation du dossier technique » sont ajustés.

L'arrêté « Valeurs absolues III » du 28 novembre 2023

Ce processus est achevé par l'arrêté du 28 novembre 2023, dit « Valeurs absolues III », qui modifie l'arrêté du 10 avril 2020 relatif aux obligations d'actions de réduction des consommations d'énergie finale (valeurs absolues) pour la première décennie (horizon 2030) de plusieurs catégories d'activité (hôtellerie, résidences de tourisme et villages ou clubs de vacances, restauration, salles serveurs et centres d'exploitation informatique).

L'arrêté est entré en vigueur le 11 décembre 2023, sauf les dispositions relatives à l'ajout du gazole non routier (articles 7 et 10) qui entrent en vigueur le 1^{er} février 2024.

Par ailleurs, il apporte des précisions et des compléments à l'arrêté « Méthode » du 10 avril 2020, qui a concrètement mis en place le dispositif Éco énergie tertiaire.

Les sanctions

Absence de communication sur la plateforme

Lorsque l'assujetti ne se conforme pas au programme d'actions approuvé par le préfet, celui-ci peut engager une procédure contradictoire à l'issue de laquelle un constat de carence peut être établi.

Le préfet compétent au regard de la localisation des bâtiments, des parties de bâtiment ou de l'ensemble des bâtiments peut mettre en demeure le propriétaire et, le cas échéant, le preneur à bail, de respecter ces obligations dans un délai de 3 mois.

La carence de l'assujetti est constatée par un arrêté motivé du préfet qui est publié sur un site Internet des services de l'État.

Non-respect des objectifs

En cas de non-respect des objectifs, des sanctions s'appliquent :

- mise en demeure des assujettis d'établir un programme d'actions respectant leurs obligations et de s'engager à le respecter. Le plan mentionne les actions dont chacune des parties est responsable et comprend un échéancier prévisionnel de réalisation et un plan de financement ;

- à défaut de transmission de ce programme dans les six mois, mise en demeure individuelle du propriétaire et, le cas échéant, du/ des preneur(s) à bail d'établir chacun leur programme d'actions, en conformité avec leurs obligations respectives, dans un délai de trois mois.

Le plan demandé à chaque phase est soumis à approbation du préfet. En outre, un document retraçant les mises en demeure restées sans effet est publié sur un site Internet des services de l'État.

En l'absence, non justifiée, de dépôt d'un programme d'actions auprès du préfet à la suite de cette seconde mise en demeure, celui-ci peut prononcer une amende administrative au plus égale à 1 500 € pour les personnes physiques et à 7 500 € pour les personnes morales.

En cas de non-respect du programme d'actions approuvé par le préfet, celui-ci peut engager une procédure contradictoire à l'issue de laquelle un constat de carence peut être établi. Ce constat est prononcé par un arrêté motivé du préfet qui est publié sur un site Internet des services de l'État.

Le préfet peut prononcer une amende administrative au plus égale à 1 500 € pour les personnes physiques et 7 500 € pour les personnes morales, proportionnée à la gravité des manquements constatés.

Une même entité fonctionnelle peut couvrir différents bâtiments relevant de sous-catégories différentes

L'agenda légal des travaux de mise en conformité

L'article L. 174-1 du code de la construction et de l'habitation prévoyait que des travaux d'amélioration de la performance énergétique devaient être réalisés dans les bâtiments existants à usage tertiaire ou dans lesquels s'exerce une activité de service public dans un délai de 8 ans à compter du 1^{er} janvier 2012 pour un objectif de réduction de la consommation d'énergie finale d'au moins 60 % en 2050 par rapport à 2010.

Si cet objectif est inchangé, on parle désormais d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale devant être mises en œuvre dans les bâtiments, parties de bâtiment ou ensembles de bâtiments à usage tertiaire existants. Il est instauré des paliers de réduction de la consommation d'énergie finale : 40 % en 2030 et 50 % en 2040 par rapport à 2010.

■ Les spécificités des travaux d'amélioration de la performance énergétique des bâtiments existants

Compte tenu du caractère impératif des travaux d'amélioration de la performance énergétique, ceux-ci ne se rangent plus dans les travaux d'amélioration mais dans les travaux de mise en conformité.

La nature des travaux

Ils peuvent être refacturés au preneur sous réserve qu'ils ne constituent pas des travaux relevant de l'article 606 du code civil, c'est-à-dire qu'ils ne touchent pas à la structure et la solidité de l'immeuble. Il sera sans doute assez rare que les travaux améliorant la performance énergétique affectent la structure de l'immeuble (par ex. le changement du mode de chauffage ou climatisation, le changement de fenêtres, la pose d'une isolation thermique extérieure ne sont pas aujourd'hui considérés par la jurisprudence comme des travaux relevant de l'article 606 du code civil).

En conséquence, du point de vue de la nature des travaux, ceux-ci pourraient être largement refacturés au locataire si le bail comprend une clause mettant clairement à la charge du locataire les travaux de mise en conformité, sans limitation.

La date des travaux

Néanmoins, si le bail contient uniquement une clause mettant à la charge du preneur les travaux de mise en conformité mais non une

Les travaux peuvent généralement être refacturés au preneur

clause mettant spécifiquement à la charge du preneur les travaux d'amélioration de la performance énergétique, plusieurs difficultés pourraient se faire jour.

En effet, le décret tertiaire prévoyant des travaux à réaliser pour atteindre une performance énergétique en 2030, puis en 2040 et en 2050, le bailleur devra prévoir des programmes de travaux sur une durée importante.

Le locataire pourrait ainsi faire valoir que des travaux réalisés par exemple en 2028 pour atteindre l'objectif impératif en 2030 alors que son bail se termine en 2029 ne lui seraient pas refacturables puisque le bailleur aurait pu les réaliser plus tardivement.

La difficulté de réaliser les travaux en site occupé

Les travaux d'amélioration de la performance énergétique peuvent perturber l'exploitation du preneur. En outre, ils sont en principe

plus coûteux à faire en site occupé (travaux en horaires décalés, par exemple).

Pourtant, aucun moyen n'a été donné par les textes pour permettre au bailleur d'obtenir une libération des locaux, même temporairement.

Il faudra donc se référer à la clause de souffrance du bail qui déroge le plus souvent aux dispositions de l'article 1724 du code civil. Cependant, le bailleur ne peut, par le biais de ladite clause de souffrance, s'affranchir de son obligation impérative de délivrance en application de l'article 1719 du même code.

En effet, le preneur est « en droit d'exciper d'une exception d'inexécution par le bailleur de son obligation de délivrance pour obtenir la suspension des loyers dus et que le bailleur ne pouvait s'exonérer, par cette clause de souffrance, de sa responsabilité relative aux conséquences dommageables des travaux pour le locataire⁴ ».

Rappelons aussi que la possibilité, pour le bailleur, de refuser le renouvellement sans payer d'indemnité d'éviction en application de l'article L. 145-17 du code de commerce n'est pas ouverte au motif de la réalisation de travaux d'amélioration de la performance énergétique. En effet, il ne peut s'agir que de la situation d'un immeuble ne pouvant plus être « occupé sans danger en raison de son état ».

(4) Paris, pôle 5, ch. 3, 19 avr. 2023, n° 21/07043 ; Rennes, 9 oct. 2013, n° 12/07129 : Loyers et copr. 2013, n° 345.

LES CLAUSES DU BAIL COMMERCIAL À L'ÉPREUVE DE L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

par Marie-Laure Besson

Maître de conférences en droit privé à l'université de Corse-Pascal-Paoli, unité de recherche EMRJ-UR 7311

Déconcertante obligation de délivrance. L'obligation de délivrance dans les baux commerciaux déconcerte autant les praticiens que la doctrine. Elle suscite un contentieux foisonnant et une jurisprudence abondamment commentée dans les revues juridiques et difficile à systématiser. Dans ce contexte, nous avons fait le choix, il y a quelques années, d'y consacrer nos travaux de recherche doctoraux, proposant ainsi une théorie générale de l'obligation de délivrance dans les baux commerciaux et analysant le sort d'un certain nombre de clauses¹. La présente communication nous donne l'occasion de livrer une partie du résultat de nos recherches en appréhendant le sort des clauses du bail commercial lorsqu'elles sont confrontées à l'obligation de délivrance dont est tenu le bailleur. Généralement, les clauses désignent les stipulations ou dispositions particulières d'un acte juridique ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités, soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogoratoire². Quant à l'obligation de délivrance, qui pèse sur le bailleur de locaux commerciaux, elle provient, dans le silence du statut des baux commerciaux, du droit commun du bail, et plus précisément des articles 1719 et 1720 du

code civil. Ce n'est qu'à la marge que le statut des baux commerciaux a eu une incidence sur l'obligation de délivrance dans ses articles L. 145-40-2 et R. 145-35. Pour rappel, l'article 1719, 1^o, dispose seulement que « le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, de délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent ». L'article 1720, alinéa 1^{er}, ajoute que « le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce ». Cette obligation n'est aucunement définie par le législateur, sauf dans la vente³, mais la définition n'est pas vraiment

(1) M.-L. Besson, *L'obligation de délivrance dans les baux commerciaux*, préf. A. M. Luciani, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2021.

(2) G. Cornu et alii, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, p. 177.

(3) C. civ., art. 1604.

éclairante, si bien que la notion de « délivrance » s'est construite au gré des décisions jurisprudentielles et des interprétations doctrinales. D'une manière générale, les dictionnaires définissent la délivrance comme une obligation incombant au débiteur d'une chose (vendeur, coéchangiste, donateur, bailleur, entrepreneur...) de mettre celle-ci à la disposition du créancier et lui rattachent une exigence de conformité⁴. Plus précisément, elle consiste, selon le professeur Marie-Pierre Dumont, « à mettre à la disposition du preneur le local convenu » et prend, comme l'a écrit M^e Jean-Pierre Blatter, « une coloration particulière dans les baux commerciaux [...] parce qu'elle ne concerne pas que le bien loué lui-même », mais « s'apprécie au regard de son aptitude à recevoir la destination choisie par les parties », qui est « à la fois matérielle, juridique et immatérielle⁵ ». La doctrine lui a assigné un aspect matériel ou objectif et un aspect fonctionnel ou subjectif⁶. En effet, le bailleur doit mettre à la disposition du locataire le local ainsi que ses accessoires, en s'assurant qu'ils sont libres de toute occupation. Il doit aussi lui permettre d'exploiter les lieux conformément à la destination envisagée, notamment en réalisant certains travaux ou en s'assurant de pouvoir obtenir toutes autorisations nécessaires à l'exploitation des lieux. La délivrance a souvent été qualifiée d'obligation protéiforme ou à géométrie variable eu égard aux nombreuses interrogations qu'elle suscite et dont les réponses suggérées ne font pas l'unanimité.

Sort des clauses aménageant les modalités de délivrance de la chose louée. D'abord, on ne sait pas exactement ce qu'est l'obligation de délivrance, puisqu'elle n'est pas définie. Ensuite, tout le monde ne s'accorde pas sur le fait de savoir si elle a une nature et un régime différents selon les contrats dans lesquels elle figure : dans la vente et dans le bail par exemple. On n'est pas non plus certain qu'elle soit véritablement autonome par rapport aux autres obligations (entretien, jouissance paisible, garantie des vices cachés, réparation). Pareillement, sa perception temporelle est sujette à discussions. Est-elle instantanée ou continue ? Son contenu est aussi de plus en plus vaste, notamment en raison de la multiplication des obligations d'information qui sont finalement le corollaire de la délivrance, et surtout de la multiplication des normes à respecter (hygiène,

sécurité, accessibilité...). Il n'est pas évident de synthétiser simplement ce contenu. Mais à notre sens, la question la plus prégnante est celle relative aux clauses et à l'aménagement contractuel dans la mesure où l'obligation de délivrance est utilisée comme un rempart à la liberté contractuelle, celle-ci étant entendue comme la liberté de déterminer le contenu du contrat dans les limites fixées par la loi et sans pouvoir déroger aux règles d'ordre public⁷. Ce sont bien entendu les clauses qui visent à déroger à cette obligation en la transférant au locataire qui posent des difficultés. Lorsqu'il est question de la renforcer, il y a moins de problèmes. Alors qu'il s'agit *a priori* d'une obligation supplétive, la jurisprudence n'hésite pas à écarter le jeu des clauses de transfert, au motif d'une justification obscure. Partant, la problématique qui se dégage est la suivante : est-il possible de rédiger des clauses qui aménagent efficacement les modalités de délivrance de la chose louée ?

Méthode de rédaction efficace des clauses aménageant les modalités de délivrance de la chose louée. La réponse est selon nous positive. Toutefois, celle-ci ne semble pas pouvoir se cristalliser en une « formule magique ». Bien au contraire, la rédaction de clauses aménageant efficacement les modalités de délivrance des locaux commerciaux paraît plutôt reposer sur une délimitation théorique de la notion de « délivrance » selon une approche fonctionnelle combinée à la subtilité de la technique contractuelle. Les stipulations organisant la délivrance de la chose louée, « conjonction de l'impératif et de la liberté contractuelle⁸ », illustrent bien l'art de la clause dévolu aux rédacteurs de baux commerciaux. Concrètement, si on s'intéresse à la finalité du bail commercial qui consiste à permettre l'exercice du droit de jouissance, et plus précisément l'exercice d'une activité économique, et que l'on admet que la délivrance en est l'instrument de réalisation, il semble dès lors possible de mieux comprendre cette obligation. Selon cette idée, il devient concevable de choisir des clauses efficaces en opérant une gradation entre le contenu irréductible et celui qui ne l'est pas, qui va donc pouvoir être aménagé contractuellement, mais qui suppose, pour que cet aménagement soit pleinement efficace, de respecter un certain nombre de règles formelles.

