

**Projet de loi**

**portant sur le bail commercial et modifiant certaines dispositions du Code civil**

---

**Avis du Conseil d'État**

(25 mars 2016)

Par dépêche du Premier ministre, ministre d'État, du 6 août 2015, le Conseil d'État a été saisi du projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre de l'Économie.

Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles et d'une fiche d'évaluation d'impact. Dans cette fiche, il est indiqué que le ministère initiateur du projet a consulté un avocat et auteur spécialiste des baux, la Chambre de commerce, la Chambre des métiers, la Chambre des salariés, la Confédération luxembourgeoise du commerce et la Chambre immobilière.

Les avis de la Chambre des salariés, de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers ont été communiqués au Conseil d'État respectivement les 21 octobre 2015, 11 janvier 2016 et 15 janvier 2016.

Les avis des autorités judiciaires, comprenant celui du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, du Tribunal d'arrondissement de Diekirch, de la Justice de paix d'Esch-sur Alzette et de la Justice de paix de Luxembourg, ont été communiqués au Conseil d'État en date du 5 janvier 2016.

Les avis de l'Union luxembourgeoise des consommateurs et du Conseil de la concurrence ont été communiqués au Conseil d'État respectivement les 15 et 19 février 2016.

**Considérations générales**

La réglementation du bail commercial au Luxembourg remonte à un arrêté grand-ducal du 31 octobre 1936 qui a introduit dans le Code civil les articles 1762-3 et suivants regroupés dans une section particulière intitulée « Des règles particulières aux baux commerciaux ». Le régime du sursis commercial a été introduit par la loi du 14 février 1955 sur le bail à loyer. Il fait actuellement l'objet de l'article 1762-8 qui a été introduit dans le Code civil à la suite de la modification du régime du bail à loyer par la loi du 21 septembre 2006.

Toute réglementation du bail commercial se meut entre deux impératifs opposés, la liberté contractuelle voulue par le Code civil avec sa

référence constitutionnelle de la liberté du commerce, d'un côté, et un contrôle par les pouvoirs publics justifié par la nécessité de protéger les commerçants locataires contre des abus et des procédés spéculatifs, de maintenir des structures concurrentielles saines et d'assurer la survie d'une certaine structure commerciale, notamment dans les villes, ainsi que de sauvegarder les intérêts des personnes employées dans le secteur du commerce. À cet effet, le projet de loi sous examen introduit une série de dispositions nouvelles interdisant certaines pratiques et augmentant les garanties des preneurs de bail ou encore des salariés.

Le choix entre ces impératifs relève de la compétence du législateur qui bénéficie en la matière d'une large marge d'appréciation. À cet égard, le Conseil d'État a noté que les chambres professionnelles, selon les intérêts qu'elles ont pour mission de défendre, critiquent, selon les dispositions en cause, tantôt une atteinte trop importante portée au droit de propriété du bailleur, tantôt une protection insuffisante du fonds de commerce du locataire, tantôt une ingérence trop importante dans la liberté contractuelle, tantôt l'absence d'interdiction de certaines pratiques illicites, tantôt encore une protection insuffisante des droits des employés dans le secteur du commerce. Le Conseil de la concurrence porte un regard critique sur le projet de loi sous avis qui se caractériserait par des mesures intrusives dans la liberté contractuelle, des entraves non justifiées au fonctionnement normal de la concurrence et par un formalisme excessif.

Sans entendre porter une appréciation sur les choix des auteurs du projet de loi sous avis le Conseil d'État note que le texte présente de nombreuses faiblesses au niveau de la rédaction des dispositions et de leur articulation. Il s'interroge encore sur l'efficacité de certaines mesures par rapport aux objectifs affichés. En outre, les procédures prévues s'avèrent souvent complexes et difficiles à mettre en œuvre et ne manqueront pas de générer un nombre important de litiges. Le Conseil d'État aura l'occasion de revenir sur ces points lors de l'examen des différents articles. Ses interrogations rejoignent les observations souvent très critiques formulées dans les avis, qu'il s'agisse des nombreuses réflexions d'ordre technique et procédural des autorités judiciaires ou encore des nombreuses interrogations des chambres professionnelles quant aux formalités et mécanismes prévus.

## **Examen des articles**

### Article 1<sup>er</sup>

#### *Article 1762-3 du Code civil*

Le Conseil d'État marque son accord avec le choix des auteurs du projet de loi sous examen de maintenir les dispositions sur le bail commercial dans le Code civil.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> porte définition du bail commercial. Les termes de l'article 1762-3 actuel « immeuble... destiné à l'exercice d'un commerce » sont remplacés par la formulation « affectés avec l'accord du bailleur à l'exercice d'une activité commerciale ». Le texte proposé fait abstraction de l'exploitation d'un fonds de commerce qui constitue le critère en droit

français<sup>1</sup> et semble inspiré du droit belge qui met l'accent sur l'affectation de l'immeuble loué<sup>2</sup>.

Contrairement aux droits français et belge, le projet de loi inclut le bail d'immeuble à des fins industrielles et artisanales dans la définition du bail commercial, tout en excluant le bail à usage professionnel. Le Conseil d'État s'interroge sur ce choix, d'autant plus que la frontière entre le bail commercial « élargi » et le bail à usage professionnel sera souvent difficile à établir.

Dans la mesure où certaines dispositions dans la suite de la loi en projet visent le bail commercial, le Conseil d'État propose, à l'instar des autorités judiciaires, de clarifier le texte en remplaçant le paragraphe 1<sup>er</sup> comme suit :

« (1) est commercial tout bail d'un immeuble destiné à l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale ».

Une référence expresse à un immeuble, à une partie d'un immeuble ou à des immeubles ne s'impose pas. De même, il semble inutile au Conseil d'État de relever l'accord du bailleur qui devrait aller de soi dans une relation contractuelle.

Le Conseil d'État note encore que la définition exclut le bail à ferme qui est visé par les articles 1762-10 et 1762-11 qu'il est proposé d'insérer dans le Code civil. Le Conseil d'État aura l'occasion de revenir sur cette question à l'occasion de l'examen de ces articles.

Le paragraphe 2 permet d'étendre, par voie conventionnelle, les règles du bail commercial au bail à usage professionnel, ceci sans préjudice des nouveaux articles 1762-10 et 1762-11. Le Conseil d'État partage les interrogations des autorités judiciaires quant à cette extension, au regard de l'absence de définition nette du concept d'usage professionnel. Il s'interroge encore sur la portée de l'interdiction d'une application par extension des nouveaux articles 1762-10 et 1762-11. D'une manière générale, le Conseil d'État ne saisit pas la logique du paragraphe 2. Le bail est régi par le principe de la liberté contractuelle sous réserve des lois de police, en l'occurrence sur le bail d'habitation, le bail à ferme ou encore le bail commercial tels que définis. Tout bail qui ne relève pas de ces catégories est librement conclu par les parties qui peuvent, évidemment rendre applicables tout ou partie des dispositions régissant un type de bail organisé par la loi. Selon le Conseil d'État, le paragraphe 2 peut parfaitement être omis.

---

<sup>1</sup> Code de commerce français : Article L145-1

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne, soit à un commerçant ou à un industriel immatriculé au registre du commerce et des sociétés, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers, accomplissant ou non des actes de commerce,

<sup>2</sup> Code civil belge - LIVRE III, TITRE VIII, CHAPITRE II, Section 2bis : Des règles particulières aux baux commerciaux :

Article 1. « Tombent sous l'application de la présente section les baux d'immeubles ou de parties d'immeubles qui, soit de manière expresse ou tacite dès l'entrée en jouissance du preneur, soit de l'accord exprès des parties en cours du bail, sont affectés principalement par le preneur ou par un sous-locataire à l'exercice d'un commerce de détail ou à l'activité d'un artisan directement en contact avec le public . »

#### *Article 1762-4*

L'article sous examen porte sur la durée du bail. Alors que les lois belge et française imposent, dans l'intérêt du preneur, une durée minimum de neuf ans, l'article sous examen renonce, aux alinéas 1<sup>er</sup> et 2, à toute durée minimale en vue de « préserver le principe de la liberté contractuelle et de favoriser l'adaptabilité de la durée du contrat de bail aux différentes situations envisageables et aux volontés des parties ». Dans la logique du respect de l'autonomie de volonté, le Conseil d'État ne saisit pas la nécessité de prohiber le contrat à durée indéterminée. Le Conseil d'État relève encore l'approche très particulière de l'article sous examen qui, dans la première phrase, impose une durée déterminée pour pallier le défaut de stipulation contractuelle par un délai légal de trois ans. La formulation du texte est encore sujette à critique dans la mesure où la stipulation contractuelle visée dans la deuxième phrase peut parfaitement consister dans l'indication d'une durée indéterminée. Le texte devrait à tout le moins être clarifié.

