

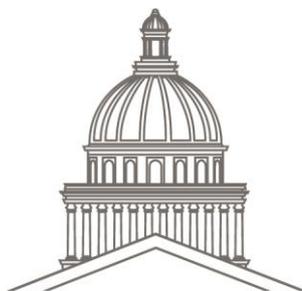
Université Paris II- Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le [17 octobre 2018]

Le bail commercial dans les centres commerciaux

Thèse de Doctorat / octobre 2018



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Marie-Anne LE FLOCH

Sous la direction de Hervé LECUYER, Professeur à l'Université de
Paris II (Panthéon-Assas)

Membres du jury :

- Charles GIJSBERS, Professeur à l'Université de Rouen
- Jean-Jacques ANSAULT, Professeur à l'Université de Rouen
- Christophe VERNIERES, Professeur à l'Université de Grenoble
- Jérôme HUET, Professeur Emérite à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)
- Jean-Luc TIXIER, Avocat et Docteur en droit

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*« Travaillez, prenez de la peine :
C'est le fonds qui manque le moins. »
Jean de la Fontaine,*

A mes grands-pères

Remerciements

Tous mes remerciements :

- *A Monsieur le Professeur Hervé LECUYER, qui m'a fait le très grand honneur d'accepter de diriger ces travaux,*
 - *A Monsieur le Professeur Jérôme HUET, qui m'a guidée et conseillée au début de ces travaux,*
 - *A Messieurs les Professeurs Charles GIJSBERS, Jean-Jacques ANSAULT, Christophe VERNIERES et à Maître Jean-Luc TIXIER, qui m'ont fait l'honneur et le plaisir d'accepter de siéger dans ce jury,*
 - *Aux associés de CHEUVREUX SAS, pour leur grande confiance et pour m'avoir permis de mener à terme ce projet,*
 - *A mon père, à ma mère, pour leur affection et leur soutien,*
 - *A mon mari, à mes enfants, pour leur présence et leur patience.*

Résumé :

Les centres commerciaux sont devenus une composante majeure de notre environnement. Mais si le paysage commercial a évolué au cours des cinquante dernières années, les cadres juridiques habituels tels que la copropriété, la concession immobilière, et l'attribution en jouissance se sont révélés inadaptés. Le présent travail propose de démontrer dans un premier temps que le bail commercial demeure l'outil contractuel le plus adapté pour organiser les relations au sein d'un centre commercial. Le succès du bail commercial pourrait toutefois interpeller. Comment une technique juridique construite autour de l'idée de protection et d'indépendance du commerçant traditionnel, peut-elle constituer la technique privilégiée d'organisation des centres commerciaux ? Si la matière demeure gouvernée en partie par l'ordre public, l'analyse de l'évolution de la jurisprudence et des clauses rédigées dans ces types de contrat révèle que le champ d'expression de la liberté contractuelle n'est pas négligeable et que le statut des baux commerciaux s'est adapté aux spécificités des centres commerciaux. En témoigne notamment la jurisprudence sur les clauses-recettes. L'importance quantitative du phénomène, combinée aux problématiques multiples qu'il n'a cessé de soulever et aux évolutions jurisprudentielles et législatives qu'il a engendrées ne doit-il pas conduire à considérer qu'il existerait une catégorie de baux commerciaux dérogatoire pour les centres commerciaux ? C'est ce que notre étude propose de démontrer dans un second temps.

Descripteurs : Bail commercial – centres commerciaux – organisation juridique – statut des baux commerciaux – obligations du bailleur – obligations du preneur

Title : Commercial leases in shopping centers

Abstract :

Commercial picture has changed over the past fifty years. Shopping centers now occupy a key position in real estate. However, usual legal frameworks such as coownership (copropriété), concession (concession immobilière) and attribution into possession (attribution en jouissance) have proven to be inappropriate. The present study provides to first demonstrate that the commercial lease remains the most appropriate contractual tool to organise relationships within a shopping center. One could however be surprised by such a success. Indeed, how could one explain that this legal technique, which was first created to protect traditionnal shopkeepers and their business from any eviction, soon became the favorite technique to organise shopping centers ? It can certainly not be ignored that commercial leases are partially governed by imperative rules. However, either the evolution of case-laws and the terms and conditions negotiated in such contracts intend to prove that the the so-called statut des baux commerciaux has adapted to specific characteristics of shopping centers. The present study intends to demonstrate that there is a class of commercial leases which is specifically adapted to shopping centers and derogates from the common status.

Keywords : commercial lease – shopping centers – legal organisation – commercial leases status – obligations of the lessor – obligations of the lessee

Principales abréviations

LIBELLE COMPLET	ABREVIATION ET SYNTAXE
Administrer	Administrer, oct. 1997, p. 10
Alinéa	al.
Article	art.
Assemblée	ass.
Assemblée nationale	AN
Bulletin	Bull.
Bulletin des arrêts de la Cour de cassation <ul style="list-style-type: none"> - Assemblée plénière - Chambres civiles 	<ul style="list-style-type: none"> - Bull. civ. 2008, ass. plén., n°1 - Bull. civ. 2004, I ou II ou III ou IV, n° 100
Cassation	Cass.
Chambre	ch.
Chronique	chron.
Civil	civ.
Code	C.
Code civil	C. civ., art. 1100
Code de commerce	C. com., art. L. 110-1
Code de la consommation	C. consomm., art. L. 111-1
Code de la construction et de l'habitation	CCH, art. L. 101-1
Code de la santé publique	C. santé publ., art. L. 1110-1
Code de l'environnement	C. env., art. L. 110-1
Code de l'urbanisme	C. urb., art. L. 110
Code de procédure civile	CPC, art. 100
Code des assurances	C. assur., art. L. 100-1
Code du travail	C. trav., art. L.111 -1
Code monétaire et financier	C. mon. fin., art. L.111-1
Code pénal	C. pén., art. 111-1

Code rural	C. rur., art. L.111-1
Commentaire	comm.
Commission européenne des droits de l'homme	Comm. EDH, 12 déc. 1997, n° 8378/76
Confer	Cf.
Conseil constitutionnel	Cons. Const.
Conseil d'Etat	CE
Copropriété	copr.
Cour d'appel	CA
Cour de cassation <ul style="list-style-type: none"> - Avant 1938 - De 1938 à 1946 - De 1947 à 1951 - De 1952 à 1963 - De 1964 à 1967 - Depuis 1968 	Cass. <ul style="list-style-type: none"> - Cass. req. / Cass. civ. - Cass. civ. / Cass. soc. - Cass. civ. / Cass. com. / Cass. soc. - Cass. 1^{re}/ 2^e civ./Cass. com./Cass. soc. - Cass. 1^{re}/ 2^e civ./Cass. com./Cass. soc. / Cass. ch. Réunies - Cass. 1^{re}/2^e/3^e civ. / Cass. com. / Cass. soc. / Cass. ch. mixte
Cour européenne des droits de l'Homme	CEDH
Dalloz	D.
Dalloz périodique (jusqu'en 1940)	DP
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)	DDHC
Décret	D.
Décret-loi	D.-L.
Defrénois	Defrénois
Délibération	Délib.
Doctrine	doctr.
Documentation française	Doc. fr
Droit des sociétés	Dr. sociétés

Gazette du Palais	Gaz. Pal.
Journal Officiel (de la République française)	JO
Jurisclasseur Périodique	JCP
Loyers et copropriété	Loyers et copr.
Mélanges	Mél.
Mémento pratique Francis Lefebvre	Mémento Lefebvre
Ministre	min.
Ordonnance	ord.
Page	p.
Plénière	plén.
Rapport	Rapp. AN (ou Sénat)
Revue de droit immobilier	RD imm. 2004, p. 10
Revue des contrats	RDC 2004, p. 100
Revue des loyers	Rev. Loyers 2004, p. 100
Revue trimestrielle de droit civil	RTD civ. 2004, p. 100
Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique	RTD com. 2004, p. 100