La notion de « délivrance » s'est construite au gré des décisions jurisprudentielles et des interprétations doctrinales

■ Les clauses et le contenu irréductible de l'obligation de délivrance

Système à deux vitesses. S'agissant d'abord du socle intangible qui survit aux volontés contraires, l'observation de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'obligation de délivrance fait apparaître une sorte de « minimum syndical » dont le bailleur ne peut se délester par des clauses du bail. Du moins, la formule utilisée par les juges le laisse penser⁹. À y regarder de plus près, il semble y avoir aujourd'hui un système à deux vitesses convoquant un contenu irréductible qui tient, d'une part, à certaines dispositions d'ordre public qui ne visent pas spécifiquement la délivrance, mais plutôt certaines de ses composantes, et, d'autre part, à une appréciation plus fine liée au caractère essentiel de cette obligation.

L'évincement des clauses affectant certaines composantes de l'obligation de délivrance

Grosses réparations non constitutives de travaux d'embellissement. Tout d'abord, le législateur a introduit¹⁰ une règle d'ordre public au sein du statut des baux commerciaux, dans la mesure où l'article L. 145-40-2 du code de commerce fait référence aux dépenses qui ne peuvent plus être imputées au locataire et qui sont

(4) G. Cornu et alii, *op. cit.*, p. 327 ; R. Cabrillac et alii, *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2022, 13^e éd., LexisNexis, 2021, p. 194.

(5) M.-P. Dumont-Lefrand, *v° Bail commercial*, Rép. civ. 2024, n° 207.

(6) F. Cohet-Cordey, L'obligation de délivrance du bailleur dans les contrats de location d'un immeuble, AJDI 1998. 1014 ; J. Raynard et J.-B. Seube, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 8^e éd., LexisNexis, 2015, p. 277, n° 341 ; V. Zalewski, Délivrer ou non, AJDI 2012. 32 ; R. Boffa, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2008, p. 296-297, n° 426 ; C. Grimaldi, La clause de prise des locaux loués en l'état à l'aune de l'obligation de délivrance, RDC 2009, n° 4, p. 1495.

(7) C. Puigellier, *Dictionnaire juridique*, préf. J.-L. Herin et J. Tillhet-Pretnar, 2^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2017, p. 610.

(8) J. Monéger, L'obligation de délivrance ou la conjonction de l'impératif et de la liberté contractuelle, Loyers et copr. 2013. Repère 2.

(9) V. en ce sens : Civ. 3^e, 9 juill. 2008, n° 07-14.631, Bull. civ. III, n° 121D. 2008. 1999, et les obs. ; *ibid.* 2009. 896, obs. N. Damas ; AJDI 2008. 841, obs. V. Zalewski ; 2 juill. 2013, n° 11-28.496, AJDI 2014. 376, obs. C. Dreveau ; 24 nov. 2021, n° 20-15.814, AJDI 2022. 355, obs. P. Haas.

(10) L. n° 2014-626 du 18 juin 2014, relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

mentionnées à l'article R. 145-35 du même code. Ce dernier interdit d'imputer au locataire « les dépenses relatives aux grosses réparations mentionnées à l'article 606 du code civil ainsi que [...] les honoraires liés à la réalisation de ces travaux » et « les dépenses relatives aux travaux ayant pour objet de remédier à la vétusté ou de mettre en conformité avec la réglementation le bien loué ou l'immeuble dans lequel il se trouve, dès lors qu'ils relèvent des grosses réparations », sauf si ces dépenses se rapportent à des travaux d'embellissement dont le montant excède le coût du remplacement

L'obligation de délivrance est l'instrument de réalisation de la finalité du contrat de bail commercial

à l'identique. Puisque ces travaux peuvent être dus au titre de l'obligation de délivrance, on peut considérer que l'article R. 145-35 du code de commerce participe à la détermination du contenu incompressible de l'obligation de délivrance. Au-delà des difficultés

afférentes à l'interprétation de la notion de grosse réparation, rappelée précédemment¹¹, le texte n'opère pas de distinction entre les travaux de mise en conformité inhérents à la nature de l'immeuble et ceux spécifiquement dus à l'activité du preneur¹². Désormais, dès lors que les travaux de mise en conformité relèvent des grosses réparations, ils devraient *a priori* incomber définitivement au bailleur.

Clauses contraires réputées non écrites. Assurément, l'article L. 145-15 du code de commerce répute non écrite toute clause qui ferait échec à cette répartition. En ce sens, la clause prévoyant par exemple que « le preneur assumera, au lieu et place du bailleur, toutes réparations et opérations d'entretien, sans exception, nécessaires à l'utilisation de l'immeuble conformément à l'usage auquel il est destiné, y compris tous travaux de mise en conformité ou de mise aux normes propres à l'activité qu'il envisage d'exercer », pourrait ne pas produire l'effet escompté et être réputée non écrite. Il serait préférable de la compléter par l'ajout suivant : « sauf, s'ils constituent de grosses réparations au sens de l'article 606 du code civil¹³ ». Si tout laisse penser que la liste établie par l'article R. 145-35 du code de commerce est limitative¹⁴, il semble pour autant difficile d'affirmer qu'en dehors des grosses réparations, tous les autres travaux ou dépenses pourraient être contractuellement transférés sur la tête du preneur, dans la mesure où les dispositions des articles 1719, 1^o et 1720, alinéa 1^{er}, du code civil semblent pouvoir se combiner et rendre inopérantes certaines clauses.

L'évincement des clauses affectant la substance de l'obligation de délivrance

Caractère essentiel de l'obligation de délivrance. À côté de ces règles fixes et de façon plus subtile, la doctrine a tenté de justifier le *minimum minimorum* de l'obligation de délivrance par diverses qualifications : obligation essentielle, obligation essentielle sous certains aspects seulement, substance du bail, obligation fondamentale, principale, voire d'ordre public¹⁵. À notre connaissance, aucune décision jurisprudentielle n'a affirmé le caractère d'ordre public de la délivrance. Quant à son caractère essentiel, de rares décisions jurisprudentielles y font référence ou semblent l'admettre¹⁶. Par ailleurs, la tournure de l'article 1719, 1^o, du code civil visant la « nature du contrat » n'éclaire pas davantage puisqu'elle paraît s'opposer à la théorie de Pothier à propos des *essentialia* et des *naturalia*¹⁷. La doctrine moderne, de son côté, ne s'accorde pas non plus sur ce que recouvre l'obligation essentielle : approches « causaliste, objetiste ou consensualiste¹⁸ ». Aujourd'hui, la notion a été consacrée à l'article 1170 du code civil, qui est d'ordre public, d'après la jurisprudence Chronopost¹⁹, sans pour autant être définie. Sans remettre en question la légitimité des justifications avancées, un point commun paraît se dégager : toutes ces approches appréhendent le contrat de façon finaliste. Ce faisant, l'obligation

essentielle pourrait être celle sans laquelle la finalité du contrat ne peut se réaliser. Appliquée au bail commercial, dont la finalité est l'exercice d'une activité économique, l'obligation essentielle serait l'obligation de délivrance puisque sans elle, le preneur ne peut atteindre cet objectif. D'ailleurs, la réforme des contrats spéciaux, si elle voit le jour, consacrerait peut-être définitivement cette solution²⁰ qui pourrait permettre d'expliquer l'évincement d'un certain nombre de clauses.

Clauses privant l'obligation de délivrance de sa substance, réputées non écrites. Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle, c'est-à-dire celle qui réduit à rien son existence²¹, est réputée non écrite. Cela signifie que toutes les clauses ne seraient donc pas bannies, mais seulement celles qui contredisent la finalité du bail. Par exemple, sous la dimension matérielle ou objective, la Cour de cassation a sanctionné les clauses de souffrance qui précisent que le bailleur exécutera certains travaux dans les lieux loués et que le preneur devra les souffrir. Si ces clauses peuvent être permises lorsqu'elles respectent la lettre de l'article 1724 du code civil, elles sont écartées lorsqu'elles conduisent à priver purement et simplement le locataire de la totalité ou d'une partie des lieux loués ou lorsqu'elles gênent de façon « trop importante » la jouissance des lieux²². Sous la dimension fonctionnelle ou subjective, a été écartée une clause de non-recours interdisant au preneur d'exercer contre le bailleur un recours quelconque

(11) V. sur ce point : C. Saint-Geniès, Les dangers de la clause « travaux, charges et décret tertiaire », préc.

(12) M.-A. Le Floch, *Le bail commercial dans les centres commerciaux*, th. Paris II, 2018, p. 207-209, n° 192-193.

(13) M.-L. Besson, préc., p. 431, n° 441.

(14) C. Denizot, Les nouvelles dispositions révolutionnaires sur les charges, AJDI 2014. 591.

(15) V. pour une synthèse de ces questions : M.-L. Besson, préc., p. 289 s., n° 284 s.

(16) Colmar, 29 juin 2011, n° 10/03615 ; Paris, 18 mai 2011, n° 09/06869, AJDI 2012. 427 ; Civ. 3^e, 6 juill. 2023, n° 22-15.923, D. 2023. 1309.

(17) R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, préf. J.-L. Halpérin, rééd. 1821, Dalloz, 2011, pp. vij, IX, 49, 78, 79, 82, et s.

(18) V. pour un récapitulatif de ces approches : M.-L. Besson, préc., p. 299 s., n° 293 s.

(19) Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, Bull. civ. IV, n° 261, D. 1997. 121, note A. Sériaux ; *ibid.* 145, chron. C. Larroumet ; *ibid.* 175, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1997. 418, obs. J. Mestre ; *ibid.* 1998. 213, obs. N. Molfessis ; RTD com. 1997. 319, obs. B. Bouloc ; Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, Bull. civ. IV, n° 115D. 2010. 1832, obs. X. Delpech, note D. Mazeaud ; *ibid.* 1697, édito. F. Rome ; *ibid.* 2011. 35, obs. P. Brun et O. Gout ; *ibid.* 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2010. 555, obs. B. Fages.

(20) Association Henri Capitant, Offre de réforme du droit des contrats spéciaux, 2020 : <https://www.henricapitant.org/wp-content/uploads/2022/04/contrats-spe-%CC%81-def-2020.pdf> ; P. Stoffel-Munck (dir.) et alii, *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, 2022 : https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/avant_projet_brut_juillet2022.pdf.

(21) G. Chantepeie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016, p. 361, n° 483 ; G. Chantepeie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, p. 381-382, n° 437 ; J.-D. Barbier, Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : l'obligation essentielle, *Gaz. Pal. juill.* 2016, n° 25, p. 53 ; J. Ghestin (dir.), G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2017, p. 501, n° 344 ; P. Delebecque, Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat, RDC 2015, n° 3, p. 759.

(22) Civ. 3^e, 1^{er} juin 2005, n° 04-12.200, Bull. civ. III, n° 119, D. 2005. 1655 ; AJDI 2005. 650, obs. Y. Rouquet ; RTD civ. 2005. 779, obs. J. Mestre et B. Fages.

pour vices cachés ou apparents, défauts ou malfaçons alors que d'importantes infiltrations ont conduit la locataire à interrompre durablement son exploitation²³. Aussi, le jeu d'une clause de travaux a encore été écarté pour des motifs selon lesquels « si le bailleur peut mettre à la charge du preneur, par une clause expresse du bail, l'obligation de prendre en charge les travaux rendus nécessaires par la vétusté, il ne peut, en raison de l'obligation de délivrance à laquelle il est tenu, s'exonérer de l'obligation de procéder aux travaux rendus nécessaires par les vices affectant la structure de l'immeuble²⁴ ». On voit bien que toutes les clauses ne sont pas prohibées, mais seulement celles qui réduisent à rien la substance de la délivrance. En présence de désordres d'une telle importance, affectant la structure de l'immeuble loué, il est permis de penser que ce dernier ne pouvait accueillir aucune activité économique, quelle qu'elle soit, sans la réalisation de travaux. À partir du moment où l'exercice de l'activité économique est rendu impossible, peu important l'activité envisagée, la finalité du bail commercial est manifestement réduite à néant. Cependant, les solutions jurisprudentielles laissent supposer que l'exercice de l'activité économique ne doit pas forcément être immédiat, si bien qu'il pourrait l'être seulement après que le preneur a réalisé des travaux d'aménagement, de mise en conformité propres à son activité ou après qu'il a obtenu des autorisations²⁵, à condition qu'ils soient réalisables ou obtenables. Dans cette hypothèse, la capacité d'exercice existe dans la mesure où les locaux peuvent accueillir une activité économique au sens large. À ce titre, la clause qui transfère l'obtention d'une autorisation d'exploiter à la charge du preneur alors qu'il ne sera jamais en mesure de l'obtenir sera inopérante²⁶, tout comme la clause selon laquelle le preneur fera son affaire des travaux de mise aux normes tandis que ces travaux ne pourront jamais être réalisés ou seront de toute façon insuffisants pour abriter l'activité²⁷. En outre, il est à noter que l'article 1171 du code civil, relatif au déséquilibre significatif, pourrait compléter l'article 1170²⁸ si tant est qu'on admette que certains baux commerciaux soient des contrats d'adhésion²⁹. Au-delà de ce contenu irréductible dont les stipulations contraires demeurent vaines, une marge de liberté contractuelle paraît se dégager.

(23) Civ. 3^e, 18 mars 2009, n° 08-11.011, AJDI 2009. 539, obs. M.-P. Dumont-Lefrand.

(24) Civ. 3^e, 9 juill. 2008, n° 07-14.631, préc.