L'alinéa 3 prévoit que le contrat est opposable et lie le nouvel acquéreur de l'immeuble. Le Conseil d'État considère que le terme d'opposabilité est techniquement inapproprié alors que le nouveau propriétaire reprend les droits et obligations du vendeur inhérents au bail. Le Conseil d'État a des réserves sérieuses par rapport au critère d'une exploitation ou d'une occupation visible. En droit, le critère déterminant est l'existence du contrat et sa date certaine, sauf à poser le principe que l'absence d'occupation visible prive le locataire des droits qu'il tient du contrat. Le critère retenu risque encore d'être source de difficultés dans la pratique. Le Conseil d'État insiste pour que ce critère soit omis.

Le Conseil d'État ne saisit pas la nécessité de l'alinéa 4 relatif au point de départ du bail. Comme pour le bail d'habitation, le point de départ est à fixer dans le contrat ; il appartient encore aux parties de déterminer le moment et les modalités de l'entrée en jouissance. Le Conseil d'État note que les lois belge et française ne contiennent aucune disposition de ce type. Si aucune date n'a été fixée dans le contrat, il faudra retenir comme point de départ du bail le jour de la signature du contrat.

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État ne saurait accepter l'alinéa 5 qui définit le concept du preneur en renvoyant à l'exploitant du fonds. Le preneur est la personne définie comme telle dans le contrat de bail. La loi en projet prévoit expressément la sous-location. À lire l'alinéa 5, le preneur est l'exploitant effectif du fonds qui se substituerait si nécessaire au locataire visé dans le contrat. Cette disposition risque encore de poser des problèmes ayant trait à la responsabilité des paiements dus par le preneur. L'alinéa 5 étant source d'insécurité juridique, le Conseil d'État s'y oppose dès lors formellement. De toute façon, la définition du preneur n'a pas sa place dans une disposition sur la durée du bail.

#### *Article 1762-5*

L'article sous examen instaure, au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, un droit de résiliation anticipée pour le preneur qui se trouve, sans comportement fautif ou négligent, dans une situation financière désespérée telle que la poursuite de son activité provoquerait inévitablement sa faillite à court

terme. Ce droit existe nonobstant toute convention contraire. L'alinéa 2 détermine la procédure à suivre.

Le paragraphe 2 soumet cette faculté à l'obligation pour le preneur d'acquitter les loyers et charges. Le paragraphe 3 étend cette obligation aux avantages accordés au preneur si la résiliation anticipée intervient dans les deux ans du début du bail.

Le Conseil d'État a des interrogations sérieuses par rapport au mécanisme envisagé. La première condition à prouver est celle du risque de faillite à court terme du preneur. Dans l'avis de la Justice de paix de Luxembourg est soulevée, à juste titre, la question de l'appréciation de cette condition dans l'hypothèse d'un commerçant qui exploite une série de points de vente dont un ou plusieurs seulement sont fortement déficitaires sans provoquer pour autant la déconfiture du commerçant. Le texte prévu est encore inadapté au cas de figure où plusieurs commerçants sont collectivement locataires d'un immeuble. Se pose ensuite la question de la preuve de l'état financier. Certes, le texte prévoit la preuve par tous les moyens et la saisine du juge de paix en cas de désaccord. Il n'en reste pas moins qu'il est difficile d'évaluer le risque de faillite. Le Conseil d'État note, à cet égard, que la disposition sous examen retient deux concepts différents, celui de faillite à court terme et celui de défaillance imminente ce qui n'est pas de nature à clarifier le mécanisme légal. Plus difficile encore sera la preuve de la bonne foi du preneur; ici encore le texte retient deux concepts, celui de faute et celui de négligence. Le texte ajoute aux conditions de fond une condition formelle consistant dans la mention « avec précision » des « motifs de la résiliation ». Exiger le respect d'un préavis de trois mois est encore difficilement conciliable avec la condition d'un risque de faillite à court terme.

Le Conseil d'État rejoint les autorités judiciaires dans leur critique de la condition de l'acquittement préalable des dettes vis-à-vis du bailleur. Exiger, d'un côté, la preuve d'un risque de faillite à court terme et, d'un autre côté, l'acquittement des dettes vis-à-vis du bailleur n'est pas cohérent. Le paiement des loyers et charges, de même que le remboursement des avantages reçus sera encore source de difficultés si une faillite intervient effectivement. Le bailleur deviendra, du fait de l'application du mécanisme prévu dans le texte sous examen, une sorte de créancier super-privilégié.

Le Conseil d'État voudrait encore relever des difficultés au niveau de la procédure à suivre et attirer l'attention des auteurs sur une série d'incohérences et d'erreurs de rédaction. Ainsi, le paragraphe 4 prévoit la saisine du juge de paix en cas de désaccord, alors que l'alinéa 2 du paragraphe 1<sup>er</sup> vise le concept juridique différent de recours « juridique » (il faudrait dire recours judiciaire ou juridictionnel). Le Conseil d'État ne conçoit pas la nécessité et la portée de l'exigence de l'indication d'un recours dans la lettre de résiliation, compte tenu du paragraphe 4, à moins d'ériger cette indication en condition formelle de validité de la résiliation. Le paragraphe 1<sup>er</sup> prévoit la résiliation par voie de lettre recommandée ou tout autre moyen de communication ; se pose la question de la nature de ces moyens et de leur valeur probante, difficulté sur laquelle les autorités judiciaires reviennent à plusieurs reprises. Le Conseil d'État note que le paragraphe 4 retient encore un autre concept en parlant de l'avis de résiliation. Toujours à propos du paragraphe 4, le texte opère une distinction

difficile à saisir entre application et exécution des dispositions de l'article. Au paragraphe 1<sup>er</sup>, le terme « toujours » est parfaitement superflu. Au paragraphe 3, il y a lieu d'éviter le terme « opposé » alors que la résiliation d'un contrat n'est pas une question d'opposabilité.

Si une situation du type de celle envisagée se produit, le bailleur a tout intérêt à mettre fin au contrat. L'initiative de la résiliation anticipée viendra probablement de lui-même. Rien n'interdit aux parties de procéder à une résiliation d'un commun accord.

Au vu de l'ensemble de ces interrogations et incohérences et de l'insécurité juridique en résultant, le Conseil d'État s'oppose formellement au texte de l'article 1762-5 qu'il est proposé d'insérer dans le Code civil.

#### *Article 1762-6*

L'article sous examen vise à combattre certaines pratiques contractuelles, en particulier celle du paiement de « pas-de-porte » et d'autres commissions exorbitantes imposées aux preneurs, pratiques qui incitent à leur tour les bailleurs à mettre un terme aux contrats avec les preneurs précédents. Comme les auteurs le relèvent, la loi en projet n'interdit pas le paiement d'indemnités aux preneurs pour libérer anticipativement les lieux.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> interdit le paiement sans en prévoir toutefois la nullité. Le caractère exorbitant du paiement n'est pas précisé, les auteurs se bornant à mettre l'accent sur l'occasion du paiement. Le Conseil d'État considère que le dispositif légal aurait gagné en clarté par une définition plus claire des paiements prohibés. Le paiement d'un loyer ne devient pas illégal du fait qu'il est opéré lors de la remise des clés. Il en va de même d'autres paiements qui peuvent être opérés lors de la signature du contrat ou de la remise des clés sans constituer *ipso facto* un pas-de-porte illégal. Les autorités judiciaires soulignent encore à juste titre le caractère imprécis du concept des « garanties usuelles » qui peuvent être légalement versées. La même observation vaut pour la réserve des honoraires conventionnellement retenus dans le contrat de mandat avec l'intermédiaire. Comment vérifier si dans les honoraires ne se cache pas un « pas-de-porte » prohibé par la loi ? Au vu de l'imprécision relative aux paiements prohibés qui sont visés et de l'insécurité juridique en résultant, le Conseil d'État s'oppose formellement à la disposition du nouvel article 1762-6, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, tel qu'il est actuellement formulé.