Sommaire

Thèse de Doctorat / octobre 2018	1
Introduction	16
Première partie : Les cas de recours au bail commercial dans les centres commerciaux	35
TITRE 1 - LE RECOURS VOLONTAIRE AU BAIL COMMERCIAL.....	38
CHAPITRE 1 - LA SUPERIORITE DU BAIL COMMERCIAL SUR LES DROITS REELS	39
Section 1 – L’inadaptation du statut de la copropriété	43
§ 1 – Un statut impératif inadapté aux centres commerciaux	43
A - L’assujettissement contraint des centres commerciaux au statut de la copropriété	46
1°) Le champ d’application légal du statut de la copropriété	46
2°) L’implacable pouvoir d’attraction du statut de la copropriété	48
B - L’application impérative de règles inadaptées aux centres commerciaux	51
1°) Un formalisme rigide.....	52
2°) Un mode de répartition des charges communes inapproprié.....	54
3°) La difficulté de maîtriser la vente des cellules commerciales	57
§ 2 – L’échec des tentatives d’adaptation du statut de la copropriété aux centres commerciaux	64
A - Les tentatives d’adaptation du statut de la copropriété	65
1°) La validité des clauses d’adhésion obligatoire à un groupement commun distinct des organes de la copropriété : une tentative couronnée de succès	66
2°) La validité des clauses de non-concurrence insérées dans les règlements de copropriété de centres commerciaux isolés : un succès limité.....	68
B - Les raisons de l’échec des tentatives d’adaptation du statut de la copropriété	81
Section 2 – L’inadaptation de la division en volumes	85
§ 1 – Un champ d’application incertain, facteur d’insécurité juridique	87
A - Analyse des conditions requises pour écarter le statut de la copropriété	88
1°) Un ensemble immobilier.....	88
2°) Une convention contraire créant une organisation différente	91
B - Application aux centres commerciaux	93
§ 2 - Un régime de liberté aux effets contrastés	98
A - Une liberté d’organisation caractéristique	99
B - Une liberté contraignante, aux effets parfois néfastes	101
CHAPITRE 2 - LA SUPERIORITE DU BAIL COMMERCIAL SUR LES AUTRES DROITS PERSONNELS.....	109
Section 1 – Les limites de la concession immobilière	112

§ 1 – Les avantages apparents de la concession immobilière	113
A - La liberté de révision de la redevance	114
B - L'absence de droit au renouvellement pour le concessionnaire	115
§ 2 – Les inadaptations constatées	116
A - Un régime extrêmement contraignant et aléatoire	117
B - Un déséquilibre important entre les parties	118
1°) Les garanties exorbitantes accordées au concessionnaire	118
2°) L'aggravation des obligations du concédant	129
Section 2 – Les limites de la convention d'occupation précaire	132
Section 3 – Les limites de l'attribution en jouissance	136
§ 1 – La tentative des magasins collectifs de commerçants indépendants	136
A - La genèse des magasins collectifs de commerçants indépendants	136
B - Le fonctionnement des magasins collectifs de commerçants indépendants	137
§ 2 – L'échec des magasins collectifs de commerçants indépendants	142
A - Les raisons de l'échec	142
B - La portée actuelle de la loi du 11 juillet 1972	143
TITRE 2 : LE RECOURS IMPOSÉ AU BAIL COMMERCIAL	148
CHAPITRE 1 – LA NECESSITE D'UN BAIL PORTANT SUR UN LOCAL	150
Section 1 – Le bail au sein du centre commercial	150
§ 1 – Le contrat d'occupation ouvre juridiquement droit au bénéfice du statut	151
§ 2 - Le contrat d'exploitation est exceptionnellement écarté du bénéfice du statut	151
A – Le bail déroge au statut	152
B - Le contrat d'occupation n'est pas un bail	153
Section 2 – Le local au sein du centre commercial	156
§ 1 - Application du statut aux locaux « clos et couverts »	156
§ 2 - Application du statut aux emplacements	157
CHAPITRE 2 – L'EXPLOITATION D'UN FONDS DE COMMERCE APPARTENANT AU	
PRENEUR	163
Section 1 – La dépendance à l'égard d'un tiers au centre commercial	165
§ 1 – La contestation de l'existence d'une clientèle propre au franchisé	165
§ 2 – L'affirmation de l'existence d'une clientèle propre au franchisé	169
Section 2 – La dépendance à l'égard d'un membre du centre commercial	172
§ 1 – L'exigence d'une autonomie de gestion	173
§ 2 – L'exigence d'une clientèle personnelle	174
 Partie 2 - Le régime dérogatoire du bail commercial dans les centres commerciaux	
.....	178

TITRE I - LES REGLES AFFERENTES A L'IMMEUBLE DU BAILLEUR	180
CHAPITRE 1 - L'ALLÈGEMENT DES OBLIGATIONS DU BAILLEUR.....	181
Section 1 – L'allègement des obligations de délivrance et d'entretien du bailleur	182
§ 1 - L'allègement de l'obligation de délivrance du bailleur	182
A - L'évolution de l'obligation de délivrance du bailleur	184
1°) Les composantes de l'obligation de délivrance du bailleur	184
2°) L'obligation de délivrance du bailleur, une obligation continue	190
B - L'encadrement des mécanismes contractuels d'allègement de l'obligation de délivrance.....	194
1°) L'obligation de délivrance du bailleur peut-elle être aménagée ?	194
2°) L'aménagement de l'obligation de délivrance du bailleur lors de la prise d'effet du bail.....	198
3°) L'aménagement de l'obligation de délivrance du bailleur en cours de bail	206
§ 2 - L'allègement de l'obligation d'entretien du bailleur	210
A – Le contenu de l'obligation d'entretien	210
1°) Le contenu traditionnel de l'obligation d'entretien du bailleur	210
2°) L'impact de la jurisprudence du 13 juillet 2005 sur la définition des grosses réparations	213
B – L'allègement de l'obligation d'entretien du bailleur dans les baux de centres commerciaux	215
1°) Le transfert contractuel des travaux sur les locataires avant la loi Pinel	215
2°) Le transfert contractuel des travaux sur les locataires après la loi Pinel.....	221
Section 2 – L'allègement de l'obligation de garantie du bailleur.....	225
§ 1 – Le régime de droit commun et la pratique traditionnelle de l'obligation de garantie du bailleur	225
A – Le contenu de l'obligation de garantie du bailleur	225
1°) La garantie contre les vices affectant le bien loué	225
2°) La garantie de jouissance paisible	226
B – La portée de l'obligation de garantie du bailleur.....	230
1°) La portée de l'obligation de garantie contre les vices affectant le bien loué.....	230
2°) La portée de l'obligation de garantie de jouissance paisible	233
§ 2 – La pratique de l'obligation de garantie dans les centres commerciaux	238
A - Le bailleur de centre commercial doit-il garantir un environnement commercial favorable ?	238
B - Le bailleur de centre commercial doit-il garantir un emplacement déterminé ?....	246
C - Le bailleur de centre commercial doit-il garantir l'exclusivité ?	249
CHAPITRE 2 - L'AGGRAVATION DES OBLIGATIONS DU PRENEUR.....	252
Section 1 – L'aggravation des obligations classiques du preneur	252

§ 1 - L'aggravation des obligations financières du preneur	252
A – Règles statutaires de fixation et de révision du loyer et aménagements contractuels	253
1°) La liberté de fixation du loyer lors de la conclusion du bail	253
a) Le loyer	253
b) Les accessoires du loyer	255
2°) L'encadrement de l'évolution du loyer en cours de bail	256
a) Le principe de révision triennale	256
b) La dérogation légale en présence d'une clause d'indexation	260
3°) L'encadrement de la fixation du loyer lors du renouvellement du bail	272
B - Dérogation conventionnelle spécifique dans les centres commerciaux : la clause- recettes	275
1°) Licéité et autonomie de la clause-recettes	277
2°) La clause-recettes, une anomalie juridique au regard du statut des baux commerciaux	284
3°) Les aménagements de la clause-recettes dans les centres commerciaux	289
C – L'aggravation de l'obligation de paiement des charges	296
1°) La détermination des charges locatives	299
2°) L'engagement des charges locatives	303
3°) La répartition des charges locatives	306
4°) Le paiement des charges locatives par les locataires	308
§ 2 – L'aggravation de l'obligation de conservation du bien loué	309
A – L'obligation de conservation dans le droit commun du louage	310
1°) User du bien raisonnablement et suivant sa destination	310
2°) Procéder aux réparations locatives ou de menu entretien	313
3°) Répondre des dégradations ou des pertes causées au bien	314
4°) Restituer le bien loué dans son état d'origine	316
B – L'aggravation de l'obligation de conservation du bien loué dans les centres commerciaux	317
1°) Le strict encadrement de l'usage du bien loué	318
2°) Le transfert de la charge des travaux d'entretien et de réparation sur le locataire	320
3°) Le sort des améliorations effectuées par le preneur et la restitution des locaux loués en fin de bail	324
Section 2 – L'émergence d'obligations spécifiques du preneur	327
§ 1 – L'obligation d'assurance renforcée	327
A - L'obligation de souscrire une assurance pour pertes d'exploitation	330
B - L'obligation de renoncer à tout recours contre le bailleur et ses assureurs	331