(25) Civ. 3^e, 18 janv. 2018, n° 16-26.011, D. 2018. 167 ; *ibid.* 1511, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; JA 2018, n° 573, p. 11, obs. X. Delpech ; AJDI 2018. 432, obs. N. Damas ; 28 oct. 2009, n° 08-19.454.

(26) Civ. 3^e, 17 juin 2014, n° 13-14.759 ; 18 mai 2005, n° 04-13.798, AJDI 2005. 661.

(27) Civ. 3^e, 2 juill. 1997, n° 95-14.151, Bull. civ. III, n° 159 D. 1997. 201 ; 5 juin 2002, n° 00-19.037, Bull. civ. III, n° 123, D. 2002. 2303, et les obs. ; AJDI 2002. 759, obs. P. Briand.

(28) J.-D. Barbier, Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion, Gaz. Pal. 2016, n° 270, p. 55.

(29) F. Planckeel, Bail commercial et contrat d'adhésion, AJDI 2023. 658.

(30) Civ. 3^e, 24 sept. 2002, n° 01-11.248.

(31) Civ. 3^e, 28 oct. 2009, préc. ; 18 janv. 2018, n° 16-25.126, AJDI 2018. 201 ; *ibid.* 437, obs. J.-P. Blatter.

(32) Civ. 3^e, 19 avr. 1989, n° 87-14.535, Bull. civ. III, n° 82.

(33) Civ. 3^e, 3 nov. 2016, n° 15-21.799, AJDI 2016. 836.

(34) Civ. 3^e, 4 juill. 2019, n° 18-17.107 ; V. aussi : Civ. 3^e, 15 juin 2010, n° 09-67.103.

■ Les clauses et le contenu réductible de l'obligation de délivrance

Clauses expresses. Effectivement, la jurisprudence laisse entendre que des clauses dérogatoires sont permises. Les attendus précisent souvent : « sauf stipulations expresses contraires ». En réalité, les clauses aménageant les modalités de délivrance de la chose louée peuvent s'envisager lorsqu'elles préservent la finalité du bail et donc la raison d'être de l'obligation de délivrance. Toutefois, pour qu'elles soient effectives, leur formulation doit respecter certaines exigences.

L'admission des clauses préservant la raison d'être de l'obligation de délivrance

Autorisations de transfert. Parfois, le législateur autorise explicitement le transfert de certaines composantes de l'obligation de délivrance qui n'altèrent pas totalement la capacité d'exercice d'une activité économique. C'est le cas de l'article R. 145-35 du code de commerce qui permet le transfert des grosses réparations si elles constituent des dépenses d'embellissement dont le montant excède le coût du remplacement à l'identique ou de l'article R. 165-2 du code de la construction et de l'habitation qui permet de prévoir dans le bail que les travaux d'accessibilité aux personnes handicapées et à mobilité réduite incombent à l'exploitant. L'ancienne version visait le locataire. Une telle faculté paraît encore implicitement ressortir de l'article L. 125-9, 3, du code de l'environnement qui permet de prévoir les obligations qui s'imposent aux preneurs pour limiter la consommation énergétique des locaux concernés. Pour le reste, le législateur est silencieux.

Composantes non substantielles de l'obligation de délivrance. Le choix des clauses demandera donc plus de réflexion et d'adaptation pour veiller à ce qu'elles n'écartent pas des composantes substantielles de la délivrance et ne suppriment pas la capacité d'exercice de l'activité économique. Par exemple, il semble possible d'opter pour des clauses expresses déchargeant le bailleur du bon état de réparations de toute espèce. La jurisprudence l'a admis pour une clause excluant toute réclamation relative à des problèmes d'humidité et d'infiltration, ces problèmes n'empêchant pas le preneur d'exercer son activité³⁰. S'agissant de certaines actions, telles que des travaux par exemple ou des demandes d'autorisation, elles peuvent être sujettes à un aménagement contractuel lorsque celles-ci ne compromettent pas la capacité d'exercice de l'activité économique³¹.

Définition judiciaire de la chose louée et de l'activité économique.

Il paraît encore possible d'envisager des clauses qui amoindrissent la définition de la chose louée dans sa matérialité ou sa fonctionnalité pour diminuer le contenu de l'obligation de délivrance, mais cet amoindrissement ne pourra *a priori* jamais être total parce que la chose a des caractéristiques qui lui sont propres, immuables : sa détermination, sa destination. En guise d'illustration, on peut évoquer les clauses de destination large par lesquelles les locaux sont loués pour un usage commercial ou les clauses « tous commerces » sans autre précision, bien que la liberté soit un peu écornée pour ces dernières. Dans quelques arrêts anciens³², mais aussi dans d'autres plus récents³³, la Cour de cassation estime que le bailleur n'est pas tenu des aménagements nécessités par la destination particulière que le preneur entendait donner aux locaux et que le bailleur ignore. À l'heure actuelle, l'évolution de l'appréciation prétorienne invite à compléter une telle clause par une exclusion précise des travaux de mise aux normes propres à l'activité du preneur, comme le laisse penser un arrêt de 2019³⁴.

Aucune décision jurisprudentielle n'a affirmé le caractère d'ordre public de la délivrance

Ainsi, alors même que le contenu irréductible n'est pas touché, les clauses peuvent encore se révéler inefficaces parce qu'elles ne sont pas correctement formulées.

La formulation des clauses préservant la raison d'être de l'obligation de délivrance

Exigences légales. Parmi les exigences formelles légales, on trouve les principes de formation, d'interprétation et d'exécution des contrats, au rang desquels se trouvent la force obligatoire du contrat, la bonne foi ou encore la loyauté. Par exemple, la troisième chambre a approuvé une cour d'appel, alors que le sous-sol était inutilisable, qui « par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation des termes ambigus du bail, que la clause par laquelle la locataire renonçait à tout recours en responsabilité contre la bailleuse "en cas de dégâts causés aux lieux loués et objets ou marchandises s'y trouvant, par suite de fuites, d'infiltrations et

La doctrine a mis en lumière l'idée d'un contrôle de proportionnalité ou d'équilibre économique du contrat

d'humidité", n'affranchissait pas M^{me} [Y] de son obligation de délivrance de locaux propres à leur usage³⁵ ». Alors que le preneur invoquait une violation de l'article 1134 du code civil, la Cour répond qu'il n'y a pas violation des termes de la clause, bien qu'ils

soient ambigus, et applique strictement l'engagement contractuel de délivrer des locaux utilisables. Plus encore, le droit commun des contrats instaure des règles d'interprétation du contrat, notamment de ses clauses, à moins qu'elles ne soient claires et précises : selon la commune intention des parties ou selon le sens raisonnable, les unes par rapport aux autres en respectant la cohérence de l'acte tout entier, en faveur du débiteur ou de créancier selon que le contrat est de gré à gré ou d'adhésion.

Exigences jurisprudentielles. En complément de ces grands principes, l'analyse de la jurisprudence révèle la prise en compte de considérations proches, mais plus larges. Parmi elles, on semble y trouver l'idée d'une « police de la cohérence du contrat de bail³⁶ » qui correspondrait au principe de cohérence mis en lumière par la doctrine moderne et qui expose que « la volonté contractuelle ne saurait se contredire elle-même³⁷ ». Sauf à admettre que l'obligation essentielle n'est que le masque de la cohérence contractuelle, ce dernier pourrait bien être une restriction supplémentaire à la marge de liberté contractuelle dont disposent les parties pour aménager l'obligation de délivrance, étant donné qu'il serait contradictoire de promettre la jouissance d'une chose et de s'exonérer dans le même temps de toutes les obligations qui ont pour seule fin d'assurer l'usage effectif de la chose au preneur. Parfois, on semble déceler une prise en compte de l'imprécision, de l'excès ou de l'abus³⁸. C'est l'imprécision, l'ambiguïté ou le manque de clarté des clauses que la haute juridiction sanctionnerait. Par exemple, la clause d'acceptation par le preneur des lieux dans l'état où ils se trouvent ne constitue pas une stipulation expresse contraire à l'obligation de délivrance du bailleur³⁹. De façon plus profonde, c'est aussi l'idée d'un contrôle de proportionnalité ou d'équilibre

économique du contrat qui est mis en lumière par la doctrine⁴⁰. À l'appui de sa démonstration, elle évoque un arrêt de la cour d'appel qui conclut que « la bailleuse ne peut invoquer l'existence d'une franchise de loyer, a fortiori si celle-ci est sans rapport avec le coût des travaux à entreprendre, pour se voir décharger de l'obligation de délivrance qui pèse sur elle⁴¹ ». En conséquence, le rédacteur de baux commerciaux doit procéder à un choix scrupuleux des clauses vu que leur efficacité dépend grandement de ce que prévoit le contrat⁴². Il doit « expliquer, justifier, contextualiser, compenser, bilatéraliser les clauses du contrat⁴³ » et ne pas hésiter à les compléter en annexant d'autres instruments au bail commercial : état des lieux, audits, diagnostics, plans.

Si il semble possible de rédiger des clauses qui aménagent efficacement les modalités de délivrance de la chose louée, tout cela n'est peut-être pas satisfaisant pour les contractants et rédacteurs, qui ont un impérieux besoin de sécurité juridique. Il apparaît donc légitime de souhaiter une clarification législative de l'obligation de délivrance, au moins pour certains aspects, tant dans le code civil que dans le code de commerce, dans un souci d'harmonisation, de meilleure lisibilité et d'attractivité du droit des baux commerciaux. Il reste à espérer que la Direction des affaires civiles et du Sceau (DACS) saisisse prochainement cette occasion en réformant le droit des contrats spéciaux.

(35) Civ. 3^e, 3 juin 1992, n° 90-13.006.

(36) F. Kendérian, De l'impossibilité pour le bailleur de locaux commerciaux de s'exonérer de son obligation de délivrance par une clause stipulant que le preneur prend les lieux dans l'état où ils se trouvent, RTD com. 2009. 694.

(37) D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. 1, préf. H. Muir Watt, PUAM, 2001, p. 425, n° 504.

(38) J. Monéger, art. cit. ; H. Kenfack, Inefficacité des aménagements conventionnels vidant de tout contenu une obligation essentielle du bailleur de locaux commerciaux, RLDA 2008, n° 32, p. 19.

(39) V. pour un bail commercial qui cumulait les difficultés avec une clause « tous commerces », une clause de prise des lieux en l'état et une clause faisant supporter au bailleur les travaux de mise en conformité : Civ. 3^e, 4 juill. 2019, préc.

(40) C. Denizot, Travaux de mise aux normes, AJDI 2011. 865 ; C. Denizot, *Droit civil et bail commercial*, th. Paris XI, 2003, p. 498 s., n° 591 s.

(41) Paris, 18 mai 2011, n° 09/06869, AJDI 2012. 427.

(42) V. sur cette idée : J.-D. Barbier, Le bailleur reste tenu des mises en conformité, même dans un bail « tous commerces », Gaz. Pal. 2019, n° 39, p. 54.

(43) M. Mekki, Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170), JCP N 2016, n° 46, p. 5.

LES PIÈGES DE LA CLAUSE DE CESSION

par **Jérémy Geny La Rocca**

Avocat au barreau de Metz, membre de l'Atelier des baux commerciaux de Lorraine

La clause « cession » est une des clauses les plus importantes du contrat de bail commercial.

Sa présence au bail vise principalement à sauvegarder les intérêts du bailleur qui, le plus souvent, souhaite disposer du choix de son preneur, mais aussi du pouvoir d'interdire ou de contrôler tout changement de preneur.

La subtilité de cette clause provient du fait qu'elle se trouve au carrefour de différentes spécialités juridiques : si elle est principalement soumise à la réglementation des baux commerciaux, prévue dans le code de commerce, son application se fera le plus souvent par les praticiens de droit des affaires, lors de la transmission ou la restructuration de l'entreprise, sans omettre pour autant les dispositions relatives aux procédures collectives (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire) en cas de difficultés financières du preneur.

La rédaction de cette clause du bail doit donc être particulièrement soignée.

■ Définition

La cession du droit au bail n'est pas expressément définie dans le code de commerce. Il s'agit d'une cession de contrat, au terme de laquelle le preneur (cédant) transfère les droits et obligations issus du contrat de bail à un tiers acquéreur (cessionnaire¹). La cession entraîne substitution de locataire, ce qui implique que, sauf stipulation contractuelle particulière :

■ le cédant se trouve délié de toute obligation à l'égard du bailleur, à compter de la date d'effet de la cession ;

■ en contrepartie de quoi l'acquéreur acquiert la qualité de locataire, et est tenu de toutes les obligations du bail, à compter de la date d'effet de la cession.

■ Principe : la liberté de cession

Liberté de céder... et liberté contractuelle encadrée

L'article 1717 du code civil précise que, sauf clause contraire, la cession du droit au bail est libre. Ainsi, s'il n'existe dans le bail commercial aucune clause spécifique visant à interdire ou à limiter la cession du droit au bail, le preneur est totalement libre de céder quand il veut et à qui il veut.

En application du principe de liberté contractuelle, le bailleur a en revanche toute latitude pour prévoir dans le bail une clause interdisant, restreignant ou aménageant la cession du droit au bail.

Toutefois, cette liberté n'est pas absolue. Le législateur a en effet limité la possibilité pour le bailleur d'intégrer une clause d'interdiction totale de la cession au sein de l'article L. 145-16, alinéa 1^{er}, du code de commerce : « 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 ou au bénéficiaire du transfert universel de son patrimoine professionnel. »

En conséquence :

- la clause d'interdiction de la cession isolée du droit au bail est parfaitement régulière ;
- la clause d'interdiction de la cession du droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce, de l'entreprise ou au bénéficiaire du transfert universel du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel est réputée non écrite.