Concernant la définition du pas-de-porte, le Conseil d'État souligne que la Cour de cassation française<sup>3</sup> retient la qualification de « *pas-de-porte* » pour tout supplément de loyer. Aussi, le Conseil d'État peut-il admettre un texte ayant la teneur suivante remplaçant le paragraphe 1<sup>er</sup> :

« (1) Tout supplément de loyer payé au bailleur ou à l'intermédiaire en raison de la conclusion du contrat est nul de plein droit. »

---

<sup>3</sup> Cour de cassation, Chambre civile 3, 26 mai 2009, 08-15730 ;

En ce qui concerne l'alinéa 3 du paragraphe 1<sup>er</sup>, le Conseil d'État relève d'abord, que l'insertion des mots « sans que la partie adverse ne puisse invoquer... » rend la disposition inintelligible.

En ce qui concerne le fond, le Conseil d'État relève que la seule sanction de ces paiements est la demande de remboursement. Cette dernière n'est pas limitée dans le temps. Le paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, exclut l'invocation de l'inexécution contractuelle. Le Conseil d'État ne comprend pas cette disposition. De quelle inexécution s'agit-il ? Le droit au remboursement trouve sa base dans la prohibition par la loi des paiements. Il ne s'agit pas d'une créance contractuelle à l'égard de laquelle le débiteur pourrait opposer l'exception d'inexécution. Le texte sous examen a-t-il pour objet d'interdire une compensation éventuelle entre créances réciproques ? Les autorités judiciaires soulignent encore, à juste titre, le problème de la preuve en relation avec des pratiques « au noir ». En raison du défaut d'intelligibilité du texte de l'alinéa 3, contraire aux exigences de sécurité juridique, le Conseil d'État demande sous peine d'opposition formelle qu'il en soit fait abstraction.

Le paragraphe 2 interdit le mandat exclusif donné à un intermédiaire en prévoyant expressément qu'une clause de ce type est réputée non écrite. Le Conseil d'État que les auteurs du projet ont recours à des formulations différentes pour viser la nullité d'une disposition contractuelle. Il propose d'employer la même terminologie à travers le dispositif et d'écrire à chaque fois, à l'image de la loi modifiée du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation et modifiant certaines dispositions du Code civil, que la clause « est nulle de plein droit ». D'après le commentaire, il s'agit de protéger le preneur ou le bailleur contre « l'inscription de clauses d'exclusivité de relocation dans le contrat de bail ». Dans la suite du commentaire, les auteurs du projet visent la liberté des acheteurs. Le Conseil d'État ne comprend pas la portée du texte. Le terme de « relocation » est erroné ; le terme technique approprié serait celui de cession ou de sous-location. Une telle clause lie le preneur, alors que c'est lui qui s'engage par rapport à l'intermédiaire dans une future démarche de sous-location ou de cession. Or, le texte sous examen ne spécifie pas le débiteur de l'obligation et semble dès lors également envisager un engagement du bailleur. Le Conseil d'État relève que le texte, tel qu'il est rédigé, n'est pas intelligible et dès lors source d'insécurité juridique. Aussi s'oppose-t-il formellement au paragraphe 2 tel qu'il est formulé.

Le paragraphe 3 autorise expressément des garanties locatives. Le Conseil d'État a noté que les autorités judiciaires s'interrogent sur la limitation du montant de la garantie à trois mois de loyer et sur la nécessaire sauvegarde des droits du bailleur. Le Conseil d'État relève également que l'usage en la matière est un délai de six mois. La disposition sous examen permet encore au preneur d'imposer au bailleur une garantie à première demande. La formulation « après la conclusion du bail qui en disposerait autrement » est confuse alors qu'elle mélange un élément temporel et un élément tenant au contenu du contrat. Le texte proposé omet encore de mentionner que c'est le preneur qui offre cette garantie.

## *Article 1762-7*

L'article sous examen prévoit, au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, la possibilité de modifier le contrat de bail en cours par application du principe du consensualisme. Si le Conseil d'État peut marquer son accord avec le principe, il s'interroge sur la formulation qui soulève encore une fois la critique d'une imprécision. La disposition interdit, sans le dire expressément, que les parties puissent modifier le contrat en cours d'exécution. Elles peuvent uniquement « convenir (à ce) que les modalités essentielles du contrat seront modifiées à des dates déterminées au cours du bail ». Deux lectures sont possibles. Soit les parties se sont mises d'accord sur une modification, en particulier du prix, qui prendra effet à un certain moment. Soit, les parties ont prévu qu'elles vont renégocier. Seule la première lecture donne vraiment du sens, alors que la seconde risque d'aboutir à une impasse si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur une modification. Se pose encore la question de la détermination des « modalités essentielles ». Outre la considération qu'il ne s'agit pas de modalités, mais de clauses ou conditions du contrat, le Conseil d'État s'interroge sur la distinction entre une clause essentielle et celle qui ne l'est pas et sur le régime juridique à appliquer à la modification de clauses non essentielles.

L'alinéa 2 détermine les cas dans lesquels les parties peuvent, en l'absence de stipulations contractuelles, « demander une modification des conditions financières du contrat ». Le Conseil d'État a des difficultés à saisir la portée de cette disposition et son articulation avec l'alinéa qui précède. La réserve des stipulations contractuelles est générale et n'est pas limitée aux stipulations visées à l'alinéa 1<sup>er</sup>. Alors que l'alinéa 1<sup>er</sup> vise les modalités essentielles, l'alinéa 2 retient le concept de conditions financières. La modification par les deux parties peut être demandée « lors de la prolongation ou du renouvellement du contrat à condition que trois années se soient écoulées depuis la dernière modification ». Cette disposition signifie-t-elle qu'une demande de modification en cas de prorogation ou de renouvellement peut uniquement être formulée si le contrat contient une stipulation au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, qu'une modification est intervenue au titre de cette disposition et que trois ans se sont écoulés entre cette modification et la date de prorogation ? Le texte, s'il devait être interprété en ce sens, risquerait de porter atteinte à la liberté des parties et aux droits du bailleur.

Le paragraphe 2 prévoit la procédure à suivre. Le Conseil d'État renvoie à ses interrogations quant au renvoi à « tout autre moyen retenu dans le contrat ». En ce qui concerne la nécessaire cohérence terminologique, le Conseil d'État relève que l'article sous examen utilise, successivement, au paragraphe 1<sup>er</sup>, le terme de modalité (essentielle) et de conditions (financières), au paragraphe 2, celui de clauses (financières), pour ne mentionner, au paragraphe 3, le loyer et les charges, et, au paragraphe 4, les « modalités de l'adaptation financière ».

Le paragraphe 3 introduit encore une limitation dans le temps de la modification qui est restreinte à « la prochaine période triennale ». Or, le paragraphe 1<sup>er</sup> vise, à l'alinéa 2, le cas de la prolongation ou du renouvellement. Le texte du paragraphe 3 prévoit la saisine du juge de paix. Le Conseil d'État note que la formule retenue est différente de celle du

paragraphe 4 de l'article 1762-5, alors que les auteurs ont inséré, dans le texte sous examen, la précision que le juge de paix statue.