§ 2 – L’obligation de mise aux normes des locaux.....	337
A - Une obligation incombant en principe au bailleur	339
B - Une obligation transférée partiellement au preneur	342
TITRE II - LES REGLES AFFERENTES A L’ACTIVITÉ DU PRENEUR.....	348
CHAPITRE 1 – L’ORGANISATION DE L’ACTIVITÉ COLLECTIVE DES PRENEURS	349
Section 1 – L’utilité et le choix des structures d’organisation	351
§ 1 – L’utilité d’une structure d’organisation.....	351
§ 2 – Le choix de la structure d’organisation	354
A - Les structures d’organisation exclues	355
B - Les structures d’organisation choisies	357
1°) La tentative du groupement d’intérêt économique	357
2°) L’expérience de l’association de commerçants.....	361
Section 2 – L’affaiblissement des structures d’organisation classiques et la recherche de solutions nouvelles	366
§ 1 – L’affaiblissement des structures d’organisation classiques.....	366
A - L’échec du GIE.....	367
B - La fragilisation de l’association de commerçants	370
§ 2 – La recherche de solutions nouvelles.....	379
A - Les solutions purement financières	380
B - Solution alternative : l’association à adhésion libre.....	383
CHAPITRE 2 – L’ENCADREMENT DE L’ACTIVITÉ INDIVIDUELLE DU PRENEUR.....	387
Section 1 – L’encadrement de l’activité individuelle des preneurs en cours de bail.....	389
§ 1 – Les dispositifs légaux d’encadrement de l’activité individuelle du preneur en cours de bail	390
A – Le dispositif commun à tous les baux relevant du statut des baux commerciaux.....	390
1°) La déspecialisation partielle : une procédure favorable au locataire	391
2°) La déspecialisation plénière : une procédure encadrée préservant les droits des tiers.....	393
B - Le dispositif spécifique aux nouveaux centres commerciaux	396
§ 2 – Les techniques contractuelles d’encadrement de l’activité individuelle du preneur en cours de bail	399
A – Les clauses afférentes à l’activité individuelle du preneur	399
B – Les clauses afférentes à l’organisation de la concurrence entre les locataires	405
1°) Définition des clauses d’exclusivité et de non-concurrence	406
2°) Validité des clauses d’exclusivité et de non-concurrence.....	407
3°) L’effet des clauses d’exclusivité et de non-concurrence	409

Section 2 – L’encadrement de l’activité individuelle du preneur à l’occasion de la cession du droit au bail	414
§ 1 – La cession du droit au bail au successeur du fonds de commerce : une liberté protégée.....	415
§ 2 - La cession du droit au bail indépendamment de la cession du fonds de commerce : une liberté encadrée	416
A - La clause d’interdiction pure et simple	416
B - La clause d’agrément.....	417
C - La clause de garantie solidaire	418
D - La clause de préemption	419
Conclusion	422
Bibliographie.....	427
Index.....	435

Introduction

1. Qu'y a-t-il de commun entre un boulanger de quartier et le géant américain Apple implanté dans une galerie marchande ? Si l'un et l'autre évoluent dans des univers et des marchés totalement différents, le titre juridique qui leur permet d'occuper les locaux dans lesquels ils exercent leur activité est un bail commercial.

Parmi les figures contractuelles qui permettent d'accorder un droit de jouissance sur un bien, le bail commercial demeure le plus répandu. Pourtant, il est soumis depuis 1953 à un statut impératif, que l'on peut, objectivement juger contraignant, destiné à protéger le commerçant - ou plutôt son fonds de commerce - contre l'éviction. Dans son rapport annuel publié en 1984, la Cour de cassation relevait que « *le statut des baux commerciaux était impropre à régir certaines relations juridiques modernes, notamment les centres commerciaux*¹ ». Si la rigidité du statut a souvent été critiquée, elle n'a pour autant pas empêché l'essor de cette nouvelle forme de commerce.

2. Un centre commercial est un groupe de magasins de détail - comprenant généralement un magasin à grande surface et divers services - occupant un bâtiment ou un ensemble de bâtiments entouré d'un parc de stationnement, dans une zone urbaine ou à proximité et dont le fonctionnement s'appuie sur une politique commerciale et des règles communes². Les propriétaires de centres commerciaux sont le plus souvent soit des foncières privées, soit des enseignes de la grande distribution³. Traditionnellement, les centres commerciaux s'organisaient autour d'une grande surface à prépondérance

¹ Rapport annuel publié à la Documentation Française, p. 73

² Le Conseil National des Centres Commerciaux (CNCC) y ajoute des critères quantitatifs en définissant le centre commercial comme « *un ensemble d'au moins vingt magasins et services, totalisant une surface commerciale utile (dite surface GLA) minimale de 5.000 m², conçu, réalisé et géré comme une entité* ».

³ Tels Carrefour, Auchan, Leclerc

alimentaire appelée « *locomotive* », à laquelle était adjointe une galerie marchande implantée face aux caisses⁴. Depuis quelques années, l'on assiste toutefois à une évolution de la configuration des centres commerciaux. Concurrencés par le commerce électronique, de plus en plus de centres associent aujourd'hui des espaces culturels et de spectacles permettant d'attirer la clientèle et de l'inciter à rester le plus longtemps possible dans ces nouveaux espaces commerciaux.

Si le centre commercial est une figure protéiforme, une caractéristique commune s'impose néanmoins : les cellules commerciales y sont quasi-exclusivement exploitées au moyen de baux commerciaux, les commerçants installés dans les centres commerciaux étant très rarement propriétaires de la cellule qu'ils occupent. Lorsque le centre commercial est détenu par une foncière privée, celle-ci consent des baux aux commerçants de la galerie afin de percevoir un rendement locatif. La situation est identique lorsque le propriétaire du centre commercial est une enseigne de la grande distribution, à ceci près que l'intérêt de cette dernière n'est alors pas seulement d'obtenir un rendement locatif de l'immeuble ; il est aussi de conserver la maîtrise des activités exercées dans le centre commercial, afin qu'elles soient complémentaires et non concurrentes de celles qu'elle exerce elle-même.

Rien ne semblait prédisposer le bail à devenir le contrat privilégié d'encadrement des relations entre propriétaire et exploitant. Alors que le centre commercial est une entité économique organisée comme un lieu de vie collectif, avec des contraintes individuelles fortes (horaires d'ouverture, agencement des boutiques, campagnes de promotion ...), le statut des baux commerciaux a été conçu dans une toute autre perspective, non seulement étrangère à toute idée de groupement, mais dans un contexte d'indépendance affirmée, forte, des commerçants.

⁴ A l'origine, les grands magasins parisiens remplissaient le rôle de locomotive jusqu'à ce que, faute de rentabilité suffisante, ils cèdent leur place aux hypermarchés à la fin des années 1980. Ainsi, en 1987, la Samaritaine a quitté les centres commerciaux de Velizy 2 et de Cergy Pontoise au profit d'Auchan. La même année, les Galeries Lafayette ont cédé leur place dans le centre Belle-Epine de Thiais à Carrefour.