Cette prohibition ne s'applique qu'à une interdiction absolue et générale de toute cession², et non aux clauses qui restreignent ou aménagent la cession³. Ces dernières clauses demeurent valables.

Incidence de la réforme du droit des obligations

Avec la réforme du droit des obligations, par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable aux baux postérieurs au 1^{er} octobre 2016, s'est posée la question de la persistance des solutions actuelles, au regard de la nouvelle rédaction de l'article 1216 du code civil prévoyant qu'en droit commun des contrats, la cession ne peut intervenir qu'avec l'accord du cédé, et donc en l'occurrence du bailleur.

La cession du droit au bail n'est pas expressément définie dans le code de commerce

(1) Civ. 3^e, 9 juill. 2013, n° 12-18.028, AJDI 2014. 282, obs. R. Hallard ; 18 juill. 1979, Bull. civ. III, n° 155.

(2) Civ. 3^e, 2 oct. 2002, n° 01-02.035, D. 2002. 2943, obs. Y. Rouquet ; AJDI 2003. 30, obs. M.-P. Dumont ; 19 déc. 1983, n° 82-11.205. L'interdiction s'applique y compris aux clauses contenant indirectement une interdiction générale de toute cession pour des clauses imposant à l'acquéreur d'être une personne physique (Civ. 3^e, 29 févr. 1972, Bull. civ. III, n° 135 ; 10 avr. 1973, n° 72-11.436), pour les clauses interdisant tout nantissement du droit au bail, ce qui aurait pour effet d'empêcher le financement d'un acquéreur (Civ. 3^e, 11 mai 1982, Bull. civ. III, n° 117), pour la clause imposant au locataire une exploitation personnelle du fonds, pendant un certain nombre d'années, avant de pouvoir le céder (Civ. 3^e, 23 juill. 1986, n° 85-13.192). À mettre en parallèle avec l'illicéité de la clause du bail imposant au preneur l'exploitation d'une enseigne spécifique, à l'exclusion de toute autre, cette clause pouvant avoir pour objet de rendre inaccessibles le fonds de commerce (J.-P. Blatter, *Traité des baux commerciaux*, Éditions du Moniteur, 7^e éd., n° 1594 ; Civ. 3^e, 12 juill. 2000, n° 98-21.671, D. 2000. 399, obs. A.-L. Monéger-Dupuis ; AJDI 2000. 926, obs. J.-P. Blatter ; RDI 2000. 614, obs. J. Derrupé ; RTD com. 2000. 872, obs. J. Monéger).

(3) Civ. 3^e, 28 févr. 1956, Bull. civ. III, n° 88 ; 17 févr. 1960, Bull. civ. III, n° 68 ; 4 janv. 1961, Bull. civ. III, n° 1.

L'accord à la cession exigé par l'article 1216 du code civil est donc en opposition avec les principes qui étaient jusqu'alors appliqués en matière de baux commerciaux.

Toutefois, ce texte (qui n'est d'ailleurs pas d'ordre public) revêt une portée générale, et doit donc céder devant les dispositions législatives et réglementaires de droit spécial⁴.

Bien qu'il n'existe pas de jurisprudence sur cette question particulière, la doctrine estime malgré tout que les dispositions de droit général de l'article 1216 du code civil peuvent recevoir application, par exception, dans quelques cas très spécifiques⁵.

Les solutions antérieures n'étant donc pas fondamentalement modifiées, il se révèle particulièrement utile de distinguer les notions de cession « isolée » du droit au bail, et de cession à l'acquéreur du fonds de commerce.

La notion de « fonds de commerce »

Il est important au préalable d'appréhender la notion de « fonds de commerce » afin de bien faire la distinction du régime juridique applicable à la cession isolée du droit au bail (qui peut être interdite de façon absolue par une clause du bail), de la cession du droit au bail intervenant lors d'une cession de fonds de commerce (auquel cas seules les clauses limitant ou aménageant la cession sont autorisées).

En effet, afin d'échapper à une clause d'interdiction de cession prévue au bail, le preneur pourrait être tenté de dissimuler une cession isolée du droit au bail, au sein d'une cession de fonds de commerce.

Or, conformément à l'article 12 du code de procédure civile, le juge doit restituer leur exacte qualification aux actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Le critère prépondérant permettant de qualifier juridiquement le type de cession est l'existence d'un transfert de clientèle : si celle-ci est transmise, alors il y aura cession de fonds de commerce, et non cession isolée du droit au bail⁶. La jurisprudence accorde une attention particulière à l'existence d'une clause de non-concurrence dans l'acte de cession, qui constitue un indice d'une véritable transmission de clientèle⁷. Une cession de fonds de commerce n'implique d'ailleurs pas automatiquement la cession du stock⁸, ou de l'enseigne ou du nom commercial⁹.

Il est même tout à fait admis que la cession du fonds de commerce puisse être uniquement partielle, dès lors qu'elle porte sur une branche d'activité qui aurait pu constituer à elle seule un fonds de commerce distinct et autonome¹⁰.

En revanche, constitueront des cessions isolées du droit au bail, et non des cessions de fonds de commerce, tous les actes aux termes desquels la clientèle n'est pas cédée, ou encore lorsqu'elle est fictive, ou qu'elle a disparu pour défaut d'exploitation¹¹.

Enfin, la Cour de cassation a jugé valable la cession du bail à un acquéreur exerçant une activité différente de celle du preneur, dès lors qu'une clause du bail prévoyait la possibilité d'exercer cette activité et qu'il existait une véritable vente de fonds de commerce¹². Ainsi, il n'est pas interdit que le nouveau preneur puisse modifier l'activité exploitée, dès lors que cette activité est autorisée par le bail : cet élément pris isolément ne suffit pas à lui seul à permettre la requalification en cession isolée du droit au bail.

■ La diversité des opérations de cession du droit au bail

De façon très informelle, les situations juridiques peuvent être classées en trois catégories :

- les situations non constitutives d'une cession de bail ;
- les situations constitutives d'une véritable cession de bail ;

■ et les situations emportant transmission du contrat de bail sans qu'on ne leur applique le régime des cessions.

À l'exception du régime spécifique des « transmissions » du droit au bail (qui sont bien des cessions du droit au bail mais bénéficiant d'un régime dérogatoire), le critère de distinction principal est le changement dans la personne (physique ou morale) titulaire du droit au bail.

Vente

La vente du droit au bail ne pose absolument aucune difficulté juridique : il s'agit d'une cession. Cette vente pourra prendre la forme d'une cession isolée du droit au bail, ou encore une cession du fonds de commerce à laquelle le droit au bail est attaché.

Échange ou datation en paiement

Le contrat d'échange, ou la datation en paiement du droit au bail, est également une cession.

Apport en société

À l'exception de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, prévu à l'article L. 145-16, alinéa 2, du code de commerce, l'apport en société du droit au bail est une véritable cession du droit au bail : cela s'explique simplement par le fait que la société bénéficiaire de l'apport est une personne morale

(4) Il s'agit de l'application de l'adage « *Specialia generalibus derogant* », aux termes duquel les lois spéciales dérogent aux lois générales. En d'autres termes, la règle spéciale permet d'établir une préséance, en écartant un texte général, pour autant qu'une situation relève du champ d'application d'un texte spécial (Civ. 1^{re}, 10 déc. 1985, Bull. civ. I, n° 338 ; Civ. 3^e, 11 déc. 1991, Bull. civ. III, n° 317 ; Civ. 1^{re}, 31 janv. 2008, n° 07-12.642).

(5) V. notamment *Mémento Expert baux commerciaux*, Éditions Francis Lefebvre, 2023-2024, n° 9475 s.

(6) Civ. 3^e, 9 sept. 2014, n° 13-19.753 ; Versailles, ch. 17, 4 févr. 2015, n° 13/03611 ; Civ. 3^e, 26 oct. 1993, Gaz. Pal. 1994. 1, Somm. p. 139 ; Paris, 16^e ch. A, 12 févr. 2003, n° 2000/11.079.

(7) Rouen, ch. civ. et com., 15 sept. 2011, n° 10/03513 ; Paris, pôle 5, ch. 3, 29 janv. 2014, n° 12/02434.

(8) Paris, 16^e ch. B, 22 janv. 2009 ; Paris, 16^e ch. A, 21 janv. 2009.

(9) Paris, 16^e ch. A, 8 oct. 2008, n° 2007/11.797 ; Paris, 16^e ch. A, 21 janv. 2009.

(10) Civ. 3^e, 29 nov. 2005, n° 04-17.031, AJDI 2006. 123 ; 11 févr. 1987, Bull. civ. III, n° 23 ; 24 nov. 1987, n° 84-13.794, Loyers et copr. 1988, n° 31 ; Com. 14 avr. 1992, Bull. civ. IV, n° 161 ; Civ. 3^e, 3 mai 1995, Administrer 10/1995, n° 271 ; Com. 14 oct. 1959, JCP 1960. II. 11.417.

(11) Pour exemples : cas où le cédant n'exploitait plus la clientèle avant la cession, ce qui avait fait disparaître cette dernière (Civ. 3^e, 19 mars 1974, AJPI 1975. 15 ; Com. 6 déc. 1982, Bull. civ. IV, n° 396 ; Civ. 3^e, 9 nov. 1983, Loyers et copr. 1984, n° 109 ; 28 févr. 1990, Loyers et copr. 1990, n° 397 ; 21 nov. 1990, Rev. loyers 1991. 189). Lorsqu'aucune clientèle n'est plus attachée au « fonds de commerce » (Pau, 8 nov. 1991 ; Paris, 16^e ch. B, 4 déc. 2008 ; Civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 04-19.923, D. 2010. 476, obs. Y. Rouquet, note J. Billefont ; ibid. 1103, chron. A.-C. Monge et F. Nési ; ibid. 2011. 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; Just. & cass. 2010. 475, rapp. F. Assié ; ibid. 477, avis F. Assié et A. Gariazzo ; AJDI 2010. 311, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; RTD civ. 2010. 105, obs. B. Fages ; Paris, pôle 5, ch. 3, 13 nov. 2019, n° 18/00789). Si le cédant conserve en réalité son fonds de commerce qu'il transfère (en procédant fictivement à une nouvelle création), tout en cédant le « fonds de commerce » qui est demeuré à l'adresse de l'emplacement loué (Com. 3 nov. 1956, JCP 1957. II. 9757 ; Civ. 3^e, 28 mars 1977, Bull. civ. III, n° 157 ; 2 juin 1977, Rev. loyers 1977. 511 ; Bordeaux, 2^e ch., 12 févr. 2008, n° 07-05087).

(12) Civ. 3^e, 3 janv. 1985, n° 83-15.665 ; 18 oct. 1990, Rev. huiss. 1990. 1439.

distincte. La solution est absolument constante en jurisprudence¹³.

Cas particulier de l'apport à une société de fait ou à une société en participation

Ces sociétés ne disposant pas de la personnalité morale, les apports faits à ces sociétés demeurent, aux yeux des tiers, appartenir à l'associé propriétaire du bien¹⁴. Ce type d'apport n'est pas une cession.

Cas particulier des actes effectués pour le compte de la société en formation

Il arrive fréquemment que, lors de la constitution d'une société, le contrat de bail soit signé avant l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés, ou avant même la signature des statuts. Le preneur a besoin du contrat de bail pour immatriculer sa société à l'adresse des biens loués. Le bail est généralement signé par les associés de la future société, ou par l'un d'entre eux.

En ce cas, il y a lieu de faire application des règles relatives à la reprise des actes conclus pour le compte de la société en formation :

- si ces règles sont respectées, il y a alors reprise, avec effet rétroactif, du contrat de bail, pour le compte de la société : cette hypothèse n'est pas une cession du droit au bail ;
- si en revanche les formalités de reprise n'ont pas été effectuées, ou encore que les conditions permet-

tant cette reprise ne sont pas remplies, alors le locataire demeure le(s) signataire(s) du contrat, et toute transmission du bail à la société serait constitutive d'une opération de cession.

Le régime juridique des engagements conclus au nom d'une société en formation est prévu par l'article 1843 du code civil, ainsi que par l'article L. 210-6, alinéa 2, du code de commerce, pour les sociétés commerciales.

Ainsi, le préalable, pour permettre la possibilité d'une reprise du bail par la société en formation, est que le contrat de bail ait bien été conclu au nom ou pour le compte de la société.

Initialement, la jurisprudence estimait :

- que le bail ne pouvait être repris par la société après son immatriculation que si le bail était signé au nom ou pour le compte de la société en formation¹⁵, auquel cas les signataires étaient seuls tenus aux engagements issus du contrat de bail¹⁶ ;
- que le bail conclu par la société en formation, alors qu'elle n'avait pas encore la personnalité, était nul¹⁷.

Désormais, la Cour de cassation a reconnu au juge du fond le pouvoir « d'apprécier souverainement, par un examen de l'ensemble des circonstances, tant intrinsèques à l'acte qu'extrinsèques, si la commune intention des parties n'était pas que l'acte fût conclu au nom ou pour le compte de la société en formation¹⁸ ». Si ces circonstances sont établies, le bail peut alors être repris par la société désormais immatriculée.

Mais encore faut-il que les formalités de reprise, prévues en droit des sociétés, soient effectuées. La reprise peut intervenir dans les cas prévus pour chaque forme sociale. Ces cas sont généralement les suivants :

- automatiquement à l'immatriculation de la société, lorsque le contrat à reprendre figure dans un état des actes accomplis par la société, et annexé aux statuts ;

- lorsque les associés ont donné mandat de prendre des engagements pour le compte de la société en formation ;
- ou, après immatriculation, par une assemblée générale de la société¹⁹.