Le Conseil d'État comprend le paragraphe 4 en ce sens qu'il s'adresse au juge. Ce dernier devra appliquer les stipulations contractuelles ; encore faut-il qu'elles soient précises. La réserve « sauf s'il s'avère que des conditions essentielles du contrat se trouvent modifiées » est incompréhensible. Toute modification des clauses financières est évidemment essentielle. Si l'idée des auteurs est de donner plus de latitude au juge, un système différent doit être retenu. Le dernier alinéa vise le cas de figure où le juge est libre de déterminer l'adaptation. Ce cas de figure n'est pas expressément prévu, mais résulte d'une lecture implicite du texte. La terminologie est encore incohérente, les auteurs visant tantôt le local pris en location, tantôt les immeubles (au pluriel), tantôt l'immeuble (au singulier). Que signifie la formule « se fonder que sur la situation objective du local pris en location, de son état initial sans les aménagements réalisés par le preneur, de la taille des immeubles et de la situation du marché local de l'immeuble » ? Quelle est la plus-value de l'adjectif « objective » accolé au terme de situation ? Dès lors que le législateur a déterminé positivement les éléments à prendre en considération, il est inutile de préciser que d'autres facteurs ne sont pas considérés. Quelle est encore la portée de la situation « personnelle » ? S'agit-il de renvoyer à la situation financière ou d'introduire l'idée du besoin personnel connu dans le bail d'habitation ? Le Conseil d'État s'interroge également sur le sens à donner au critère de la « situation... de son exploitation ». Il relève que les autorités judiciaires appelées à appliquer les nouveaux textes se posent également des questions sur la signification des critères retenus.

En raison des divergences de lecture auxquelles peut donner lieu le nouvel article 1762-7 du Code civil, de l'absence de précision des concepts retenus et des multiples incohérences de terminologie, qui sont source d'insécurité juridique, le Conseil d'État s'y oppose formellement.

*Article 1762-7 (1762-8 selon le Conseil d'État)*

L'article sous examen règle le régime de la cession et de la sous-location.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> pose le principe du droit à la cession et à la sous-location. Le texte est repris de l'article 1762-3 actuel. Le Conseil d'État voudrait toutefois attirer l'attention des auteurs sur le fait que le texte ne correspond pas aux concepts retenus au nouvel article 1762-3, paragraphe 1<sup>er</sup>. Le texte sous examen se réfère à la nature de l'immeuble, critère ne figurant pas à l'article 1762-3. Alors que cet article vise l'accord du bailleur, le texte sous examen maintient les termes de « convention expresse ou tacite des parties ». Le Conseil d'État considère qu'une simple référence au bail au sens de l'article 1762-3 aurait permis d'alléger le texte et d'éviter des incohérences terminologiques. Il voudrait encore attirer l'attention sur deux autres questions qui ne se posent pas dans le texte actuellement en vigueur. Le Conseil d'État relève que l'appréciation de la notion de fonds de commerce est moins évidente dans l'hypothèse d'une activité industrielle ou artisanale. Peut-on parler de fonds pour une activité industrielle ? Le Conseil d'État note encore que les auteurs ont repris la condition que l'activité doit rester identique, ce qui est logique dans l'optique d'une

cession de fonds de commerce. Le Conseil d'État renvoie à l'observation qu'il a faite concernant l'article 1762-6, paragraphe 2 et propose de remplacer les termes de « non avenue » par ceux de « nulle de plein droit ».

Alors que le paragraphe 1<sup>er</sup> vise la cession totale ou partielle de l'immeuble objet du contrat de bail, le paragraphe 2 modifie la terminologie en visant la cession ou sous-location « entière ou partielle ». La phrase est encore erronée, dans la mesure où il ne s'agit pas de céder l'objet pris en location, mais le bail. Il suffirait de viser, dans des termes simples et clairs, « Toute cession ou sous-location ». Les autorités judiciaires relèvent une autre incohérence terminologique tenant au fait que le paragraphe sous examen et celui qui suit requièrent tous deux une notification, alors que le paragraphe 4 vise la procédure juridiquement différente de la signification. Toujours dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État propose d'omettre le qualificatif de « principal » derrière bailleur alors que ce concept est inapproprié dans l'hypothèse de la cession. Le paragraphe 3 parle d'ailleurs uniquement du bailleur. Le Conseil d'État se demande encore pour quelles raisons est exigée une copie intégrale du contrat. Une copie porte par définition sur l'intégralité de l'original. Le terme de « contrat de bail de sous-location » est à éviter en ce que le terme de sous-location est suffisant.

Le paragraphe 3 correspond à l'actuel alinéa 2 de l'article 1762-3. Le Conseil d'État voudrait encore attirer l'attention des auteurs sur la nécessité d'assurer la cohérence de cette disposition avec les textes nouveaux introduits par la loi en projet. Ainsi le paragraphe sous examen dit que le preneur peut se pourvoir en justice alors que la loi en projet prévoit, à d'autres endroits, tel l'article 1765-5, une procédure spéciale de saisine du juge de paix du lieu de la situation de l'immeuble.

Le paragraphe 4 constitue une disposition particulièrement complexe qui soulève une série de questions. Dès lors que la sous-location requiert une information du bailleur, le Conseil d'État ne comprend pas la signification du critère de la connaissance effective. L'obligation d'honorer les conditions du contrat de sous-location, terme à préférer à celui de bail secondaire, est une conséquence de la substitution et vaut pour la période suivant celle-ci ; le Conseil d'État ne comprend pas pourquoi il en est fait une condition préalable. Quels sont les frais avancés par le preneur procédant à une sous-location et que le bailleur devrait « rembourser » ? À l'alinéa 2, il faut écrire preneur et sous-locataire et non pas preneur principal et secondaire. L'obligation pour le sous-locataire, qui devient locataire, d'honorer les obligations issues du contrat de sous-location qui devient le contrat de bail, est une conséquence de la substitution et ne doit pas être spécifiée. Il suffit de dire qu'à partir de la signification, les clauses du contrat de sous-location lient le bailleur et le sous-locataire qui devient locataire.

Le dernier alinéa exclut une série de contrats spécifiques du champ d'application de la substitution. Le Conseil d'État se demande en premier lieu si les exceptions visées sont d'ordre public ou si, au contraire, les parties peuvent déroger à la loi. Il insiste pour que le texte soit précisé à cet égard. Les autorités judiciaires s'interrogent sur la nécessité de ces exceptions. Le Conseil d'État relève l'imprécision de certains concepts retenus : Que signifie la sous-location assortie d'une convention de livraison de bière ou de carburant. S'agit-il de viser les stations d'essence et les

cafés ? Comment cerner le concept d'investissements substantiels ? Quelle est la portée du renvoi au groupe d'entreprises au sens de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales ? Il relève que la définition prévue à l'article 2, point 23)<sup>4</sup> de la loi du 2 septembre 2011 précitée porte sur un groupe d'entreprises à structure verticale. Le Conseil d'État se demande si cette définition correspond à la situation que visent les auteurs. Il constate que le commentaire ne fournit aucune explication.

En raison de l'absence de précision de certains concepts retenus et des incohérences de l'article sous examen, qui sont source d'insécurité juridique, le Conseil d'État s'y oppose formellement.

#### *Article 1762-9*

L'article sous examen règle la résiliation et la tacite reconduction du bail.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> fixe le délai de résiliation à six mois au minimum.

En ce qui concerne la forme de la résiliation, les autorités judiciaires s'interrogent, à juste titre, sur la référence à « tout moyen écrit ou électronique » qui risque de soulever des questions de preuve. À d'autres endroits du projet de loi sous examen, les auteurs exigent une signification ou une notification. La précision que la résiliation doit intervenir avant le délai énonce une évidence et est à omettre. De même, la précision que le non-respect des modalités de résiliation entache celle-ci de nullité est superflue. Le juge devrait d'ailleurs constater non pas la nullité mais l'absence de résiliation valable.