3. Le statut des baux commerciaux actuel est le fruit d'une longue maturation entamée à la fin du XIX^{ème} siècle. A l'époque, en l'absence de réglementation spécifique, le droit commun du louage s'appliquait. En outre, le fonds de commerce ne bénéficiait d'aucune reconnaissance juridique. Seule existait la définition, fort imprécise, du commerçant⁵. Ce dernier, installé dans un local dont il n'était pas propriétaire, était en permanence menacé par une épée de *Damoclès*, le bailleur pouvant unilatéralement mettre un terme à la relation contractuelle. Privé de son outil de travail, et à moins de pouvoir se réinstaller à proximité de son ancien local, le commerçant risquait de perdre sa clientèle.

L'expression « fonds de commerce » est née de la pratique à la fin du XIX^{ème} siècle et emprunte à la terminologie du « fonds rural ». A l'époque, elle représentait avant tout une réalité économique⁶, à laquelle on a donné une existence juridique, puis, progressivement, un statut d'ensemble.

Le premier texte qui consacre l'existence juridique du fonds de commerce est une loi que fit voter le député Millerand le 1^{er} mars 1898, permettant le nantissement des fonds de commerce. Ce dispositif fût complété par une loi votée le 17 mars 1909 à l'initiative du sénateur Cordelet, réglementant spécifiquement la vente et le nantissement des fonds de commerce. Certes, ces lois ne contenaient aucune définition de la notion de fonds de commerce, mais comme le soulignait Ripert, « *il suffit qu'il y ait possibilité de vente et de nantissement pour que le fonds de commerce prenne une valeur vénale, il est l'objet d'un droit de propriété. La réforme*

⁵ Article L.121-1 C. com. : « *Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* » .

⁶ « *Un commerçant a loué un local ou acquis un immeuble, il s'y est installé, y a exercé pendant quelques temps son activité ; sa marque, son enseigne, ou tout au moins son nom ont acquis une certaine notoriété ; il s'est constitué une clientèle et peut compter sur un chiffre d'affaires régulier : tous ces droits, tous ces avantages sont groupés, dans l'usage, sous l'expression « fonds de commerce »* ». LE FLOCH P., *Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, thèse, LGDJ, 1986.

est capitale »⁷. En 1926, la construction se poursuit avec la reconnaissance du droit au renouvellement du bail commercial. A l'expiration du contrat, le locataire obtint le droit soit au renouvellement du bail, soit à une indemnité d'éviction compensant le préjudice subi.

Toutes ces règles furent reprises dans le décret de 1953, aujourd'hui codifié aux articles L.145-1 et suivants du Code de commerce⁸, qui constitue depuis le socle de droit commun du statut des baux commerciaux et dont les principales caractéristiques sont les suivantes : durée minimale du contrat de neuf ans, droit au renouvellement au profit du locataire et indemnité d'éviction à défaut de renouvellement, contrôle de l'évolution des loyers en cours de bail et à l'occasion de ses renouvellements successifs, droit de céder le droit au bail à l'acquéreur du fonds et faculté d'adaptation de l'activité par les méthodes de « *désécialisation* ». La grande majorité de ces règles est d'ordre public, le but poursuivi par le législateur à l'origine étant de protéger le fonds de commerce⁹.

Lorsque les premiers centres commerciaux firent leur apparition en France à la fin des années 1950¹⁰, il parut donc naturel de recourir au statut prévu par le décret de 1953. Pour tenir compte de ces nouvelles formes d'exercice du commerce, le législateur de 1972 tenta pourtant d'introduire en France la formule des magasins collectifs de commerçants indépendants¹¹. L'idée était de regrouper les commerçants au sein d'un groupement d'intérêt économique (GIE) ou d'une société à capital variable et d'attribuer à chacun un droit de jouissance sur un emplacement déterminé en fonction

⁷ RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946.

⁸ La codification eut lieu en deux temps : d'abord la partie législative, en application de la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999, puis la partie réglementaire, en application du décret du 25 mars 2007.

⁹ Toutefois, compte tenu de l'évolution actuelle, certains en sont parvenus à se demander si « *la protection des locataires commerçants (ne) dépasse (pas) actuellement les limites du raisonnable* » GUYON J, *Droit des affaires*, Economica, 2001, 11^{ème} éd. V. § 648.

¹⁰ Rueil-Malmaison en 1958 et Parly 2 en 1969.

¹¹ L. n°72-651 promulguée le 11 juillet 1972.

des parts possédées dans le groupement ou dans la société. Bien qu'encouragée par les pouvoirs publics, cette loi n'eut qu'un faible impact en pratique, notamment en raison de la contrainte d'organisation qu'elle imposait et que les commerçants indépendants n'étaient pas disposés à accepter.

Par la suite, l'urbanisation croissante des banlieues, l'évolution des modes de consommation et le libre urbanisme commercial de la fin des années 1960 permirent aux centres commerciaux de connaître une véritable apogée dans les années 1972 à 1974¹². Cependant, la Loi d'Orientation du Commerce et de l'Artisanat votée le 27 décembre 1973, dite loi Royer, sonna le glas de cette formidable ascension en imposant une procédure d'autorisation préalable à toute ouverture de grande surface de plus de 1.500 m² dans les communes de plus de 40.000 habitants et de plus de 1.000 m² dans les communes d'une dimension inférieure. Cette réglementation eut pour effet de ralentir fortement la croissance des surfaces commerciales¹³.

Aujourd'hui la typographie des centres commerciaux se diversifie. A côté des traditionnels centres créés autour d'un hypermarché à prépondérance alimentaire, se développent de nouveaux concepts, comme les centres à thème ou les boutiques de fabricants¹⁴. Le centre commercial se décline aujourd'hui en plusieurs versions, s'adaptant avec toujours plus de souplesse à l'évolution des besoins de la clientèle.

Cette évolution des centres commerciaux se répercute nécessairement sur le bail commercial. En effet, le statut des baux commerciaux initialement mis en place en 1953 pour protéger le petit commerçant exerçant son activité individuellement peut-il

¹² Entre 1970 et 1974, il se créait en moyenne 30 centres commerciaux par an en France (Source : site internet du Conseil National des Centres Commerciaux).

¹³ Entre 1975 et 1979, les ouvertures de centres commerciaux chutent de 40% par rapport aux 5 années précédentes (1970 à 1974) (Source : site internet du Conseil National des Centres Commerciaux).

¹⁴ *Marques Avenue*, *Quai des Marques* et *Domus* à Rosny-Sous-Bois, centre commercial dédié à la vente de meubles et de décoration pour la décoration.

répondre aux attentes actuelles des commerçants de centres commerciaux ? Les enjeux ne sont plus les mêmes. Tandis que le commerçant traditionnel recherche la sécurité de l'emplacement et doit compter sur lui seul pour le rendre attractif, le commerçant de centre commercial bénéficie de l'attractivité d'un pôle d'activités variées où tout a été conçu et aménagé pour drainer une clientèle de plus en plus nombreuse qui, lorsqu'elle se déplace, est déjà une consommatrice en puissance. En contrepartie de ces avantages, le commerçant de centre commercial doit payer des charges élevées. Il doit également accepter de se soumettre à une politique commune contraignante. A l'évidence, le statut des baux commerciaux n'a pas été conçu dans cet état d'esprit et les réformes dont il a fait l'objet par la suite démontrent au contraire une vision totalement à l'opposé de l'univers des centres commerciaux.

Il est d'ailleurs intéressant d'observer que, pendant que l'on assistait au plein essor des centres commerciaux, le statut des baux commerciaux a connu, lui aussi, des mutations importantes. Jusqu'à la récente loi dite Pinel¹⁵, pas moins de 25 lois et 3 ordonnances sont venues réformer le statut. Sans entrer dans le détail, les modifications ont porté à la fois sur son champ d'application - qui dépasse aujourd'hui largement la sphère des seuls commerces¹⁶ - et sur les aspects les plus sensibles de la relation bailleur-locataire. Qu'il s'agisse de la durée du bail¹⁷, de la destination des lieux¹⁸ ou du droit au renouvellement du bail¹⁹, ces réformes ont fait

¹⁵ L. n° 2014-626 du 18 juin 2014.