À défaut, il n'y a pas de reprise par la société, seul le signataire restant tenu²⁰.

Compte tenu de ce qui précède, une vigilance particulière doit être apportée au cas où la reprise du contrat de bail n'a pas été effectuée par la société, car, même en l'absence de reprise régulière, les loyers et charges seront probablement réglés par la société.

Se posera donc l'éminente question de la détermination du titulaire du bail, et notamment lors des actions à mener en cas d'impayés de loyers (qui assigner : signataire du bail ou société ?) ou lors d'une révision de loyer ou d'un renouvellement du bail.

Si le principe demeure que le bailleur n'a pour locataire que les personnes qui ont signé le bail, à défaut de reprise régulière, le comportement du bailleur ultérieurement à la prise à bail est important.

Le seul fait pour la société de régler les loyers ne permet pas d'établir que le propriétaire a accepté une cession du droit au bail à son profit²¹, mais si le bailleur effectue des actes positifs, notamment en établissant des quittances de loyer au nom de la société, en lui délivrant un commandement de payer, ou en effectuant toute démarche établissant qu'il l'a accepté en qualité de locataire, il valide ainsi la cession du droit au bail au profit de la société²².

Cession de titres

La cession par l'associé de la société locataire de tout ou partie de ses parts sociales ou actions n'est pas une cession de droit au bail²³, sauf en cas de fraude au droit du bailleur. La personnalité morale du locataire n'est pas modifiée.

Une vigilance particulière doit être apportée lorsque la reprise du bail n'a pas été effectuée par la société en formation

(13) Com. 7 mars 1949, Bull. civ. IV, n° 116 ; 19 oct. 1960, Bull. civ. IV, n° 329 ; 18 mars 1963, Bull. civ. IV, n° 156 ; Civ. 3^e, 2 févr. 1977, Bull. civ. III, n° 58 ; Toulouse, 11 mars 2000, n° 18/02010 ; Civ. 3^e, 10 avr. 1973, Rev. loyers 1974. 406 ; Douai, 2^e ch., sect. 2, 11 sept. 2007, n° 06/07395 ; Paris, 16^e ch. B, 5 juin 2008, n° 07/11644 ; Bordeaux, civ. 2^e, 2 juin 2009.

(14) Civ. 3^e, 28 juin 1989, Bull. civ. III, n° 150 ; Paris, 31 janv. 1961, D. 1962, Somm. 10.

(15) Com. 22 mai 2001, n° 98-19.742 ; 21 févr. 2012, n° 10-27.630, D. 2012. 608 ; 13 nov. 2013, n° 12-26.158, Rev. sociétés 2014. 33, obs. S. Prévost ; 11 juin 2013, n° 11-27.356, Rev. sociétés 2013. 559, obs. S. Prévost ; 10 mars 2021, n° 19-15.618.

(16) Com. 11 juin 2013, n° 11-27.356, Rev. sociétés 2013. 559, obs. S. Prévost ; Lyon, 27 nov. 1998, JCP E 1999. 1015 ; Paris, 20 déc. 2007, n° 07-5883, RJDA 5/08, n° 523 ; Com. 15 mai 2012, n° 11-16.069, Rev. sociétés 2012. 434, obs. S. Prévost ; 27 oct. 1980, Bull. civ. IV, n° 350 ; 23 janv. 2007, n° 05-17.715 ; 2 mai 2007, n° 05-14.071 et 05-15.191 ; Paris, 16^e ch. B, 18 mai 2001, n° 2000/03329 ; Metz, 8 nov. 2018, n° 17/02000.

(17) Civ. 3^e, 5 oct. 2011, n° 09-72.855, D. 2012. 2688, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; Com. 21 févr. 2012, n° 10-27.630, D. 2012. 608 ; 19 janv. 2022, n° 20-13.719, RTD civ. 2022. 378, obs. H. Barbier ; RTD com. 2022. 316, obs. A. Lecourt.

(18) Com. 29 nov. 2023, n° 22-18.295 et 22-12.865, D. 2024. 584, note T. de Ravel d'Esclapon ; *ibid.* 275, obs. R. Boffa et M. Mekki.

(19) Art. R. 210-5, C. com. pour les SARL ; R. 210-6 et 210-7, C. com. pour les sociétés par actions ; art. 6 du Décr. n° 78-704 du 3 juill. 1978 pour le droit commun des sociétés.

(20) Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 13-24.355, AJDI 2016. 295, obs. S. Porcheron ; 6 avr. 2005, n° 01-12.719, D. 2005. 1229, obs. Y. Rouquet ; *ibid.* 2006. 925, obs. L. Rozès ; AJDI 2005. 659, obs. M.-P. Dumont ; *ibid.* 617, point de vue J.-P. Blatter.

(21) Montpellier, 5^e ch. A, 18 mai 1998, n° 97-02501.

(22) Pau, 2^e ch., 16 oct. 1996.

(23) Paris, 18 févr. 1992, D. 1992. IR 142 ; Com. 12 juill. 1993, BJS 1993. 1146 ; Com. 13 févr. 1990, Bull. civ. IV, n° 42 ; Com. 6 juin 1990, RTD com. 1991. 27, obs. J. Derrupé ; 22 janv. 1991, n° 89-12.398, RDI 1991. 233, obs. D. Tomasin ; RTD com. 1991. 182, obs. J. Derrupé ; *ibid.* 405, obs. Y. Reinhard ; Com. 19 nov. 1991, no 88-18.546 ; Civ. 3^e, 10 juill. 2002, RJDA 2002, n° 11 ; Paris, 10 avr. 2013, n° 11/01736, AJDI 2014. 278, obs. J. Darmon ; Versailles, 12 ch., 3 sept. 2013, n° 11/09167 ; Com. 3 juin 2014, n° 13-21.345, AJCA 2014. 228, obs. J. Dubarry ; Rev. sociétés 2015. 179, note A. Reygrobellet ; Civ. 1^{re}, 25 janv. 2017, no 15-19.490 ; Civ. 3^e, 12 juin 1996, RJDA 11/96, n° 1305.

Transformation de la société

Aux termes des articles 1844-3 du code civil et L. 210-6, alinéa 1^{er}, du code de commerce, la transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. En conséquence, le changement de la forme sociale *n'est pas une cession*²⁴.

Cas particulier de la mise en société d'une entreprise individuelle

Il faut réserver toutefois le cas spécifique de la « transformation²⁵ » d'une entreprise individuelle en société, qui entraîne le transfert du bail à une personne morale distincte. La Cour de cassation a estimé qu'il s'agissait d'une *cession*²⁶. Toutefois, l'article L. 145-16 du

Par précaution, le régime juridique des cessions pourrait être appliqué au transfert universel de patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel

code de commerce, tel qu'issu de sa modification par la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, a ajouté le cas de la transmission universelle du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel à la liste de la prohibition des conventions interdisant la cession au béné-

ficiare de ce transfert. Il faut en tirer la conclusion qu'il existera une différence de traitement selon que l'entreprise individuelle est apportée en société avec ou sans transmission universelle de son patrimoine.

Dissolution

La dissolution, à elle seule, *n'est pas cession* du bail. D'une part, l'article L. 237-5 du code de commerce précise que « la dissolution de la société n'entraîne pas de plein droit la résiliation des baux des immeubles utilisés pour son activité sociale ». D'autre part, l'article L. 237-2, alinéa 2, du code de commerce précise que « la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation ».

Ainsi, ce n'est pas au stade de la décision de dissolution de la société, entraînant ouverture des opérations de liquidation, que l'on caractérise la cession du bail.

Clôture de liquidation, partage de la société

En revanche, au terme du processus de liquidation, si le bail n'a pas été cédé autrement ou n'a pas été résilié, il est alors procédé aux opérations de partage de l'actif de la société, auprès des associés. L'attribution du droit au bail qui appartenait à la société à l'un des associés constitue bien une *cession*, puisqu'il y a changement dans la personne du preneur²⁷.

Fusion, scission, apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, transmission universelle de patrimoine

L'article L. 145-16, alinéa 2, du code de commerce prévoit un régime spécifique pour les opérations de :

- fusion ;
- scission ;
- apport partiel d'actif soumis au régime des scissions : l'apport partiel d'actif est en principe considéré comme un apport classique²⁸ ; il entre donc dans la catégorie des cessions. En revanche, lorsque l'apport partiel d'actif est réalisé dans les conditions prévues aux articles L. 236-6-1, L.236-22 et L.236-24 du code de com-

merce, il est alors soumis au régime des scissions. L'option du régime des scissions implique que l'apport partiel d'actif porte sur une branche autonome d'activité pour laquelle l'ensemble des droits, obligations et biens concernés sont transmis à la société bénéficiaire ;

■ transmission universelle de patrimoine : l'article 1844-5 du code civil précise que la réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Toutefois, lorsque l'associé unique est une personne morale, la dissolution entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique sans qu'il y ait lieu à liquidation.

Ces quatre opérations entraînent une *transmission* automatique de patrimoine à la société bénéficiaire, incluant le transfert automatique du contrat de bail commercial. La substitution de locataire est d'ordre public²⁹.

Toutes les clauses restrictives ou aménageant la cession du bail ne trouvent pas à s'appliquer³⁰. Il en va de même pour toutes les clauses contractuelles imposant un formalisme particulier, ou encore pour les formalités prévues par l'article 1696 du code civil³¹.

En cas d'apport partiel d'actif, la jurisprudence a été amenée à statuer en faveur de l'application de la clause de garantie solidaire du cédant prévue au bail, qui demeure mobilisable³².

Toutefois, s'il arrive que le bailleur perde un certain nombre de garanties, tel que par exemple la perte de la société qui transmet, ou encore l'absence de mobilisation possible d'une clause de garantie du cédant (notamment en cas de disparition de la société absorbée en cas de fusion), l'article L. 145-16, alinéa 3, du code de commerce permet à la plus diligente des parties de saisir le tribunal pour y substituer toute garantie utile.

Le texte ne prévoit qu'une possibilité de substitution de garantie, de telle sorte qu'il n'est pas exclu qu'un tribunal puisse la refuser. Cette action n'est pas sou-

(24) Com. 27 mai 1961, Bull. civ. IV, n° 245 ; Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-23.194, D. 2013. 477, note F. Roussel ; AJDI 2013. 293, obs. S. Prigent.

(25) À notre sens, le terme de transformation est impropre, puisqu'il s'agira en réalité d'un apport ou d'une transmission universelle de patrimoine, de l'entreprise individuelle à la société.

(26) Civ. 3^e, 17 juill. 1991, Express Doc. 10/1991, p. 11 ; 4 juin 2013, n° 12-18.330, AJDI 2013. 829, obs. C. Castela.

(27) Civ. 3^e, 22 févr. 1968, n° 66-11.268 ; 24 mars 1981, n° 79-14.033 ; Com. 25 mars 1958, Gaz. Pal. 1958 I, p. 437.

(28) Paris, 16^e ch. B, 27 févr. 1992.

(29) Paris, 16^e ch., 26 mai 1982.

(30) Paris, 16^e ch. B, 16 juin 2000, RJDA 12/00, n° 1100 ; Civ. 3^e, 19 févr. 1997, n° 95-14.826, RDI 1997. 499, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé ; RJDA 4/97 n° 51895-14.826 ; Paris, 17 avr. 1976, Gaz. Pal. 1976, II, p. 751.

(31) Com. 1^{er} juin 1993, n° 91-14.740, D. 1995. 153, obs. L. Rozès ; RDI 1993. 434, obs. G. Brière de l'Isle et J. Derruppé ; RJDA 7/93, n° 62291-14.740 ; Versailles, 12^e ch. sect. 1, 3 oct. 1996 ; Versailles, 12^e ch. sect. 2, 22 sept. 2011, n° 10/04.401 ; Civ. 1^{er}, 7 mars 1972, D. 1972. 545 ; 25 avr. 1974, n° 73-10.129 ; Civ. 2^e, 11 mai 1977, n° 75-12.548 ; Com. 18 mai 1984, JCP 1985. IV. 75.

(32) Civ. 3^e, 11 avr. 2019, n° 18-16.121, D. 2019. 814 ; *ibid.* 1511, obs. M.-P. Dumont ; *ibid.* 2020. 353, obs. M. Mekki ; AJDI 2020. 35, obs. J.-P. Blatter ; AJ contrat 2019. 306, obs. D. Houtcieff ; RTD civ. 2020. 65, obs. P. Deumier ; RTD com. 2019. 339, obs. J. Monéger ; Paris, pôle 5, ch. 3, 7 févr. 2018, n° 16/07034

mise à un délai particulier³³. Le bailleur pourra ainsi obtenir judiciairement une caution bancaire ou le paiement d'une somme d'argent à titre de garantie, notamment en remplacement de la clause de garantie solidaire en cas de cession³⁴.

Adjudication

L'adjudication du droit au bail est une opération considérée comme une *cession*³⁵.

Transmission à cause de mort

L'article 724 du code civil pose le principe de la continuation de la personne du défunt par ses successeurs ou ses légataires universels. Ce principe est par ailleurs confirmé par l'article 1742 du code civil. Dans ces hypothèses, s'il y a une transmission de plein droit du patrimoine du défunt, cette *transmission* n'est pas assimilée à une cession. En revanche, le legs particulier du droit au bail est une opération de *cession*³⁶.