Le paragraphe 2 prévoit que le bail est tacitement reconduit si le preneur est laissé en possession des lieux. Le Conseil d'État ne saisit pas la portée de cette disposition. Vise-t-elle uniquement le cas de figure où aucune résiliation formelle n'est intervenue malgré le fait que le bail est venu à échéance ou également l'hypothèse où le preneur, malgré la résiliation du bail, laisse le preneur en possession des lieux ? Sur ce point se pose encore la question de la différence éventuelle entre les deux conditions visées, « le preneur reste » et « est laissé en possession ». Comment apprécier, au regard des critères du délai ou du comportement des deux parties, si ces conditions sont remplies. À la formule compliquée « le contrat de bail se poursuit par tacite reconduction », le Conseil d'État préfère les termes « le bail est tacitement reconduit ». Concernant l'obligation pour le

---

<sup>4</sup> Article 2, point 23) « groupe d'entreprises » : l'ensemble des entreprises qui entretiennent entre elles l'une ou l'autre des relations suivantes :

- une entreprise a la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés d'une autre entreprise, ou
- une entreprise a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise et est en même temps actionnaire ou associé de cette entreprise, ou
- une entreprise a le droit d'exercer une influence dominante sur une autre entreprise dont elle est actionnaire ou associé, en vertu d'un contrat conclu avec celle-ci ou en vertu d'une clause des statuts de celle-ci, lorsque le droit dont relève cette entreprise permet qu'elle soit soumise à de tels contrats ou clauses statutaires, ou
- une entreprise est actionnaire ou associé d'une autre entreprise et contrôle seule, en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires ou associés de cette autre entreprise, la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés de celle-ci.

preneur « de renouveler et d'adapter la garantie locative convenue en fonction de cette reconduction », le Conseil d'État suggère de remplacer le terme « et » par « ou » et d'écrire « ... renouveler ou d'adapter... » Il s'interroge par ailleurs sur le sort que connaîtrait le contrat dans le cas où le preneur ne respecterait pas l'obligation légale précitée. L'inexécution de cette obligation fera-t-elle obstacle à la reconduction du contrat de bail ou sera-t-elle susceptible de donner lieu à la résiliation du contrat de bail reconduit ?

Le paragraphe 2, alinéa 2, préserve le droit du preneur de demander le renouvellement. Le Conseil d'État propose d'omettre cette disposition en ce qu'elle est superflue.

#### *Article 1762-10*

Le nouvel article reprend le contenu de l'actuel article 1762-8, paragraphe 2, du Code civil<sup>5</sup>. Le Conseil d'État voudrait toutefois faire les observations suivantes. La disposition sous examen concerne également le bail à ferme qui n'est pourtant pas visé dans le champ d'application de la loi en projet. Le Conseil d'État suit les autorités judiciaires quand elles proposent d'omettre la référence au bail à ferme. Le texte sous examen cite le concubin, mais omet toute référence au partenaire au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats. Le Conseil d'État propose d'omettre la référence au concubin du preneur décédé.

#### *Article 1762-11*

L'article sous examen, qui vient remplacer l'article 1762-8 actuel, règle le sursis à déguerpissement. Contrairement au régime actuel, le sursis n'est pas demandé quand « le bail vient à cesser », mais en cas de condamnation à déguerpissement. Cette situation est visée à l'alinéa 1<sup>er</sup>. Contrairement à l'article 12, paragraphe 3, de la loi modifiée du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation et modifiant certaines dispositions du Code civil, les textes sous examen ne précisent pas clairement que « le bailleur peut demander au juge de paix une décision autorisant le déguerpissement forcé du locataire après écoulement du délai de résiliation ». Dans un souci de cohérence interne à la loi sous examen et de parallélisme avec la loi sur le bail à loyer, le Conseil d'État estime qu'il y a lieu de reformuler l'alinéa 1<sup>er</sup> en introduisant le passage de la loi précitée de 2006 relatif au déguerpissement. Une reformulation permettrait encore d'éviter l'emploi de deux formules différentes « sursis à l'exécution de la décision » et « sursis au déguerpissement », critiqué dans les avis des autorités judiciaires. Le Conseil d'État préconise encore la suppression de la référence au concept de fermier. Le champ d'application de la loi sous examen étant fixé au futur article 1762-3 du Code civil, il est encore inutile de reprendre les termes de commerçant, industriel, artisan ; il suffit de se

---

<sup>5</sup> L'article 1762-8, paragraphe 2, introduit par la loi du 21 septembre 2006, soit deux ans après la loi du 9 juillet 2004 sur le partenariat, prévoit que « En cas de décès d'un preneur, titulaire d'un contrat de bail commercial, artisanal ou à ferme, le contrat de bail est maintenu dans le chef du reprenneur à condition que le reprenneur maintient l'exploitation commerciale, artisanale ou agricole et qu'il ait un lien de famille jusqu'au cinquième degré inclusivement avec le preneur défunt, sinon qu'il soit le conjoint ou le concubin du preneur défunt. C'est la seule disposition du Code civil qui fait référence à la notion de « concubin ».

référer au preneur. Si le sursis est limité à une période variant de un mois à neuf mois, il ne s'impose pas de dire que le sursis ne peut être prorogé ; le cas échéant, on pourrait viser un sursis unique.

L'alinéa 2 détermine les conditions auxquelles est soumis le sursis. D'après le commentaire, les conditions sont cumulatives ; les autorités judiciaires signalent, à juste titre, qu'il faut le préciser dans l'article en faisant suivre les première et deuxième conditions du mot de liaison « et ».

Les autorités judiciaires relèvent encore que la « faute » du preneur ne se limite pas au non-paiement des loyers et charges et notent de plus que, dans la plupart des cas, la résiliation est due au non-paiement des loyers, ce qui exclut tout sursis dans ce cas. Le Conseil d'État ajoute une interrogation par rapport à la deuxième condition. Quelle est la portée de l'exigence que le requérant, qui doit être le preneur condamné au déguerpissement, soit l'exploitant réel du fonds de commerce ? À supposer que le fonds de commerce soit exploité par le sous-locataire et non par le locataire condamné au déguerpissement sur demande du bailleur-propriétaire, quelle serait la situation du sous-locataire ? Pourrait-il demander le bénéfice du sursis ? Le sous-locataire ne devrait-il pas être mis en intervention dans la procédure de déguerpissement ? Le Conseil d'État s'interroge encore sur la référence au fonds de commerce qui n'est retenue que dans l'article 1762-7 (article 1762- 8 selon le Conseil d'État) sur la cession. Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit du nouvel article 1762-10 et demande que l'indication du bail fermier soit omise. La portée et l'application du troisième tiret sont également difficiles à déterminer. L'octroi du sursis ne peut pas être lié au respect de conditions applicables après l'octroi du sursis, sauf à admettre qu'il puisse être révoqué. Qui surveillerait le respect de ces conditions après l'octroi du sursis ? Quelles seraient les conséquences si les conditions cessent d'être remplies pendant le sursis ? Le Conseil d'État note encore qu'il ne s'agit pas, en premier lieu, d'organiser le déplacement de l'exploitation mais de trouver un autre immeuble à louer. À cet égard, l'article 12 de la loi sur le bail d'habitation est plus clair. La référence au bail à ferme est encore à omettre. Le Conseil d'État ne comprend pas la référence aux obligations procédant du droit du travail. Comment déterminer ces obligations et apporter la preuve de leur respect sauf à admettre que l'intention affichée d'y répondre suffira à l'octroi du sursis. Le lien avec les droits du bailleur est incompréhensible, sauf à admettre que le droit au maintien de la relation d'emploi et au paiement régulier des salaires dans le chef des employés l'emporte sur le droit du bailleur d'obtenir le déguerpissement. Si la condition *in futurum* est maintenue, il faudrait viser, non pas les « obligations légales procédant du droit du travail », mais les obligations découlant des contrats de travail avec les salariés.

La saisine du juge de paix (du lieu de situation de l'immeuble) résulte de l'alinéa 1<sup>er</sup>. L'alinéa 3 instaure une procédure particulière en cas de sous-location. Le Conseil d'État comprend que l'hypothèse est celle d'une résiliation du contrat de sous-location par le preneur et d'une demande de sursis par le sous-locataire. Il aurait été utile de préciser ce cas de figure. S'agira-t-il d'une substitution temporaire pour la période de neuf mois pendant lesquels court le sursis ? Le Conseil d'État s'interroge encore sur la justification de cette disposition et sur son application. La demande de sursis sera-t-elle irrecevable si le bailleur n'est pas convoqué, ou la convocation est-elle opérée d'office par le greffe, une fois la requête introduite ? Quelle

est la justification du paiement direct du loyer par le sous-locataire au bailleur ? Dans la mesure où la résiliation du contrat de sous-location n'affecte pas le contrat entre le bailleur et le preneur, il est difficile de saisir la nécessité d'un changement des rapports contractuels. Le Conseil d'État relève par ailleurs que les auteurs visent le propriétaire au lieu de se référer au bailleur. Il propose de retenir, systématiquement le terme de bailleur et ne pas alterner ce concept avec celui de propriétaire.