¹⁶ Bénéficiaire du statut les artisans (L. n° 57-6 du 5 janvier 1967), certaines sociétés coopératives (L. n° 83-657 du 20 juillet 1983), certains artistes auteurs d'œuvres graphiques et plastiques (L. n° 88-18 du 5 janvier 1988), les groupements d'intérêt économique dont l'objet est commercial et qui font de manière habituelle et à titre principal des actes de commerce pour leur propre compte (L. n° 89-377 du 13 juin 1989), les caisses d'épargne et de prévoyance (L. n° 91-635 du 10 juillet 1991) et ce sans distinction de nationalité (L. n° 2014-626 du 18 juin 2014).

¹⁷ L. n° 65-366 du 12 mai 1965 (bail dérogatoire de courte durée), L. n° 85-1408 du 30 décembre 1985 (possibilité de supprimer la faculté de résiliation triennale par le locataire, conditions de congé favorables au commerçant partant à la retraite).

¹⁸ L. n° 65-356 du 12 mai 1965 (déspécialisation partielle ou plénière), puis L. n° 85-1408 du 30 décembre 1985, L. n° 87-588 du 30 juillet 1987, L. n° 89-1008 du 31 décembre 1989 et L. n° 2014-626 du 18 juin 2014 ayant successivement contribué à étendre les possibilités de déspecialisation par le locataire.

¹⁹ L. n° 65-356 du 12 mai 1965 (exigence d'une durée d'exploitation de 3 ans pour bénéficier du droit au renouvellement), L. n° 71-585 du 16 juillet 1971 (suppression de l'exigence d'une exploitation personnelle par le locataire).

évoluer le statut des baux commerciaux, mais dans un sens toujours plus favorable au locataire, au point de créer une « spécificité française » en Europe.

4. La comparaison avec nos voisins européens est à maints égards très instructive et sans appel. Le régime français des baux commerciaux est incontestablement le moins libéral et son évolution vers toujours plus de protection en faveur des locataires est à rebours des évolutions législatives des autres pays européens.

Il faut souligner qu'en la matière, la plus grande diversité des législations s'exprime puisque, en ce qu'il touche à la propriété immobilière, le régime des baux commerciaux relève de la compétence nationale des Etats²⁰.

L'on observe tout d'abord que tous les pays européens n'ont pas de régime spécifique aux baux commerciaux. C'est le cas de l'Allemagne, où les baux commerciaux ne sont assujettis qu'aux règles du droit commun des contrats, la jurisprudence assurant l'adaptation aux spécificités commerciales. La majorité des autres pays ont toutefois choisi, comme la France, de créer un dispositif propre aux baux commerciaux, mais il est notable que la liberté contractuelle y occupe toujours une place plus importante et que le champ d'application y est moins large qu'en France. Parmi ces pays, figure la Belgique²¹ qui s'est dotée, dès 1951, d'une loi sur les baux commerciaux dont les dispositions sont essentiellement impératives. De même en Espagne, où dans le prolongement de la chute du régime franquiste, a été votée la loi du 24 novembre 1994²² (dite LAU), qui s'applique aux baux commerciaux en laissant toutefois une place non négligeable à la liberté contractuelle puisque seules les dispositions

²⁰ Ainsi que l'énonçait DERRUPPE lors du colloque organisé à Lille en 1999 sur la question « *Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ?* », « *le statut des baux commerciaux ne relève à aucun titre des compétences européennes (...) il est et restera (...) un problème purement français* », AJDI 2000, p. 510.

²¹ L. du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en vue de la protection du fonds de commerce ; cette loi est aujourd'hui codifiée dans le Code civil belge.

²² Ley 29/1994 de 24 de noviembre 1994, de Arrendamientos Urbanos (*des baux urbains*), BOE-A-1994-26003.

relatives au dépôt de garantie et à la formalisation du bail sont impératives. Enfin, l'Italie dispose également d'un régime spécifique aux baux commerciaux depuis une loi du 27 juillet 1978²³, dont le contenu est essentiellement impératif, mais auquel une réforme votée en 2014²⁴ a permis de déroger complètement pour les baux dont le loyer annuel dépasse 250.000 euros. A l'heure où la France connaissait, avec la réforme dite Pinel, de nouvelles règles fortement contraignantes pour les centres commerciaux²⁵, l'Italie choisissait au contraire de les libérer d'un tel carcan.

Et l'écart se creuse encore lorsque l'on compare le contenu du régime du bail commercial, y compris dans les Etats qui ont fait le choix de disposer d'un statut spécifique, celui-ci y étant toujours moins favorable au locataire qu'il ne l'est dans l'Hexagone.

S'agissant tout d'abord de la durée minimale du bail, elle est plus courte en Italie (6 ans) et aux Pays-Bas (5 ans), tandis qu'elle est librement négociable en Allemagne et en Espagne. En ce qui concerne le droit au renouvellement du bail, qui constitue un atout essentiel pour le locataire, l'Espagne l'a supprimé depuis 1994²⁶ et il n'existe pas non plus en Allemagne, où le bail se prolonge par tacite reconduction. Et si la loi italienne reconnaît un droit au renouvellement au profit du locataire, c'est uniquement à l'expiration de la première période de six ans. Quant à l'indemnité d'éviction destinée à sanctionner économiquement le bailleur qui refuse de renouveler le bail à son échéance, elle n'est obligatoire ni en Allemagne, ni en Espagne et elle est limitée à 18 mois en Italie.

²³ L. 27 luglio 1978, n. 392 *Disciplina delle locazioni di immobili urbani*, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 29/07/1978, n° 211 (loi dite 392/78).

²⁴ Le décret-loi du 12 septembre 2014 a modifié l'article 79 de la loi 392/78.

²⁵ L'on pense en particulier aux nouvelles règles de répartition des charges entre bailleur et locataire instaurées par l'article L. 145-40-2 du Code de commerce, qui est d'ordre public ou bien encore la disparition des baux fermes de 9 ans.

²⁶ Sauf le cas où le locataire reste dans les locaux à l'issue du bail sans opposition de la part du bailleur ; dans ce cas, le bail se poursuit par tacite reconduction pour la durée du bail initial.

En ce qui concerne le loyer, s'il est librement fixé en France comme dans les autres Etats, il semble que la pratique dite du « pas-de-porte »²⁷, qui consiste pour un nouveau locataire à payer un droit d'entrée au bailleur en plus du premier loyer, soit une exception française. Par ailleurs, les règles françaises d'indexation et de plafonnement du loyer, en cours de bail ou à l'occasion de son renouvellement, sont particulièrement contraignantes et, à nouveau, très favorables au locataire comparé à nos voisins européens. S'agissant de l'indexation, si l'Italie prévoit un plafonnement des variations à la hausse en fonction d'un indice identifié par l'Institut Central des Statistiques, l'Espagne permet quant à elle que les variations puissent n'être qu'à la hausse, en faveur du bailleur. S'agissant du plafonnement du loyer révisé ou renouvelé, ainsi que l'avait constaté Dominique Perben, « *il est rare que le plafonnement de loyer joue non seulement en cours de bail, mais aussi lors de son renouvellement* »²⁸. En règle générale, nos voisins optent pour la fixation du loyer renouvelé à la valeur locative sous contrôle du juge.

Pour ce qui est en revanche des centres commerciaux, le tour d'horizon des législations de nos voisins européens²⁹ nous a permis de découvrir un certain nombre de points communs. S'agissant de l'indexation des loyers sur le chiffre d'affaires, il y a une vingtaine d'années, seules la France et l'Allemagne stipulaient une clause-recettes dans les contrats de bail de centres commerciaux. Aujourd'hui, sous l'influence des intervenants français, le Royaume-Uni, la Belgique, les Pays-Bas, l'Espagne et l'Italie y ont également recours. Concernant la répartition des charges entre preneur et locataire, la règle du Royaume-Uni est extrême, toutes les

²⁷ Le pas-de-porte n'est certes pas obligatoire en France, mais il est couramment pratiqué. Il s'agit d'un droit d'entrée payé par le locataire au bailleur lors de son entrée dans les lieux. Il peut constituer soit un complément de loyer versé d'avance, soit la contrepartie de la dépréciation que subit le bien du fait de ce nouveau bail assorti d'un droit au renouvellement au profit du locataire. De ce point de vue, le fait que le pas-de-porte soit une exception française n'est donc pas si étonnant.