Donation et donation-partage

La donation ou la donation-partage du droit au bail commercial est une véritable *cession* du droit au bail, et doit respecter les modalités prévues dans le contrat³⁷. Il a été jugé toutefois que la donation-partage de la nue-propriété du fonds de commerce ne pouvait être considérée comme une cession du droit au bail, dans la mesure où elle ne modifiait pas les rapports entre le locataire usufruitier, qui continue à exploiter, et le bailleur³⁸.

Partage d'indivision ou de communauté

Les règles sont similaires entre le partage d'une indivision et le partage d'une communauté entre époux, notamment après divorce :

■ quand le droit au bail est propriété indivise de plusieurs preneurs, le partage attribuant ce droit au bail à l'un d'entre eux *n'est pas une cession*³⁹. Cette même solution s'applique à l'attribution du bail commercial à l'un des époux cotitulaire du bail, ou lorsque le fonds de commerce est un actif de communauté, même si le bail n'est au nom que de l'un des époux⁴⁰ ;

■ en revanche, lorsque le partage de l'indivision ou de la communauté de biens aboutit à la cession à un tiers, qui n'est pas un des propriétaires indivis, ou au conjoint, qui n'est ni cotitulaire du droit au bail, ni propriétaire en commun du fonds de commerce, alors l'opération est considérée comme une véritable *cession* du droit au bail⁴¹.

Location-gérance

Le contrat de location-gérance ne vise qu'à mettre en location le fonds de commerce : le loueur reste titulaire du droit au bail, ce qui implique que ce type de contrat *n'est pas une cession* du droit au bail⁴², sauf fraude aux droits du bailleur ou fictivité de l'opération⁴³.

Transfert universel de patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel

Le principe du transfert universel de patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel a été intégré aux articles L. 526-22, alinéa 8, et L. 526-27 du code de commerce.

En matière de bail commercial, il a été intégré dans l'article L. 145-16, alinéa 1^{er}, du code de commerce, réputant non écrites les conventions visant à interdire au locataire le transfert universel de son patrimoine professionnel.

Par une interprétation *a contrario*, il pourrait être considéré que le législateur a estimé que ce transfert universel de patrimoine était une véritable cession, tout en souhaitant la protéger des clauses d'interdiction, et ce de la même façon qu'en matière de cession de fonds de commerce. Toutefois, il est possible de s'interroger sur la véritable qualification juridique de cette opération qui aurait pu, sous certains aspects, figurer à l'article L. 145-16, alinéa 2, du code de commerce, au même titre que les fusions, scissions, apports partiels d'actif soumis au régime des scissions et transmissions universelles de patrimoine de l'article 1844-5 du code civil.

Le texte, tel qu'il est rédigé, pourrait laisser penser que les clauses restrictives ou aménageant la transmission universelle de patrimoine devraient s'appliquer. Cela étant, il nous semble difficile qu'une telle application puisse se faire dans tous les cas de transmission universelle du patrimoine professionnel, et notamment dans les cas prévus à l'article L. 526-22, alinéa 8, du code de commerce, relatif au décès de l'entrepreneur individuel ou à la cessation de toute activité professionnelle indépendante, qui ont pour effet la transmission universelle du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, en le rattachant au patrimoine privé.

L'absence de recul sur cette réglementation amènera le praticien à être vigilant : s'agit-il d'une *cession* ? d'une *transmission* ?

Par précaution, le régime juridique applicable aux cessions pourrait lui être appliqué, mais il est certain que, dans certains cas de transmission universelle du patrimoine professionnel, il y sera fait exception.

Cas particulier du preneur prenant sa retraite ou bénéficiaire d'une pension invalidité

L'article L. 145-51 du code de commerce a prévu un régime spécifique dans cette situation : ce régime est d'ailleurs d'ordre public. Ainsi, les clauses interdisant la cession, la restreignant ou l'aménageant sont contraires aux dispositions du texte, et ne peuvent trouver application⁴⁴.

(33) Civ. 3^e, 13 nov. 1997, n° 95-21.311, D. 1998. 97, obs. A. Honorat ; RDI 1998. 146, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé ; RTD civ. 1998. 124, obs. P. Jourdain ; *ibid.* 696, obs. P.-Y. Gautier ; RJDA 1/98, n° 24.

(34) Paris, 3^e ch. A, 14 nov. 1989, BRDA 1990/7, p. 13 ; Paris, 16^e ch. B, 27 nov. 1992, Loyers et copr. 1993, n° 314 ; Paris, 16^e ch. A, 19 mars 2008, n° 06-17548.

(35) Paris, 9 nov. 1954, JCP 1955. IV. 51.

(36) Lyon, civ. 1^{re}, 26 janv. 1989.

(37) Soc. 10 janv. 1958, Bull. civ. V, n° 67.

(38) Civ. 3^e, 22 janv. 1992, n° 90-10.685.

(39) Civ. 3^e, 13 oct. 2004, n° 03-12.968, D. 2004. 2935, obs. Y. Rouquet ; *ibid.* 2005. 1090, obs. L. Rozès ; AJDI 2005. 383, obs. J.-P. Blatter.

(40) Civ. 3^e, 23 mars 2011, n° 10-30.495, D. 2011. 1009, obs. Y. Rouquet ; AJDI 2011. 790, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; RTD civ. 2011. 518, obs. J. Hauser ; 24 mars 1993, n° 91-15.406.

(41) Civ. 3^e, 30 avr. 1997, n° 95-19.580, Bull. civ. III, n° 89, D. 1997. 121 ; *ibid.* 121 (pour des indivisaires) ; Aix-en-Provence 14 janv. 1988, Loyers et copr. 1988, n° 545 ; Grenoble, 12 mars 1980, Quot. jur. 12 mars 1981.

(42) Versailles, 3^e ch., 15 juill. 2009, Dr. sociétés 2009, n° 236.

(43) Paris, 16^e ch. B, 11 mars 1993 ; Com. 13 janv. 2009, n° 07-14.835.

(44) Civ. 3^e, 5 avr. 2018, n° 17-14.882.

■ Typologie des clauses restrictives ou aménageant la cession du droit au bail

Ainsi qu'il l'a été indiqué précédemment, la cession isolée du droit au bail peut faire l'objet d'une clause d'interdiction absolue, par dérogation à l'article 1717 du code civil. Bien évidemment, la liberté contractuelle est de mise : les parties peuvent tout à fait convenir, dans le bail, de clauses spécifiques de restriction, d'aménagement ou même d'autorisation partielle de la cession du droit au bail, notamment au profit des sociétés contrôlées par la société preneuse.

En revanche, s'agissant de la cession du droit au bail intervenant au profit de l'acquéreur du fonds de commerce, de l'entreprise ou du transfert universel du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, seules sont autorisées les clauses restreignant ou aménageant le droit de céder, sans que ces clauses ne puissent aboutir à une interdiction absolue de céder le droit au bail.

Clauses d'agrément ou d'autorisation du bailleur

Les clauses du contrat de bail prévoyant la possibilité pour le bailleur d'acquiescer ou de refuser le futur acquéreur sont valables, et ce aux termes d'une jurisprudence constante⁴⁵.

Cette clause a l'utilité de permettre au bailleur de vérifier la qualité du preneur, et notamment sa solvabilité et son honorabilité⁴⁶.

Si le bailleur peut refuser de donner son accord, ou son agrément, ce refus ne peut pas être discrétionnaire, puisque la possibilité d'un refus d'agrément discrétionnaire reviendrait en réalité à réputer non écrite la clause d'agrément. Le bailleur doit donc justifier d'un motif légitime, à défaut de quoi son refus (et même son absence de réponse) pourrait être jugé abusif⁴⁷.

Le refus injustifié du bailleur est susceptible d'engager sa responsabilité, qui sera sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts⁴⁸, certaines juridictions estimant que ce préjudice peut s'élever au prix de la cession envisagée⁴⁹, ou encore à la valeur du droit au bail⁵⁰. En outre, si le refus du bailleur est illégitime, le bailleur peut demander au tribunal d'autoriser la cession⁵¹. Le juge des référés pourrait même être saisi pour autoriser la cession en estimant qu'il existe un cas d'urgence, ou que le refus infondé du bailleur constitue un trouble manifestement illicite⁵².

Application en cas de procédures collectives :

Si la cession du droit au bail intervient dans le cadre d'un plan de cession en matière de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire (respectivement articles L. 626-1, alinéa 3, L. 631-22, alinéa 1^{er}, et L. 642-1 du code de commerce), la clause subordonnant la cession à l'accord du bailleur⁵³ est privée d'effet.

En cas de cession isolée d'un élément d'actif pendant la période d'observation, ou en cas de liquidation judiciaire, la clause du bail prévoyant l'agrément du bailleur s'applique⁵⁴.

À noter la spécificité de la procédure en la matière : le bailleur ne peut invoquer le non-respect des dispositions du contrat de bail qu'en effectuant un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire ordonnant la cession⁵⁵.

Clauses imposant des formalités ou un formalisme

■ Le concours à l'acte du bailleur : les clauses imposant l'intervention du bailleur à l'acte de cession, ou prévoyant qu'il y sera convoqué ou dûment appelé, sont valables⁵⁶.

■ Clause imposant un formalisme particulier : la clause du bail prévoyant l'exigence d'une cession du droit au bail en la forme authentique est licite⁵⁷, de même que la clause obligeant à remettre au bailleur une copie exécutoire⁵⁸, ou prévoyant la remise d'un original de l'acte de cession dans un certain délai⁵⁹.

■ Clause imposant un rédacteur à l'acte de cession : est tout à fait licite la clause imposant que la cession soit rédigée par le conseil ou le mandataire du bailleur⁶⁰, même si la jurisprudence ne semble pas unanime en la matière⁶¹.

■ Clause prévoyant un pacte de préférence ou un droit de préemption au profit du bailleur : ces clauses sont parfaitement valables⁶². Il convient, pour le rédacteur, d'être vigilant sur la rédaction de cette clause qui est d'interprétation restrictive : ainsi, un pacte de préférence ayant été conclu au profit du bailleur uniquement en cas de vente ne sera pas applicable en cas d'apport en société⁶³.

Application en cas de procédures collectives :

Si la cession du droit au bail intervient dans le cadre d'un plan de cession en matière de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire (respectivement articles L. 626-1, alinéa 3, L. 631-22, alinéa 1^{er}, et L. 642-1 du code de commerce), toutes les clauses

(45) Com. 28 févr. 1956, Rev. loyers 1956, 241 ; 14 janv. 1958, JCP 1958. II. 10466 ; 16 févr. 1959, Bull. civ. IV, n° 81 ; Civ. 3e, 14 avr. 1982, n° 80-14.693, Gaz. Pal. 1982. 2, p. 291 ; Civ. 3e, 19 déc. 1983, Bull. civ. III, n° 265 ; 12 juill. 1989, Loyers et copr. 1989, n° 494 ; 2 oct. 2002, RJDA 12/02, n° 1244.

(46) Civ. 3e, 14 févr. 1982, JCP 1982. IV. 217.

(47) Civ. 3e, 9 mai 2019, n° 18-14.540, AJDI 2019. 535 ; 15 juin 2011, n° 10-16.233 ; Com. 4 janv. 1994, RJDA 5/94, n° 636.

(48) Com. 15 mars 1965, Bull. civ. IV, n° 192 ; 18 oct. 1965, Bull. civ. IV, n° 502 ; Civ. 3e, 1^{er} avr. 1998, n° 96-14.758.

(49) Pau, 29 août 1991.

(50) Toulouse, 2^e ch., 2 déc. 1993.

(51) Com. 28 févr. 1956, Bull. civ. IV, n° 88 ; 19 févr. 1963, Gaz. Pal. 1963, I, 443 ; 9 mars 1967, Bull. civ. IV, n° 111 ; Civ. 3e, 9 mars 1974, AJPI 1975. 10.

(52) Aix-en-Provence, 4^e ch. civ., 26 mai 1994, Loyers et copr. 1994, n° 437 ; Versailles, 14^e ch., 20 déc. 2006, n° 06-2554.

(53) Com. 6 déc. 1994, no 91-17927.

(54) Com. 19 avr. 2023, n° 21-20.655, D. 2023. 781 ; *ibid.* 1430, chron. S. Barbot et C. Bellino ; *ibid.* 1715, obs. F.-X. Lucas et P. Cagnoli ; Rev. sociétés 2023. 397, obs. F. Reille.

(55) Art. L. 642-19, C. com. ; Com. 9 mai 2007, n° 06-10.064, D. 2007. 1508, obs. A. Lienhard ; Com. 23 mars 2022, n° 20-19.174, Revue pratique du recouvrement - EJT 2023. 19, chron. E. Morgantini et S. Gonon ; D. 2022. 605 ; *ibid.* 1375, obs. M.-P. Dumont ; *ibid.* 1675, obs. F.-X. Lucas et P. Cagnoli ; AJDI 2022. 361, obs. J.-P. Blatter ; Rev. sociétés 2022. 381, obs. F. Reille ; RTD com. 2022. 238, obs. F. Kendérian.

(56) Civ. 3e, 16 févr. 1982, Gaz. Pal. 1982. 2, pan. Jur. p. 220 ; Civ. 3e, 21 nov. 2001, n° 99-19.890, AJDI 2002. 126, obs. M.-P. Dumont ; Paris, pôle 5, ch. 3, 6 nov. 2013, n° 10/17437 ; Aix-en-Provence, 4^e ch. civ. A, 24 janv. 2002.

(57) Com. 12 juin 1963, Bull. civ. IV, n° 294 ; Civ. 3e, 24 juin 1998, Bull. civ. III, n° 135 ; 19 juill. 1995, n° 93-10.845.

(58) Com. 12 juin 1963, Bull. civ. IV, n° 294 ; Nancy, 2^e ch. com., 18 déc. 2013, n° 12/02649.