Les trois derniers alinéas règlent la procédure d'appel. Les autorités judiciaires relèvent que, plutôt que de prévoir expressément un régime dérogatoire à la loi du 21 septembre 2006 sur le bail d'habitation, les auteurs auraient été bien avisés de reprendre ce mécanisme. L'indication que le juge d'appel ne peut pas accorder un sursis « supplémentaire » allant au-delà de neuf mois est juridiquement superfétatoire, alors que le délai de neuf mois prévu dans la loi vaut également pour le juge d'appel. Les autorités judiciaires s'interrogent sur la raison d'être d'un appel par le preneur dans l'hypothèse où un sursis de 9 mois a déjà été accordé en première instance. Certes le bailleur a intérêt à contester la durée du sursis, mais se pose, sur ce point, la question de la célérité avec laquelle seront évacués les appels. Le Conseil d'État relève que la proposition suivant laquelle le jugement d'appel doit intervenir dans un délai d'un mois est peu réaliste et se trouve en opposition avec la proposition que le délai d'appel est à date fixe, ce qui permet à l'appelant de choisir la date de l'appel. Il s'interroge par ailleurs sur les conséquences du non-respect du délai d'un mois.

Le Conseil d'État propose d'omettre la possibilité d'un appel en cette matière.

#### *Article 1762-12*

Le nouvel article 1762-12 consacre le droit du preneur au renouvellement et organise la procédure à cet effet.

Pour des raisons de clarté rédactionnelle, le Conseil d'État propose de rédiger la première phrase de cet article comme suit :

« Tout preneur qui exploite dans l'immeuble loué un fonds en son nom ou par l'intermédiaire d'une société commerciale dont il est l'associé majoritaire, peut à la fin du bail (commercial) demander le renouvellement de celui-ci. »

Concernant la dernière phrase de l'alinéa 1<sup>er</sup>, le Conseil d'État renvoie à l'observation qu'il a faite concernant l'article 1762-6, paragraphe 2, et propose de remplacer les termes de « non écrite » par ceux de « nulle de plein droit ».

Le critère de l'associé majoritaire donnera encore lieu à des difficultés d'application, dans la mesure où le bailleur risque d'ignorer cette situation jusqu'à la demande de renouvellement et que cette qualité pourra donner lieu à des contestations et à des difficultés de preuve. La formule « tout preneur... qui exploite... par le biais d'une société commerciale dont il est l'associé majoritaire un fonds » est à omettre. Le Conseil d'État note encore que le texte, tel que formulé, exclut du droit au renouvellement non seulement le preneur qui fait exploiter le commerce par quelqu'un d'autre, mais également le preneur qui a procédé à une sous-location.

Les alinéas 2 et 3 règlent la procédure. Le Conseil d'État relève que la procédure prévue se distingue encore une fois de celle prévue à d'autres endroits de la loi en projet. La procédure par lettre recommandée est obligatoire ce qui rencontre les préoccupations du Conseil d'État ; par contre, est prévu, pour la première fois dans la loi en projet, l'envoi à domicile élu. Dans un souci de cohérence des mécanismes, le Conseil d'État préconise de ne pas consacrer dans la loi la référence au domicile élu. Il est possible de prévoir que les parties peuvent retenir le domicile élu dans le contrat.

Le Conseil d'État partage encore les réticences des autorités judiciaires par rapport à l'alinéa 3 qui dispose que « s'il y a plusieurs propriétaires [bailleurs], la demande adressée à l'un d'eux vaut, sauf stipulation écrite contraire, à l'égard de tous ». Il s'agit d'une réaction à une jurisprudence bien établie qui constitue toutefois une « fausse » simplification alors que la situation risque de se compliquer chaque fois que les différents bailleurs ne s'entendent pas.

### *Article 1762-13*

Le nouvel article 1762-13 règle les délais de la demande de renouvellement.

Le Conseil d'État relève, d'abord, que l'articulation des deux articles n'est pas heureuse. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1762-12 détermine les conditions de fond de la demande de renouvellement. La procédure est prévue aux alinéas 2 et 3 du même article et continuée dans l'article sous examen. Une articulation différente regroupant la procédure dans un article unique ou regroupant les deux articles aurait été plus logique.

L'alinéa 1<sup>er</sup> a une formulation très bizarre, en ce qu'il combine une obligation de faire (« doit être formulée ») avec une interdiction de faire (« au plus tôt »). Le Conseil d'État propose d'omettre cet alinéa en ce qu'il est superflu au regard de l'alinéa 2.

L'alinéa 2 impose de formuler la demande dans les neuf mois avant l'expiration et cela sous peine de déchéance.

L'alinéa 3 accorde au preneur un droit particulier de demander le renouvellement en cas de résiliation exprimée par écrit. Il doit logiquement s'agir de la résiliation « ordinaire » en fin de bail au sens de l'article 1762-9. Celle-ci se fait, d'après le texte proposé, par écrit ou par moyen électronique. La disposition sous examen parle de résiliation « exprimée par écrit ». Le Conseil d'État réitère ses critiques d'incohérence et de mauvaise rédaction des textes. Le Conseil d'État s'interroge encore sur l'articulation entre les alinéas 2 et 3. En cas d'expiration du contrat, le preneur doit demander le renouvellement dans les neuf mois. S'il ne se manifeste pas, il doit en subir les conséquences. Si le bailleur ne procède pas à une résiliation, le contrat est tacitement prorogé. La question du renouvellement au titre de l'article sous examen ne se pose pas. Si le bailleur procède à une résiliation, on ne saurait l'exposer à une demande de renouvellement, au risque de vider de toute signification l'alinéa 2. Au vu de ces imprécisions et incohérences menant à une insécurité juridique, le Conseil d'État s'oppose

formellement au texte de l'article 1762-13, alinéa 3, qu'il est proposé d'insérer dans le Code civil.

#### *Article 1762-14*

Le nouvel article 1762-14 détermine les cas dans lesquels le bailleur peut refuser le renouvellement.

Quatre parmi les sept motifs retenus sont déjà consacrés à l'article 1762-4 actuel du Code civil. Il s'agit des points a), e), f) et g). Les auteurs ont toutefois modifié les termes dans lesquels sont formulés ces motifs. À cet égard, le Conseil d'État s'interroge sur le renvoi à la faute de l'exploitant. Si la faute du preneur, qui demande le renouvellement, peut lui être opposée, on conçoit difficilement pourquoi il devrait pâtir de la faute de l'exploitant, sauf à admettre qu'il assume une responsabilité propre du fait de ne pas être intervenu contre un comportement fautif de l'exploitant. Dans la logique des auteurs, la faute est entendue comme une inexécution de ses obligations contractuelles vis-à-vis du bailleur ; le Conseil d'État préférerait d'ailleurs le terme d'inexécution des obligations contractuelles à celui de faute.

Les auteurs ont repris, tel quel, le cas de figure de l'abandon de toute location aux fins d'une activité semblable ou analogue. Le Conseil d'État propose aux auteurs de réfléchir sur les qualifications retenues. Quelle est la différence entre les termes « semblable » et « analogue ». Faut-il maintenir les deux concepts ? Le Conseil d'État attire encore l'attention des auteurs sur le fait qu'à l'article 1762-7 sur la cession et la sous-location est retenue la notion d'activité identique. Dans des lois destinées à éviter des conflits entre des catégories d'opérateurs économiques, il est indiqué de retenir une terminologie claire et cohérente.