²⁸ Discours de Dominique PERBEN, alors garde des Sceaux, ministre de la Justice, Colloque Baux Commerciaux organisé par l'Union Nationale de la Propriété Immobilière, le 17 juin 2003.

²⁹ Source : HEALEY & BAKER, *Les baux commerciaux en Europe : présentation comparative*, à l'occasion de l'assemblée générale du Conseil National des Centres Commerciaux.

responsabilités étant à la charge du preneur selon la notion « FRI » (« *full repairing and insuring* »). La même tendance a été observée en France à une époque, désormais révolue depuis l'entrée en vigueur de la loi dite Pinel. Enfin, dans plusieurs pays, le preneur est tenu d'appartenir à une association de commerçants. Notons toutefois une disposition particulière en Belgique, où les locataires qui ne souhaitent pas être membres de l'association sont tenus de payer un loyer plus élevé.

A l'heure où la concurrence européenne est très forte entre les acteurs économiques de tous secteurs et où les investissements transfrontaliers sont de plus en plus fréquents, la question de l'impact de la rigidité du statut français des baux commerciaux au regard de l'attractivité économique de la France se pose. Mais elle interroge également au regard du succès des centres commerciaux en France. Comment un droit aussi rigide a-t-il pu permettre le succès retentissant de cette forme de commerce ?

5. Héritier des traditions commerciales des foires du Moyen-Âge, cousin des *souks* orientaux, le centre commercial moderne est en effet devenu une véritable « *cathédrale du commerce moderne*³⁰ ». Dans la France d'après-guerre, certains sceptiques lui prédisaient pourtant un avenir incertain. La ménagère française, disait-on, « *dispose très rarement d'une voiture personnelle ; d'autre part, pour des raisons culinaires et gastronomiques, elle tient à faire son marché quotidiennement. Ce n'est donc pas prochainement qu'on la verra se déplacer sur des kilomètres pour procéder à ses approvisionnements*³¹ ». Quelque soixante années plus tard, force est de constater que l'urbanisme commercial français a connu une mutation profonde. À la fin de l'année 1974, 230 centres commerciaux avaient

³⁰ ZOLA E., *Au Bonheur des Dames*, G. Charpentier, 1883, roman réaliste décrivant l'histoire d'une petite boutique de nouveautés devenue le plus important des grands magasins parisiens grâce à son patron, Octave MOURET. Au cours de ses travaux, ZOLA écrivait « *Je veux, dans au Bonheur des Dames, faire le poème de l'activité moderne* ».

³¹ LABOURDETTE M., architecte concepteur du centre commercial "Les Flanades", en 1956.

déjà été créés en France. On en dénombre aujourd'hui 811 qui représentent un quart du chiffre d'affaires et des emplois du commerce de détail³².

La France occupe par ailleurs une place reconnue sur le plan européen, voire international. Malgré un repli des ouvertures dans la zone occidentale de l'Europe en 2017, elle est restée le pays le plus actif en terme de nouvelles ouvertures³³. En 2017, deux centres commerciaux français³⁴ se sont également vus décerner deux des quatre récompenses remises par l'ICSC (*International Council of Shopping Centers*) qui récompense chaque année les meilleures créations et rénovations de centres commerciaux européens. Sans compter le fait que la foncière française Unibail-Rodamco est devenue, en juin 2018, le leader mondial de la création de centres commerciaux par le rachat de l'australien Westfield. La France témoigne ainsi d'une véritable dynamique en matière de centres commerciaux et ce, en dépit d'un régime juridique des baux qui ne paraît *a priori* guère favorable à ce type de commerce.

Au-delà de l'impact économique, l'ampleur du phénomène que représentent les baux commerciaux dans les centres commerciaux se vérifie également sur le plan du contentieux, particulièrement riche et abondant en ce domaine. Que l'on fasse référence au contentieux sur le champ d'application du statut des baux commerciaux, à la jurisprudence sur la clause-recettes ou bien encore à celle relative à l'obligation d'adhérer à une association, ils ont pris naissance dans les centres commerciaux, mais ont eu une répercussion sur tous les domaines d'application du bail commercial.

Enfin, il est remarquable que la singularité des centres commerciaux constitue une source constante d'inspiration pour le législateur. En témoignent notamment la participation de membres du Conseil National des Centres Commerciaux (CNCC) à certaines commissions

³² Source : Stackr, The Insight Maker.

³³ Plus de 326.000 m² de nouveaux espaces ont ainsi été créés en 2017, loin devant l'Espagne avec 210.000 m².

³⁴ Dans la catégorie « nouveaux centres commerciaux de petite taille », le projet Promenade Sainte Catherine (Redevco) et dans la catégorie « nouveaux centres commerciaux de grande et moyenne taille », le projet Polygone Riviera (Socri et Unibail-Rodamco) ont tous deux été lauréats.

parlementaires³⁵, ou bien, encore récemment, l'étude des travaux parlementaires dans le cadre de l'élaboration de la loi dite Pinel, sur la question de la répartition des charges et la clause de renonciation à résiliation triennale³⁶. Où l'on comprend que le constat de financiarisation des relations entre bailleur et locataires dans les centres commerciaux a incité le législateur à intervenir.

Sur un plan plus théorique, le thème du bail commercial dans les centres commerciaux suscite également des questions importantes.

6. Controverse sur la nature du droit du preneur. - La première question n'est pas nouvelle. Elle a déjà fait l'objet d'une étude approfondie de la part de Derruppé, qui, dans sa thèse de Doctorat, avait soutenu que le droit du preneur à bail était de nature réelle et non personnelle³⁷. Si la nature juridique du droit du preneur n'est plus véritablement contestée³⁸, la controverse pourrait toutefois bénéficier d'un regain d'actualité au vu du constant accroissement des prérogatives accordées au preneur commercial.

Le premier à émettre l'idée que le locataire est titulaire d'un droit réel fût Troplong³⁹, qui fonda son raisonnement sur les articles 1743 du Code civil⁴⁰ et 684 du Code de procédure

³⁵ Le Rapport d'information déposé par la Commission des affaires économiques sur *La vacance des locaux commerciaux et les moyens d'y remédier* et présenté par M. Daniel FASQUELLE, député, relate l'intervention de Monsieur SILBERSTEIN, alors délégué général du CNCC, lors de l'étude de l'instauration de l'indice des loyers commerciaux (ILC), rapport enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 2 mars 2011.

³⁶ Le rapport établi par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale sur la mise en application de la loi du 18 juin 2014 et présenté par MM. les députés Fabrice VERDIER et Daniel FASQUELLE énonce ainsi que « *La clause de renonciation à la résiliation triennale est la possibilité pour les parties d'insérer dans le contrat de bail une stipulation privant le locataire de son droit de donner congé tous les trois ans (article L. 145-4 du code de commerce). Cette pratique des baux fermes s'était répandue, en particulier dans les centres commerciaux et les parcs commerciaux, qui disposaient ainsi d'un moyen de sécuriser leurs revenus* ».

³⁷ DERRUPPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse, Toulouse, 1952.

³⁸ COLLART-DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. « Précis » 9^{ème} éd., 2011, n° 474, p. 407s « *On admet, en effet, que le preneur est titulaire non d'un droit direct sur la chose louée (droit réel), mais d'un droit personnel contre le bailleur. Cette qualification, pour l'essentiel, repose sur les termes de l'article 1719 du Code de civil qui met à la charge du bailleur une obligation de « faire jouir paisiblement le preneur pendant toute la durée du bail* ». Il en résulte que la personne du bailleur s'intercale entre le preneur et la chose louée, ce qui caractérise l'existence d'un droit personnel ».

³⁹ TROPLONG R-T, *De l'échange et du louage*, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil, Hingray, Paris, 1843.

⁴⁰ Art. 1743 C. civ. dans sa rédaction d'origine : « *Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le colon partiaire ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine* ».

civile⁴¹. Selon lui, en obligeant l'acquéreur du bien à respecter le droit du preneur, le premier conférait un droit de suite au locataire ; tandis que le second lui conférait un droit de préférence à l'encontre des créanciers chirographaires. Droit de suite et droit de préférence, autant d'attributs spécifiques aux droits réels, qui permettaient à Troplong de fonder sa position. La Cour de cassation refusa pourtant d'admettre cette thèse, confirmant de façon constante depuis 1861 la nature personnelle du droit du preneur⁴².