(59) Paris, 16^e ch. A, 27 juin 2007, RG 05/21758

(60) Com. 18 janv. 1994, Administrer 8/9 1994. 20 ; Paris, 1^{er} ch., 24 mai 1991, Loyers et copr. 1992, comm. p. 215 ; Paris, 26 janv. 2001, n° 1999/25275, AJDI 2001. 338 ; Paris, 17 janv. 2008, n° 07/15074, AJDI 2008. 761.

(61) Paris, 20 mars 2008, n° 06/16773, AJDI 2008. 850.

(62) Com. 17 févr. 1960, Bull. civ. IV, n° 68 ; Civ. 3e, 12 juill. 2000, n° 98-22.000, D. 2000. 406, obs. Y. Rouquet ; Com. 6 mars 1966, Bull. civ. IV, n° 116 ; Civ. 3e, 12 juill. 1995, RJDA 11/95 n° 1209.

(63) Civ. 3e, 15 janv. 2014, n° 12-35.106.

contenant des exigences de forme prévues au bail⁶⁴ sont privées d'effet. Il en va de même de la clause prévoyant un droit de préférence ou de préemption au profit du bailleur⁶⁵.

En revanche, en cas de cession isolée d'un élément d'actif pendant la période d'observation, ou en cas de liquidation judiciaire, les clauses du bail prévoyant l'obligation de respecter le formalisme prévu pour la cession, à savoir l'acte authentique⁶⁶ ou encore un droit de préférence du bailleur⁶⁷, doivent être respectées.

Notons que le bailleur ne peut invoquer le non-respect des dispositions du contrat de bail qu'en effectuant un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire ordonnant la cession.

Clauses de nature financière

■ Clause imposant au preneur d'être à jour des loyers et charges dues : le contrat de bail peut prévoir tout à fait régulièrement que la cession ne pourra intervenir que pour autant que le preneur est à jour du règlement de ses loyers et charges⁶⁸.

■ Clause prévoyant une modification du loyer : bien qu'il soit arrivé que des juridictions valident une clause prévoyant l'augmentation du loyer en cas de cession du droit au bail⁶⁹, ce type de clause est réputée non écrite, non pas sur le fondement de l'article L. 145-16 du code de commerce (puisqu'en soit, elle ne porte pas interdiction absolue de céder le droit au bail), mais pour infraction aux règles d'ordre public en matière de révision triennale⁷⁰.

■ Clause d'indemnisation du bailleur : il est possible que le bail contienne une clause prévoyant, en cas de cession, le versement d'une indemnité au bailleur. Si le montant de cette indemnité n'est pas à ce point

dissuasif qu'il empêche le preneur de céder son droit au bail, alors la clause est valable⁷¹.

Application en cas de procédures collectives :

Il n'existe pas à notre connaissance de jurisprudence spécifique sur l'application de ce type de clause en cas de procédures collectives. Il nous semble certain qu'en cas de cession du bail dans le cadre d'un plan de cession, ces clauses de nature financières sont privées d'effet. Nous sommes plus réservés sur leur application dans le cadre d'une cession hors plan de cession : si la clause imposant au preneur d'être à jour de ses loyers et charges sera certainement privée d'effet (pour être incompatible avec la nature même de la procédure collective, impliquant l'existence de difficultés financières), la clause d'indemnisation du bailleur pourrait, sous certaines conditions, trouver application, notamment si cette clause prévoit que l'indemnisation est due par le cessionnaire.

Sauf dispositions contraires, la clause de garantie ne concerne que la première cession intervenue

Clause de garantie solidaire du cédant

Cette clause prévoit que le cédant reste garant à l'égard du bailleur, solidairement avec le cessionnaire, de l'exécution des obligations du contrat de bail. La jurisprudence estime traditionnellement qu'en l'absence de clause de garantie solidaire, le cédant est déchargé de toute obligation à l'égard du bailleur ultérieurement à la cession⁷². D'où l'intérêt pour le bailleur de prévoir ce type de clause. Cette clause est d'interprétation restrictive : elle doit donc prévoir, de la façon la plus complète qui soit, la teneur de la garantie du cédant à l'égard du cessionnaire car, à défaut de stipulation expresse, le cédant ne sera pas tenu aux réparations locatives⁷³, ou aux indemnités d'occupation dues après résiliation du bail⁷⁴.

En cas de cessions successives, le rédacteur du bail doit veiller à ce que la clause soit bien rédigée, car, sauf dispositions contraires, la clause de garantie ne concerne que la première cession intervenue, et non les cessions ultérieures ou successives.

Sauf stipulation contraire, cette garantie cesse à la date à laquelle le bail cédé a pris fin⁷⁵, car le bail renouvelé est un nouveau bail⁷⁶. Tant que le bail est en cours, la garantie s'applique, même pendant la période de tacite prolongation⁷⁷.

Toutefois, la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, dite loi Pinel, a limité la durée maximum d'application de cette clause à trois ans, au sein de l'article L. 145-16-2 du code de commerce, qui est d'ordre public⁷⁸. Il faut reconnaître que le texte de l'article L. 145-16-2 du code de commerce est perfectible : « Si la cession du bail commercial s'accompagne d'une clause de garantie du cédant au bénéfice du bailleur, celui-ci ne peut l'invoquer que durant trois ans à compter de la cession dudit bail. »

Ainsi se posent les questions :

■ d'une part, de l'interprétation de la durée de « trois ans à compter de la cession du bail » : s'agit-il de la date de signature de l'acte de cession, ou de la date d'effet de la cession ? Notre analyse nous conduit à penser qu'il s'agit plutôt de la date d'effet de la cession qui doit être prise en compte, puisqu'il n'est pas interdit aux parties de prévoir une date d'effet différée, ou une date d'effet rétroactive à la cession ;

■ d'autre part, de l'interprétation de l'interdiction pour le bailleur « d'invoquer » cette clause au-delà du délai de trois ans : le délai de trois ans est-il un délai de couverture, ou un délai de règlement imposant au bailleur d'engager son action ?

Il nous semble logique qu'il s'agisse uniquement d'un délai de couverture, et que le bailleur puisse engager son action en justice au-delà dudit délai.

(64) Com. 1^{er} mars 2016, n° 14-14.716, D. 2016. 597 ; AJDI 2016. 427, obs. M.-P. Dumont-Lefrand.

(65) Com. 13 janv. 2015, no 13-21.650.

(66) Civ. 3^e, 17 juin 2014, n° 13-15.119, RTD com. 2014. 776, obs. F. Kenderian ; Com. 17 mai 2017, n° 15-27.140.

(67) Civ. 3^e, 13 févr. 2007, n° 06-11.289, D. 2007. 648, obs. A. Lienhard ; AJDI 2007. 655, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; RTD civ. 2007. 332, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 367, obs. P.-Y. Gautier ; RTD com. 2008. 856, obs. C. Saint-Alary-Houin.

(68) Civ. 3^e, 31 mai 1994, Gaz. Pal. 1995, somm. 307.

(69) Reims, 1^{er} ch., 30 nov. 2000, JCP 2001. IV. 2427.

(70) Civ. 3^e, 27 oct. 1983, Loyers et copr. 1984, n° 71 ; Amiens, 1^{er} ch., 30 nov. 2000, n° 00/00548.

(71) Metz, 14 nov. 2012, n° 09/03537, AJDI 2013. 438 ; Paris, 20 févr. 2019, n° 17/15150, AJDI 2019. 801 ; Grenoble, ch. com., 25 janv. 2018, n° 15/02860 : ces arrêts ont validé des indemnités correspondant à 5 % du prix de cession mais aussi à la valeur de la moitié du fonds de commerce.

(72) Civ. 3^e, 12 juill. 1988, Bull. civ. III, n° 125 ; 15 janv. 1992, Gaz. Pal. 1992. 654.

(73) Civ. 3^e, 12 avr. 1995, Bull. civ. III, n° 107 ; 4 mars 1998, RJDA 5/98 n° 570.

(74) Civ. 3^e, 28 oct. 2009, n° 08-16.826, D. 2009. 2681, obs. Y. Rouquet ; RTD com. 2010. 61, obs. B. Saintourens.

(75) Civ. 3^e, 28 sept. 2022, n° 21-22.377, Revue pratique du recouvrement - EJT 2023. 23, chron. E. Morgantini et S. Gonon ; 18 oct. 2006, n° 05-15.179.

(76) Civ. 3^e, 24 nov. 1999, RJDA 1/00 n° 14.

(77) Civ. 3^e, 5 juin 2002, RJDA 8-9/02 n° 863 ; 7 févr. 2007, RJDA 6/07 n° 594.

(78) Civ. 3^e, 11 avr. 2019, n° 18-16.121, D. 2019. 814 ; *ibid.* 1511, obs. M.-P. Dumont ; *ibid.* 2020. 353, obs. M. Mekki ; AJDI 2020. 35, obs. J.-P. Blatter ; AJ contrat 2019. 306, obs. D. Houtcief ; RTD civ. 2020. 65, obs. P. Deumier ; RTD com. 2019. 339, obs. J. Monéger.

En outre, une autre interrogation sur la portée de la garantie du cédant est née de l'introduction de l'article 1216-1 du code civil, par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, précisant ce qui suit : « Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. À défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat. »

Ainsi, à la lecture de ce texte de droit commun, le cédant serait tenu solidairement à l'exécution du contrat, c'est-à-dire jusqu'à son terme, sauf clause contraire, c'est-à-dire sauf si le bailleur le libère.

Si une cession de droit au bail est intervenue, il faut vérifier si sa signification a été faite au bailleur et, à défaut, une régularisation s'impose avant toute demande de renouvellement

À notre sens, les dispositions spéciales du statut des baux commerciaux, et notamment la rédaction particulière de l'article L. 145-16-2 du code de commerce, nous laissent penser que le droit commun de l'article 1216-1 du code civil doit être écarté. La jurisprudence ne s'étant pas encore prononcée sur la question, le conseil du preneur serait avisé de

s'assurer que le bailleur libère expressément le preneur cédant de toute obligation à son égard, ou qu'il obtienne la limitation de la garantie à trois ans, en présence d'une clause dans le bail.

Enfin, il sera rappelé que l'article L. 145-16-1 du code de commerce prévoit l'obligation pour le bailleur, en présence d'une clause de garantie solidaire du cédant, d'informer ce dernier de tout défaut de paiement du cessionnaire, dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle la somme aurait dû être acquittée. Ce texte ne prévoit pas de sanction spécifique : la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée définitivement sur la sanction à retenir, mais les solutions actuelles semblent s'orienter vers la possible responsabilité du bailleur dans l'accumulation de la dette, sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts à son locataire, sans pour autant que le bailleur ne soit déchu de son droit à se prévaloir de ladite garantie⁷⁹.

Application en cas de procédures collectives

Cette clause de solidarité est réputée non écrite lors de la cession du droit au bail dans un plan de sauvegarde, de même qu'en redressement et liquidation judiciaire⁸⁰ : la solution est applicable en cas de cession isolée du bail, ou lors de la cession dans le cadre d'un plan de cession.

Clause de garantie inversée

Cette clause prévoit la garantie solidaire du cessionnaire pour les sommes dues par le cédant au titre du bail avant la cession. Au même titre que la clause de garantie solidaire du cédant, cette clause doit être libellée avec suffisamment de précisions, s'agissant des sommes concernées, puisqu'elle sera d'interprétation restrictive. L'avantage de cette garantie est qu'elle n'est pas soumise au délai de trois ans de l'article L. 145-16-2 du code de commerce.

Application en cas de procédures collectives :

Cette clause reste valable même lorsque la cession intervient dans le cadre de la procédure collective du cédant⁸¹. Toutefois, cette clause est neutralisée lorsque la cession du droit au bail est incluse dans un plan de cession⁸². Mais elle demeure efficiente pour toute cession du droit au bail intervenant en dehors d'un plan de cession.

Clauses diverses

■ Clause imposant la cession du fonds de commerce dans sa totalité : le bail commercial peut interdire la cession du droit au bail,

dans l'hypothèse d'une cession partielle du fonds de commerce⁸³.

■ Clause de poursuite d'un contrat : il a été déjà jugé que le bail pouvait faire obligation au preneur, puis à ses acquéreurs, de poursuivre un contrat de concession que le bailleur avait conclu auparavant⁸⁴. Clause exigeant que l'acquéreur présente le même niveau de garanties, de solvabilité ou d'honorabilité que le cédant : cette clause a été jugée licite⁸⁵.

Formalités de notification de la cession

La cession du droit au bail est une cession de créance qui doit respecter les exigences de l'article 1690 du code civil : la cession doit donc être signifiée par acte de commissaire de justice au bailleur, ou à défaut être acceptée par lui dans un acte authentique⁸⁶. À défaut, la cession est inopposable au bailleur⁸⁷.

Pour être valable, la signification doit contenir tous les éléments de renseignements nécessaires au bailleur⁸⁸ : ces éléments ne sont précisés ni par la réglementation, ni par la jurisprudence en vigueur, de sorte que l'on ne peut que conseiller au praticien de signifier l'acte de cession en sa totalité.

Relevons que pour juger la cession du droit au bail opposable au bailleur, la jurisprudence a admis que la formalité prévue par l'article 1690 du code civil soit accomplie dans un acte sous seing privé⁸⁹, ou encore qu'elle résulte d'une acceptation tacite de la cession du bail, qui doit être non équivoque⁹⁰. Cette acceptation doit résulter de faits positifs de la part du bail, telle la délivrance d'une quittance de loyer⁹¹, d'une demande de paiement des loyers directement auprès du cessionnaire⁹², la simple perception des loyers n'étant pas suffisante⁹³.