Les trois nouvelles hypothèses, visées sous les points b), c) et d), portent sur l'insalubrité des lieux et l'exploitation contraire aux règles d'aménagement communal ou aux conditions prévues dans les autorisations d'établissements classés. Autant le Conseil d'État comprend le souci des auteurs d'ajouter ces hypothèses, autant il doit relever que, dans une logique juridique, ces références sont superflues ou sujettes à caution. Le cas de figure de l'insalubrité est concrétisé par la nécessité d'une rénovation profonde ou d'une reconstruction. Il fait manifestement double emploi avec le point g). Le texte nouveau est même plus strict, alors que la reconstruction ne constitue une cause valable de refus de renouvellement que si elle vise à parer à l'insalubrité des locaux. Si nécessaire, on pourrait ajouter le terme de rénovation à ceux de reconstruction et de transformation figurant au point g). En ce qui concerne le non-respect des lois modifiées du 10 juin 1999 relative aux établissements classés, du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles, et du 9 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, le Conseil d'État tient à faire trois observations. Se pose d'abord, la question de savoir qui assume des obligations au titre du non-respect de ces obligations légales, le bailleur ou le preneur ? Ensuite, en cas de non-respect d'obligations légales, il appartient à l'administration, et, le cas échéant, aux autorités judiciaires d'intervenir pour rétablir la situation ou pour sanctionner l'opérateur économique. Un mélange entre relations de droit public et relations de droit privé est à éviter ; comme les autorités judiciaires

le relèvent, un tel mélange peut conduire à des difficultés procédurales, voire à des blocages. Enfin, même si on admet que le non-respect de contraintes légales par le preneur peut avoir des répercussions sur les rapports contractuels, la disposition sur la faute du preneur couvre parfaitement les hypothèses visées. Le Conseil d'État préconise d'omettre les nouvelles hypothèses qui sont superflues et difficiles à appliquer.

#### *Article 1762-15*

L'article sous examen instaure un mécanisme d'indemnité d'éviction au profit du preneur qui n'obtient pas de renouvellement du bail.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> pose la règle que le bailleur peut, même si les hypothèses de l'article précédent ne sont pas réunies, refuser le renouvellement. Deux conditions sont prévues : le bail doit avoir couru pendant neuf ans ; une indemnité d'éviction doit être payée au preneur. En ce qui concerne la première phrase, le Conseil d'État propose d'omettre les mots « de plein droit » qui font double emploi avec la formule « sans devoir fournir de justification ». À la limite les deux formules peuvent être omises alors que l'article sous examen établit justement une règle particulière qui exclut l'application de l'article précédent. Il suffirait de dire « le bailleur peut toujours, au terme de... ». Le point a) énonce une condition ; il y a dès lors lieu d'écrire : « s'il [le bailleur] verse, avant la fin du bail au preneur une indemnité d'éviction ». Le point b) est également mal rédigé et le Conseil d'État propose le texte suivant : « si un tiers verse l'indemnité d'éviction dans un délai de ... ». L'élément déterminant est que le preneur obtient l'indemnité ; les rapports entre le bailleur et le tiers n'intéressent pas le preneur et cette question n'est pas à traiter dans la loi sous examen. Le Conseil d'État craint d'ailleurs que le paragraphe 1<sup>er</sup>, point b) n'ouvre la voie aux pas-de-porte déguisés, pratique que les auteurs entendent pourtant combattre. Le texte proposé se satisfait d'ailleurs de l'engagement du tiers sans envisager le cas de figure d'une inexécution de cet engagement.

Le paragraphe 3 renvoie, pour le montant de l'indemnité au contrat de bail sinon à une décision du juge de paix. Encore faut-il affirmer clairement la détermination de l'indemnité dans le contrat. La disposition du paragraphe 2 aurait avantage à se placer à la suite de la disposition du paragraphe 3, alors qu'elle a pour effet de porter le montant de l'indemnité conventionnelle, même inférieur, au niveau de douze mois de loyer et impose un minimum au juge de paix. La formule « en tout état de cause » ne donne sens que si la disposition du paragraphe 2 est intégrée au paragraphe 3 à la suite du texte y prévu.

En ce qui concerne l'intervention du juge de paix, le Conseil d'État relève que, contrairement à d'autres dispositions, sa saisine n'est pas réglée. Pour ce qui est des pouvoirs du juge, le Conseil d'État relève la méfiance des auteurs qui imposent le recours à l'expert et font intervenir les « règles d'usage ». Les autorités judiciaires relèvent, à juste titre, que le recours obligatoire à l'expert contrevient à la volonté affichée des auteurs du projet de loi d'éviter des « procédures judiciaires d'expertise (...) fastidieuses ». Le Conseil d'État note encore que les auteurs du projet de loi établissent un lien entre l'indemnité et le fonds de commerce, ce qui ne se justifie que dans l'hypothèse où l'exploitant subit une perte au niveau du fonds de commerce par le non-renouvellement du bail. Le Conseil d'État s'interroge à cet égard

sur la nature juridique et l'objet de l'indemnité d'éviction. S'agit-il d'un dédommagement forfaitaire ou d'une indemnité, ce qui renvoie à la notion de préjudice, ou s'agit-il d'une sanction civile pour le bailleur ? La référence aux règles d'usage, outre qu'elle est des plus imprécises, est inutile alors que le juge évaluera le montant de l'indemnité, évidemment au regard des circonstances. La référence aux règles d'usage est encore dépourvue de toute portée juridique et n'empêche pas la Cour de cassation de considérer que la fixation de l'indemnité par le juge de paix relève de son pouvoir d'appréciation. Au regard de la lecture combinée du texte et du commentaire de l'article sous examen, se pose par ailleurs la question de savoir si le juge de paix qui fixe l'indemnité d'éviction est tenu au respect de la disposition prévue au paragraphe 2 en vertu de laquelle l'indemnité d'éviction ne saurait pouvoir être inférieure à douze mois de loyer. Dans l'affirmative, le Conseil d'État s'interroge sur la justification de cette limitation de la marge d'appréciation du juge de paix.

Le paragraphe 4 établit un régime de consignation de l'indemnité. Le Conseil d'État ne comprend pas la pertinence de ce mécanisme qui s'articule difficilement avec le régime de paiement avant la fin du bail prévu au paragraphe 1<sup>er</sup>. Quelles seraient d'ailleurs les sanctions du défaut de consignation ? Le preneur aurait-il un droit au renouvellement ? Comment combiner, dans le texte tel que proposé, l'engagement du tiers de payer l'indemnité qui est lié pour trois mois, avec la consignation de l'indemnité dans les six mois avant la fin du bail ? Le texte vise le renouvellement « préférentiel », concept nouveau qui ne figure pas au début de l'article. Quelle serait la différence entre un renouvellement simple et un renouvellement préférentiel ? Auprès de qui le montant de l'indemnité doit-il être consigné ? Le terme de consignation revêt une acception particulière en procédure alors qu'il renvoie à la Caisse de dépôts et de consignations, qui à l'évidence n'est pas appelée à intervenir dans la présente procédure. Si l'indemnité d'éviction n'a pas été entièrement consignée dans le délai de six mois avant la fin du bail, y a-t-il un défaut de consignation impliquant que le bailleur perd le droit de s'opposer au renouvellement du bail sans motif valable ? Que faut-il d'ailleurs entendre par motif valable ? S'agit-il des motifs de refus de renouvellement du bail visés par l'article précédent ? Le régime de consignation proposé par les auteurs exclut-il la possibilité pour le tiers de recourir à une garantie à première demande ? L'article ne s'applique d'ailleurs pas aux rapports juridiques qui existent entre le bailleur, le tiers et le preneur évincé. Le mécanisme est dépourvu de justification, est incohérent dans sa procédure et donnera lieu à de grandes difficultés d'application.

Le paragraphe 5 prévoit un droit de rétractation au profit du bailleur qui accepte un renouvellement malgré une décision judiciaire passée en force de chose jugée. Le mécanisme est complexe en termes de procédure à suivre. Le texte est mal formulé alors qu'il ne s'agit pas pour le bailleur de se soustraire au paiement de l'indemnité, mais d'accepter le renouvellement du bail. Le Conseil d'État relève que ce droit de rétractation n'est d'ailleurs prévu que dans l'hypothèse d'une décision de justice et non pas dans celle où l'indemnité est fixée dans le contrat. Le commentaire se limite à une paraphrase de l'article sous examen. Encore une fois, le Conseil d'État propose d'omettre cette disposition qui est inutile et source de difficultés d'application. Rien n'empêche les parties de trouver un arrangement, le bailleur pouvant à tout moment renoncer à l'éviction et au paiement de

l'indemnité et accepter un renouvellement, s'il trouve l'accord du preneur. Dans la logique du respect de la libre volonté des parties, des dispositions du type de celle sous examen sont à omettre d'autant plus qu'elles ne profitent à aucune des parties. Si la volonté des auteurs est de libérer le bailleur du paiement d'une indemnité que le juge aurait fixée à un niveau trop élevé, la solution peut consister dans la détermination d'un montant unique forfaitaire ou dans l'introduction d'un maximum, à l'instar du mécanisme des sanctions pénales. La consécration d'un montant forfaitaire aurait encore l'avantage de faire l'économie d'une procédure judiciaire avec appel à un expert.