Il faut reconnaître que l'intérêt de la controverse n'était pas neutre. Comme l'avaient rappelé MM. Mazeaud dans leurs *Leçons de droit civil*⁴³, « *les tribunaux ont dû, à plusieurs reprises, prendre position parce que la solution de nombreux problèmes d'intérêt pratique est commandée par la qualification donnée au droit du preneur* ». En dépendaient notamment l'application des régimes matrimoniaux, la compétence du tribunal, le formalisme de la cession, la possibilité ou non d'être l'objet de sûretés, ou bien encore le règlement de conflits entre deux preneurs successifs.

La doctrine ne fût toutefois pas conquise par les démonstrations de Troplong. Contre le droit de suite, on fit valoir que l'article 1743 du Code civil, loin de conférer un droit de suite au preneur, constitue une exception à l'effet relatif des contrats posé par l'article 1165 du Code civil. En effet, comme l'ont si bien démontré MM. Mazeaud⁴⁴, « *l'article 1743 ne signifie pas seulement que le preneur peut « opposer » son droit de jouissance à*

⁴¹ Texte aujourd'hui abrogé par le décret du 1^{er} mars 1967.

⁴² Req. 6 mars 1861 (S. 1861. 1. 173, D. 1861. 1. 417) : « *sur le quatrième moyen, tiré de la violation des articles 1709 et 1745 C. Nap. , en ce que l'arrêt attaqué aurait méconnu les effets légaux du bail en refusant de voir un droit réel dans le droit qui en découle pour le preneur ; - Attendu que le bail n'opère aucun démembrement de la propriété, qui reste entière entre les mains du bailleur, pour qui il n'est qu'un moyen de la rendre productive et d'en recueillir les fruits ; qu'à la différence de l'emphytéote et de l'usufruitier, le preneur n'a pas une possession qui lui soit propre et personnelle ; qu'il possède pour le propriétaire, dont il est, sous ce rapport, le représentant et le mandataire, et auquel seul sa possession profite ; Attendu que, sous l'empire de l'ancienne législation, le caractère purement personnel et mobilier du droit que le bail confère au preneur n'a jamais été mis en question, ainsi que l'atteste un de ses plus sûrs et de ses plus fidèles interprètes, et que, dans le silence qu'il a gardé à cet égard, il est impossible d'admettre que le Code Napoléon, en reproduisant la définition que Pothier donne du bail, ait entendu transformer la nature de ce contrat, pour en changer et en modifier les effets ; Attendu que l'on voudrait vainement faire sortir cette transformation de l'article 1743, qui donne au bail un effet contre les tiers, et oblige l'acquéreur à le respecter ; que conclue de cet article que la loi nouvelle a vu dans le droit dérivant du bail un droit réel, s'attachant à l'immeuble et le suivant dans les diverses transmissions qu'il subit, en serait exagérer la portée ; qu'il suffit, pour l'expliquer et le justifier, de la volonté formellement exprimée par le législateur, d'imposer exceptionnellement à l'acquéreur une obligation personnelle du vendeur ; - qu'il suit de là, à ce point de vue encore, l'arrêt attaqué n'a méconnu ni le caractère ni les effets légaux du traité du 5 février... ».*

⁴³ Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, T. 3, 1974, 4^{ème} éd., 2^{ème} vol., *Principaux contrats*.

⁴⁴ Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, *op. cit.* n° 1068, p. 330s.

l'acquéreur, mais – et c'est beaucoup plus – que toutes les obligations réciproques nées du bail lient l'acquéreur et le preneur comme elles liaient les parties primitives ». Quant à l'article 684 du Code de procédure civile, il n'était que la conséquence de l'article 1743 : « *puisque l'adjudicataire sur saisie, en sa qualité d'acheteur, devra respecter le bail, il faut nécessairement que les créanciers saisissants le respectent eux-mêmes* »⁴⁵.

Outre la réfutation des arguments de Troplong ses contradicteurs s'attachèrent à démontrer que le droit du preneur ne peut être un droit réel. Ils firent ainsi appel à la ligne de démarcation entre droits réels et personnels – cette fameuse « *arête du droit du patrimoine* »⁴⁶ selon laquelle le titulaire d'un droit réel détient un droit direct sur la chose (*jus in re*), tandis que celui qui est titulaire d'un droit personnel le détient par l'intermédiation d'une autre personne. En vertu de l'article 1719 du Code civil, le bailleur est obligé, à titre d'obligation essentielle, de délivrer le bien au preneur. C'est donc la preuve que ce dernier n'a pas de droit direct sur la chose puisqu'il tient son droit du bailleur⁴⁷.

Force est toutefois de reconnaître que, eu égard aux nombreuses prérogatives conférées au preneur au fil du temps, et ce quelle que soit la destination du bien (commerciale, résidentielle ou rurale), la frontière entre droit personnel et droit réel a pu paraître moins marquée et soulever la question de la requalification du droit du preneur en un droit réel.

En faveur d'un rapprochement avec le droit réel, on pourrait notamment faire valoir le droit au renouvellement illimité du bail, qui confèrerait au preneur un droit perpétuel, le droit de superficie dont il peut avoir le bénéfice sur les constructions et ouvrages faits par lui pendant la durée du bail, le droit de préemption sur l'immeuble loué récemment

⁴⁵ Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, op. cit.* n° 1068, p. 330s.

⁴⁶ CARBONNIER J., « *La distinction du droit réel et du droit personnel forme l'arête du droit du patrimoine* », *Droit civil, les biens*, PUF, coll. « Themis », 1^{ère} éd., 1956.

⁴⁷ Comme le démontrait de façon imagée CARBONNIER « *pour qui les regarde vivre, un usufruitier et un locataire habitent de la même manière une maison. Mais l'un a le droit d'en jouir (article 578) ; l'autre a le droit que le bailleur l'en fasse jouir (article 1709). L'un a un droit réel ; l'autre, un droit personnel* ».

reconnu au locataire commerçant⁴⁸, qui lui donne cette fois vocation à devenir propriétaire de l'immeuble, la « propriété commerciale » du locataire, qui lui permet notamment de céder le droit au bail sans l'accord du bailleur, ou bien encore l'obligation de publier les baux de plus de 12 ans, qui emprunte cette fois au régime des droits réels.

Toutes ces prérogatives pourraient ainsi donner l'illusion que le locataire bénéficie d'un droit réel. Tel n'est pourtant pas le cas. D'abord, le bailleur peut mettre fin à la prétendue perpétuité du droit du locataire s'il lui verse une indemnité d'éviction. Ensuite, s'il est vrai que le locataire peut bénéficier dans certains cas d'un droit de superficie - qui est un droit réel - sur les constructions effectuées sur l'immeuble pendant la durée du bail, ce droit de superficie est temporaire et il est limité par les stipulations du bail dans lequel il prend d'ailleurs sa source⁴⁹.

En ce qui concerne le droit de préemption offert au locataire commerçant, s'il est vrai qu'il lui permet de s'approprier l'immeuble, c'est par l'effet d'un droit de préférence légal, qui ne naît que pour autant que le bailleur lui-même a décidé de vendre. Quant à la « propriété commerciale », elle n'aboutit pas non plus à l'établissement d'un droit démembré au profit du locataire sur l'immeuble, puisqu'elle porte sur un autre bien, le fonds de commerce exploité dans l'immeuble.

En réalité, c'est par l'effet du régime du bail et non en raison de la nature du droit du locataire que celui-ci bénéficie de prérogatives s'apparentant à celles que lui conférerait un droit réel, sans pour autant que les éléments particuliers de ce régime ne modifient la nature de son droit.

⁴⁸ L'article L. 145-46-1 du Code de commerce introduit par la loi dite Pinel du 18 juin 2014, octroie au preneur, sous certaines conditions, un droit de préemption sur le local objet du bail lorsque le propriétaire envisage de vendre celui-ci.