L'article 1690 du code civil n'impose aucun délai pour procéder à la signification de la cession du droit au bail. Sauf à ce que le contrat de bail impose un délai particulier pour la signification, elle peut être faite à tout moment, tant que le bail est encore en cours : la formalité peut être valablement accomplie si elle est

(79) Douai, 30 mars 2017, n° 16/01367, AJDI 2017. 673 ; Pau, 13 avr. 2021, n° 20/01042, AJDI 2021. 517 ; Toulouse, 6 nov. 2019, n° 17/03091, AJDI 2020. 281.

(80) Art. L. 622-15, L. 631-14 et L. 641-12, C. com.

(81) Com. 27 sept. 2011, n° 10-23539 ; Versailles, 12 mars 2015, n° 14/02599 et 14/03274, D. 2015. 1615, obs. M.-P. Dumont-Lefrand.

(82) Art. L. 642-7, al. 3, L. 626-1 al. 3, et L. 631-22, al.1^{er}, C. com.

(83) Civ. 3^e, 30 nov. 1988, Loyers et copr. 1989, n° 83.

(84) Civ. 3^e, 22 juill. 1987, Loyers et copr. 1987, n° 352.

(85) Riom, ch. com., 14 déc. 2016, n° 15/01360.

(86) Req. 4 mai 1925, Gaz. Pal. 1925. 2, p. 69 ; Civ. 3^e, 2 févr. 1977, Gaz. Pal. 1977. 1, pan. Jur. p. 165 ; Civ. 3^e, 10 mai 1989, Loyers et copr. 1989, n° 336.

(87) Civ. 3^e, 1^{er} juill. 2003, n° 01-16.571, AJDI 2003. 618 ; Aix-en-Provence, ch. civ., 28 juin 2001.

(88) Civ. 3^e, 27 juin 1961, Bull. civ. III, n° 292 ; Com. 14 mars 1962, Bull. civ. IV, n° 167 ; Civ. 3^e, 6 mai 1981, Rev. loyers 1981. 375.

(89) Civ. 1^{er}, 19 janv. 1970, n° 68-11.697.

(90) Civ. 3^e, 5 mai 1975, Bull. civ. III, n° 150 ; Civ. 3^e, 10 mai 1989, n° 87-17.504.

(91) Com. 19 juill. 1965, Bull. civ. IV, n° 453 ; Papeete, 16 avr. 1998.

(92) Civ. 3^e, 6 avr. 2005, n° 03-16.437 et 03-20.663, AJDI 2005. 478 ; 14 déc. 1994, n° 92-19.351, AJDI 1995. 486 ; *ibid.* 487, obs. J.-P. Blatter ; RDI 1995. 606, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé.

(93) Civ. 3^e, 29 avr. 1969, Rev. loyers 1969, n° 411.

effectuée après la délivrance d'un congé, mais avant la date d'effet de ce congé, ou encore incluse dans la demande de renouvellement⁹⁴.

Conseil aux praticiens : si une cession de droit au bail est intervenue pendant la durée du bail, il est judicieux de bien vérifier si la signification de la cession a été faite au bailleur, et à défaut de régulariser la signification avant d'effectuer toute demande de renouvellement (côté preneur) ou avant de délivrer congé (côté bailleur), afin d'envisager un possible refus de renouvellement, voire une dénégation du statut.

■ Sanctions

Le non-respect des différentes formalités prévues par la loi, de même que l'inobservation des clauses contractuelles, exposent le preneur à de nombreuses sanctions, qu'il convient d'appréhender, afin de déterminer stratégiquement celle la plus à même de produire effet.

Inopposabilité de la cession

En l'absence des formalités de signification de la cession prévues par l'article 1690 du code civil, en cas de non-respect des clauses ou formalités imposés par le bail, ou encore en l'absence des formalités prévues par l'article L. 526-27 du code de commerce (transfert universel du patrimoine professionnel d'un entrepreneur individuel), la sanction est l'inopposabilité de la cession au bailleur⁹⁵.

Il résulte de cette inopposabilité qu'aux yeux du bailleur :

- le cédant reste son seul locataire, redevable à son égard de l'intégralité des obligations du bail, notamment le paiement des loyers et charges⁹⁶ ;
- le cessionnaire doit être considéré comme un occupant sans droit ni titre, dont l'expulsion peut être demandée par le bailleur, au besoin en référés⁹⁷ ;
- le cessionnaire n'est donc pas en droit de solliciter le renouvellement de son bail⁹⁸.

Cela étant exposé, le cédant peut imaginer régulariser la situation. Si, par exemple, ce sont les formalités de signification de l'article 1690 du code civil qui n'ont pas été respectées, elles peuvent l'être à tout moment pendant la durée du bail. Si certaines formalités contractuelles n'ont pas été accomplies, et qu'elles peuvent toujours l'être, le cédant pourra les effectuer.

En dernier état, dans la mesure où la cession n'est pas opposable au bailleur, le preneur demeure libre, à l'égard du bailleur, de céder une nouvelle fois son droit au bail, au cessionnaire initial ou à un tiers, à condition de respecter les dispositions légales et contractuelles⁹⁹.

Dénégation du statut

Si, lors du renouvellement, le cédant n'exploite plus un fonds de commerce dans les lieux loués et, *a fortiori* s'il n'est plus immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, alors il ne bénéficie plus du droit au renouvellement du bail, de sorte que le bailleur peut valablement lui délivrer un congé valant dénégation du statut¹⁰⁰.

Refus de renouvellement

La cession irrégulière du droit au bail peut constituer un motif grave et légitime permettant au bailleur de refuser le renouvellement, sans indemnité d'éviction, sur le fondement de l'article L. 145-17 du code de commerce¹⁰¹. Les juges apprécient souverainement la gravité du manquement¹⁰².

Afin de mettre en œuvre le refus de renouvellement, il est en principe nécessaire d'adresser au locataire une mise en demeure de mettre fin au manquement qui lui est reproché dans le délai d'un mois, conformément à l'article L. 145-17, alinéa 1^{er}, du code de commerce. Toutefois, en présence d'une infraction irréversible, tel le défaut d'autorisation du bailleur, ou encore l'absence de convocation du bailleur à l'acte de cession, cette mise en demeure se révèle inutile¹⁰³. Il convient toutefois d'être prudent car la jurisprudence n'est pas unanime sur l'exigence ou non d'une mise en demeure avant de mettre en œuvre un refus de renouvellement, dans les cas de cession du droit au bail.

Résolution judiciaire du contrat de bail

En présence d'une cession irrégulière, le bailleur peut tout à fait se prévaloir du droit commun de l'article 1224 du code civil, en demandant la résolution judiciaire du bail, aux torts du locataire, s'il existe un motif d'une gravité suffisante.

Les juges du fond apprécient souverainement si la faute est suffisamment grave pour justifier la sanction de la résolution¹⁰⁴. En raison de cette appréciation souveraine, la jurisprudence en la matière est donc relativement disparate, et régulièrement les mêmes manquements font l'objet de décisions contradictoires¹⁰⁵.

Mise en jeu de la clause résolutoire

Si le bail contient une clause résolutoire, le bailleur peut s'en prévaloir afin d'obtenir la résolution du contrat.

(94) Com. 27 juin 1961, Bull. civ. IV, n° 292 ; Civ. 3^e, 1^{er} mars 1972, Bull. civ. III, n° 148 ; Versailles, 12^e ch., 17 janv. 2012, n° 10/03610 ; Civ. 3^e, 13 mars 1962, Bull. civ. III, n° 157.

(95) Civ. 3^e, 24 juin 1990, n° 96-16.187 ; 9 févr. 2017, n° 15-15.428.

(96) Civ. 3^e, 13 mai 1998, RJDA 8-9/98 n° 955.

(97) Civ. 1^{er}, 13 févr. 1963, Bull. civ. I, n° 100 ; Civ. 3^e, 6 févr. 1979, JCP 1979. IV. 121 ; Grenoble, 17 nov. 2011, n° 10/04200.

(98) Com. 14 avr. 1961, Bull. civ. IV, n° 157 ; Civ. 3^e, 13 févr. 1974, Bull. civ. III, n° 175.

(99) Com. 10 juin 1959, Bull. civ. IV, n° 255 ; Civ. 3^e, 22 mars 1995, RJDA 6/95, n° 692.

(100) Civ. 3^e, 13 févr. 1974, Bull. civ. III, n° 75 ; Toulouse, 2^e ch. sect. 1, 15 mai 1996 ; Paris, 7 oct. 2020, n° 18/28515, AJDI 2021. 45 ; Rouen, 2^e ch., 29 févr. 1996.

(101) Com. 19 oct. 1960, Bull. civ. IV, n° 329 ; 13 mars 1962, Bull. civ. IV, n° 157 ; 7 juill. 1964, Bull. civ. IV, n° 356 ; Civ. 3^e, 22 févr. 1968, Bull. civ. III, n° 68 ; 10 déc. 2002, n° 01-13.416.

(102) Com. 7 mars 1949, Bull. civ. IV, 1949, n° 116 ; Rouen, 2^e Ch., 24 avr. 2008, n° 07/02096.

(103) Civ. 3^e, 13 févr. 1973, n° 71-10.415 ; 25 juin 1975, Rev. loyers 1975. 432.

(104) Civ. 3^e, 10 janv. 1995, Rev. loyers 1995. 213 ; Civ. 3^e, 22 mars 1995, RJDA 1995. 692.

(105) Résolution judiciaire prononcée : Com. 15 mai 1962, Bull. civ. IV, n° 258 ; 9 mars 1967, Bull. civ. n° 111 ; Civ. 3^e, 17 janv. 1969, Bull. civ. III, n° 56 ; 16 juill. 1970, Rev. loyers 1970. 446 ; 28 mars 1977, Bull. civ. III, n° 157 ; 30 nov. 1988, n° 87-13.905 ; 15 juin 2011, n° 10-16.421, AJDI 2012. 190, obs. J. Darmon ; 17 juill. 1996, n° 94-19.822 ; 5 févr. 2003 ; 17 juill. 1991, express doc. 10/1991, p. 11. Résolution judiciaire non prononcée : Civ. 3^e, 30 avr. 1969, Bull. civ. III, n° 342 ; 20 oct. 1971, Rev. loyers 1972. 44 ; 10 janv. 1995, Rev. loyers 1995. 213 ; 5 janv. 2012, n° 10-20.179.

Au préalable, il sera rappelé que la clause résolutoire doit viser précisément les manquements qu'elle sanctionne, puisqu'elle est interprétée restrictivement¹⁰⁶.

L'avantage de la mise en œuvre de la clause résolutoire est que le rôle du juge se limite à constater l'acquisition de la clause, qui s'impose à lui, et qu'il n'a pas à rechercher la gravité du manquement invoqué¹⁰⁷.

Toutefois, appliquée à la cession irrégulière du droit au bail, la mise en œuvre de la clause résolutoire a un inconvénient notoire : l'article L. 145-41, alinéa 1^{er}, du code de commerce impose, pour sa mise en œuvre, la délivrance d'un commandement préalable. Ce commandement est obligatoire, même si l'infraction au bail présente un caractère irréversible¹⁰⁸.

Or, à peine de nullité, le commandement doit mentionner le délai d'un mois dont dispose le locataire pour se mettre en conformité, la clause résolutoire n'étant acquise qu'en raison de la persistance du commandement au-delà du délai d'un mois¹⁰⁹.

Ainsi, la mise en œuvre de la clause résolutoire implique nécessairement que le bailleur mette le locataire en mesure de se mettre

en conformité, dans le délai d'un mois. C'est donc donner au preneur une occasion de se « racheter ». Le choix stratégique par le bailleur de la sanction à retenir d'un non-respect des règles légales ou contractuelles applicables à la cession du droit au bail peut se révéler, là encore, particulièrement ardu.

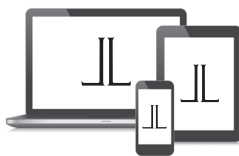
(106) Civ. 3^e, 29 avr. 1985, n° 83-13.775 ; 24 mai 2000, RJDA 9-10/00, n° 840 ; 15 sept. 2010, n° 09-10.339, D. 2010. 2225, obs. Y. Rouquet ; *ibid.* 2011. 1786, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; RTD com. 2011. 57, obs. F. Kendérian ; 8 juin 2023, n° 21-19.099.

(107) Civ. 3^e, 16 juill. 1975, n° 74-13.221 ; 20 juill. 1989, n° 88-13.856 ; Civ. 3^e, 5 oct. 2017, n° 15-25.018.

(108) Civ. 3^e, 20 mars 1996, n° 94-14.869, RDI 1996. 430, obs. J. Derruppé ; 30 mai 1996, Bull. civ. III, n° 127 ; 19 févr. 1997, n° 95-10.874, RDI 1997. 302, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé.

(109) Civ. 3^e, 29 sept. 2010, n° 09-13.922, D. 2010. 2360 ; AJDI 2010. 880, obs. Y. Rouquet.

INCLUS DANS VOTRE ABONNEMENT PAPIER : LA VERSION NUMÉRIQUE



Les +

- L'accès aux revues 2 à 10 jours avant la parution papier ;
- Le confort de lecture et des fonctionnalités de recherche et de navigation avancées ;
- Les archives depuis 2009 ;
- Un accès 24 h/24 sur Internet et hors connexion via les applis iOS et Android.

Téléchargez gratuitement l'application



compatible smartphones et tablettes

et en version feuilletable
sur www.dalloz-revues.fr

Pour toute question, notre service Relations clientèle
se tient à votre disposition au **01 83 10 10 10** (prix d'un appel local)