Au regard de l'ensemble des questions qui se posent, le Conseil d'État s'oppose formellement à l'article 1762-15 pour des raisons de sécurité juridique.

#### *Article 1762-16*

L'article 1762-16 reprend la disposition de l'article 15 de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation pour instaurer un droit de préemption au profit du preneur qui occupe l'immeuble depuis au moins dix-huit ans.

Le texte sous examen ne prévoit pas de procédure particulière en cas de litige. Le Conseil d'État admet qu'est compétent le juge de paix du lieu de situation saisi sur requête.

#### *Article 1762-17*

Le nouvel article 1762-17 précise que la procédure de règlement des litiges est régie par les dispositions du Chapitre V de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation, pour autant qu'il n'y soit pas dérogé par les dispositions de la présente loi.

Le Conseil d'État relève, à l'instar des autorités judiciaires que la disposition sous examen est superflue alors que la règle y énoncée figure déjà à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation qui dispose au paragraphe 3, que « *La loi ne s'applique pas aux immeubles affectés à un usage commercial, administratif, industriel, artisanal ou affectés à l'exercice d'une profession libérale, sous réserve des dispositions prévues par les chapitres V et VIII* ». Le chapitre V porte sur le règlement des litiges.

Le Conseil d'État se demande, encore si l'article 1<sup>er</sup> de la loi précitée du 21 septembre 2006 ou l'article sous examen, s'il était maintenu, n'est pas de nature à rendre superflues les dispositions particulières sur la saisine du juge de paix ; il renvoie, en particulier aux articles 1762-5, paragraphe 4 ; 1762-6, paragraphe 3 et 1762-15, paragraphe 3. La précision qu'il s'agit du juge du lieu de situation de l'immeuble peut en tout cas être omise dans ces dispositions.

#### Article 2

Pas d'observation.

### Article 3

L'article 3 pose le principe que la loi sous objet s'applique immédiatement à tous les contrats en cours ainsi qu'aux procédures en cours et instaure un mécanisme complexe de dérogations et de mesures transitoires. L'application de ces mesures dérogatoires est loin d'être évidente.

Le Conseil d'État partage les critiques des autorités judiciaires, quant à une application immédiate de la loi aux procédures judiciaires en cours, tant pour des considérations de principe tenant à l'interdiction d'une rétroactivité de nature à porter atteinte à certains droits des parties en litige que pour des considérations d'ordre pratique. En effet, si, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur n'est en principe pas empêché de réglementer en « matière civile », au sens de l'article 6 de la prédite convention, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par ledit article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit dont elles sont saisies, voire d'anéantir les effets d'un jugement ou arrêt définitif et exécutoire.<sup>6</sup> Le Conseil d'État s'oppose dès lors formellement à cette disposition.

Si le choix de l'application immédiate est abandonné, le paragraphe 3 peut être omis.

### Article 4

Pas d'observation.

## **Observations d'ordre légistique**

Il est proposé de subdiviser la nouvelle section III du livre III, titre VIII, chapitre II du Code civil en paragraphes comprenant un ou plusieurs articles. Les paragraphes ne peuvent toutefois jamais constituer que des subdivisions d'un article. Le regroupement d'articles sous des paragraphes est ainsi exclu et il doit être renoncé à la subdivision de la section III en paragraphes. Il en est de même des intitulés accompagnant ces paragraphes.

Les différents points d'une énumération doivent être précédés d'une numérotation en chiffres arabes suivis de points : 1. 2. 3. ... L'emploi de tirets, qui rendent les références malaisées, notamment à la suite d'éventuelles suppressions ou insertions d'éléments dans l'énumération est dès lors à proscrire. Il en est de même des parenthèses qui entourent les chiffres ou lettres signalant les différents éléments d'une énumération en ce que les paragraphes d'un article sont indiqués de cette manière.

---

<sup>6</sup> Cour européenne des droits de l'homme, arrêts *Anagnostopoulos et autres c/ Grèce* du 7 novembre 2000, *Saint-Adam et Millot c/ France* du 2 mai 2006, *Sud Parisienne de Construction c/ France* du 11 février 2010, *M.C. c/ Italie* du 3 septembre 2013 *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce* du 9 décembre 1994, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/ France* du 28 octobre 1999 et *Matheus c/ France* du 31 mars 2005.

Par ailleurs, dans les dispositions qui sont appelées à faire partie du Code civil<sup>7</sup>, il convient d'omettre la référence « à la présente loi » qui ne fait pas de sens.

### Intitulé

L'intitulé ne prête-t-il pas à croire qu'un deuxième régime relatif aux baux de commerce serait organisé à côté de celui qui est prévu par le Code civil ? Afin de rendre compte sans ambiguïté que le projet de loi vise à modifier les règles du Code civil qui sont applicables aux baux commerciaux, le Conseil d'État propose de formuler l'intitulé comme suit :

« Projet de loi modifiant aux fins de réformer le régime des baux commerciaux le Code civil et la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation »

### Article 1<sup>er</sup>

À la phrase annonciatrice des modifications proposées, il faut préciser le livre du Code civil dans lequel la section sujette à modification est comprise, en écrivant :

« **Art. 1<sup>er</sup>**. Le livre III, titre VIII, chapitre II, section III du Code civil est remplacé par les dispositions suivantes : »

#### *Article 1762-5*

Le Conseil d'État note que les auteurs spécifient le concept d'avantages par les termes « notamment les réductions de loyer et les mensualités gratuites ». Pour des considérations légistiques, les dispositions à caractère exemplatif sont toutefois à éviter. Il propose dès lors d'omettre ces termes.

#### *Article 1762-7*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, première phrase, il faut écrire « les parties peuvent convenir « de ce » que ou « que »... ».

Il convient de remplacer à l'alinéa 2 de ce paragraphe les termes « du la prolongation » par « de la prolongation ».

Grammaticalement, au paragraphe 4 la phrase est erronée, en ce qu'elle juxtapose la préposition « sur » la situation » et la préposition « de ».

#### *Article 1762-7 (1762-8 selon le Conseil d'État)*

Les auteurs se sont trompés relativement à la numérotation de cet article qui doit porter le numéro 1762-8. La numérotation des articles subséquents est toutefois correcte.

Au paragraphe 3, il faut omettre le pronom « y » qui est placé devant le verbe « refuser », en ce que son usage n'est grammaticalement pas correct.

---

<sup>7</sup> Articles 1762-9 et 1762-17

Il faut remplacer les tirets par une numérotation en chiffres arabes suivis d'un point.

#### *Article 1762-11*

À l'alinéa 1<sup>er</sup>, le terme « condamnée » s'accorde au masculin. Il faut dès lors écrire « condamné ».

Au dernier tiret, le Conseil d'État propose de remplacer « respectivement » par « et » et d'omettre le terme « seul » avant « but ».

À l'alinéa 3, il convient d'écrire « le propriétaire pourra demander que... », au lieu de, « le propriétaire pourra demander à ce que... ».

La formule « par dérogation à » tend à éviter des conflits éventuels avec d'autres dispositions qui pourraient avoir vocation à s'appliquer. Son emploi à l'avant-dernier alinéa de l'article sous examen est en l'occurrence superflu et doit être évité en ce que le risque d'un conflit avec les dispositions de l'article 25 de la loi précitée du 21 septembre 2006 n'existe pas.

#### Article 3

Lorsqu'il est renvoyé à un paragraphe dans le corps du dispositif d'un article, il faut omettre les parenthèses entourant le chiffre faisant référence au paragraphe dont il s'agit. Au paragraphe 3, il faut dès lors écrire à la première ligne « au paragraphe 1<sup>er</sup> » et à la deuxième ligne « article 1762-8, paragraphe 1<sup>er</sup> ». Il convient de même d'écrire au paragraphe 4 « L'article 1762-6, paragraphe 1<sup>er</sup> ».

Ainsi délibéré en séance plénière, le 25 mars 2016.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Viviane Ecker