⁴⁹ Un bail commercial peut prévoir que le preneur sera propriétaire des constructions qu'il édifiera. Dans ce cas, le bailleur renonce à l'accession pendant la durée du bail et confère un droit de superficie au locataire. Cette renonciation est toutefois temporaire et prend fin à l'extinction du contrat de bail. Le droit de superficie naît donc au profit du locataire en raison d'une renonciation du bailleur à l'effet immédiat de l'accession.

Les raisons du succès du bail commercial. - La deuxième question porte sur les raisons du succès du bail commercial dans les centres commerciaux. Comment se fait-il en effet qu'une technique juridique construite autour de l'idée de protection et d'indépendance du commerçant traditionnel, puisse constituer la technique privilégiée d'organisation des centres commerciaux ? Pourquoi recourir à un support juridique conçu en considération des intérêts du locataire alors qu'il existe d'autres techniques juridiques d'attribution de la jouissance d'un bien ? On pense notamment à l'attribution en jouissance, à la concession immobilière, ou à la propriété. Il faut reconnaître que, pour être singulière, la situation n'est pas non plus tout à fait exceptionnelle. En droit, il arrive en effet qu'un outil juridique serve des intérêts différents, voire opposés de ceux au service desquels il a été conçu. Pendant des décennies, l'article 1384 du Code civil a par exemple permis le règlement de sinistres causés par l'automobile alors que celle-ci n'existait pas en 1804⁵⁰. Mais d'un point de vue économique, le recours au bail commercial peut sembler d'autant plus paradoxal que, dans la majorité des cas aujourd'hui, le bailleur est un investisseur soucieux de la rentabilité de son immeuble.

Il est donc permis de s'interroger sur les raisons d'un tel succès. L'on sait que le bail commercial bénéficie de l'effet impératif des dispositions du statut. Ce caractère impératif ne suffit pas à expliquer le succès du bail commercial dans les centres commerciaux, mais il ne peut y être totalement étranger : si les conditions d'application du statut sont remplies, il ne faut pas s'étonner qu'il soit applicable. De façon plus pragmatique encore, dès lors qu'un propriétaire souhaite confier la jouissance d'un local à un tiers, il faut bien un titre juridique d'occupation. Or, peut-on trouver meilleur contrat que le bail commercial pour encadrer la relation entre propriétaire et occupant ?

Cependant, il faut se garder de surestimer le caractère impératif du statut des baux commerciaux. D'une part, parce qu'il n'affecte pas la totalité des stipulations du bail. On pense notamment aux obligations d'entretien et de conservation qui relèvent du droit

⁵⁰ L'article 1384 du Code civil dispose que « *On est responsables des choses que l'on a sous sa garde* ». Voir par exemple Cass. civ., 20 mars 1933, « *Veuve Delcayre c/ Messal* ».

commun du louage⁵¹. D'autre part, parce que les baux conclus dans les centres commerciaux font l'objet d'adaptations au moyen de clauses dont la Cour de cassation assure elle-même le contrôle. Ainsi en va-t-il par exemple des clauses-recettes dont l'autonomie par rapport aux dispositions impératives du statut a été consacrée par la Cour de cassation dès 1993⁵² sans être remise en cause depuis.

Enfin, s'il est évident que le statut des baux commerciaux protège le preneur, les intérêts du bailleur ne sont pour autant pas négligés. Au fil du temps, il est apparu que tout ce qui faisait figure d'obstacle il y a une quarantaine d'années, ne paraît plus aussi dirimant. Pour prendre l'exemple du droit au renouvellement du bail, qui constitue l'une des prérogatives les plus fondamentales accordées au locataire, il s'avère également satisfaisant pour un bailleur qui, ayant investi dans un actif, a lui aussi intérêt au maintien du locataire dans les lieux pour stabiliser son flux locatif. S'agissant du loyer, la validité de la clause-recettes témoigne également de ce que le bail commercial peut être adapté, malgré le statut impératif, pour tenir compte des enjeux financiers du bailleur. Quant à la liberté du locataire de céder son fonds de commerce à qui il souhaite, elle n'empêche pas non plus le fonctionnement du centre commercial dès lors que la déspecialisation partielle demeure encadrée. En réalité, ce n'est pas parce qu'un statut est impératif qu'il est forcément mauvais pour celui auquel la protection n'était pas destinée.

Un statut dérogatoire pour les centres commerciaux ? - L'importance quantitative du phénomène, combinée aux problématiques multiples qu'il n'a cessé de soulever et aux évolutions jurisprudentielles et législatives qu'il a engendrées ne doit-il pas conduire à considérer qu'il existerait une catégorie de baux commerciaux dérogatoire pour les centres commerciaux ? En 2007, à l'occasion d'un colloque d'actualités des baux commerciaux⁵³, Madame Françoise Auque interrogeait l'assemblée sur le point de savoir si le bailleur de

⁵¹ Art. 1719 s. C. civ.

⁵² Cass. 3^{ème} civ., 10 mars 1993, Bull. civ. 93, III n° 30, p.19.

⁵³ Journées d'études Dalloz – AJDI, *Actualités des baux commerciaux*, 8 février 2007.

centre commercial est un bailleur comme les autres⁵⁴. Le but de cette intervention était de répondre à la question de savoir si le bailleur est tenu de garantir aux locataires la commercialité du centre. Mais ce fût également l'occasion de recenser les principales spécificités des clauses contenues dans un tel bail. On pense bien évidemment aux clauses financières et aux clauses-recettes, dont la validité par rapport au statut tient à l'autonomie qui leur a été formellement reconnue par la Cour de cassation. Mais la spécificité tient aussi beaucoup aux clauses que Madame Auque qualifie d'organisationnelles, c'est-à-dire aux « *stipulations spécifiques destinées à l'organisation du centre commercial, conçues pour assurer un équilibre entre les diverses activités et promouvoir de manière efficace et homogène la promotion de l'ensemble immobilier* ».

Le « *monde à part des centres commerciaux* » comme le qualifiaient MM. Bouyeure et Barbier⁵⁵ dans un article publié en 2003, justifie des dérogations au droit commun lorsque celui-ci se révèle inadapté. Ces dérogations sont possibles en raison de l'optimisation des sphères de liberté contractuelle et de la créativité de la pratique, mais elles sont également le fruit de facteurs plus économiques que juridiques. L'impact économique des centres commerciaux, couplé à la puissance de leurs acteurs n'est pas étranger à la réussite de cette construction juridique. L'influence des organismes professionnels, tels que le Conseil National des Centres Commerciaux (CNCC) et la fédération PROCOS⁵⁶ est également déterminante puisqu'elle a donné lieu à l'établissement de chartes de rédaction des baux commerciaux qui ont permis de parvenir à un consensus des plus grands acteurs du marché sur certaines clauses délicates comme les charges locatives avant la loi Pinel par exemple et d'en assurer ainsi une meilleure efficacité.

⁵⁴ AUQUE F., *Le bailleur de centre commercial : un bailleur comme les autres ?* AJDI 2007, Etudes, p. 536 s.

⁵⁵ BOUYEURE J.-R. et BARBIER J.-D., *Le monde à part des centres commerciaux*, Administrer juillet 2003, p. 21.

⁵⁶ PROCOS est la fédération représentative du commerce spécialisé. Son activité n'est pas limitée aux centres commerciaux, mais dans la mesure où elle représente une grande majorité des enseignes qui exploitent au sein des centres commerciaux, elle joue un rôle déterminant dans ce secteur.

7. Plan - L'hégémonie du bail commercial dans les centres commerciaux est une **réalité** concrète. Le problème qu'elle soulève présente deux aspects. Le premier est de savoir pour quelles raisons le bail commercial est devenu le contrat privilégié d'organisation des relations entre propriétaire et exploitant. Le second est de savoir comment adapter le statut des baux commerciaux aux spécificités des centres commerciaux.

Nous consacrerons donc une première partie à comprendre la nécessité du recours au bail commercial dans les centres commerciaux. Une seconde partie sera réservée à l'étude du régime dérogatoire du bail commercial dans les centres commerciaux.

PARTIE I : LES CAS DE RECOURS AU BAIL COMMERCIAL DANS LES CENTRES COMMERCIAUX

PARTIE II : LE REGIME DEROGATOIRE DU BAIL COMMERCIAL DANS LES CENTRES COMMERCIAUX

Première partie : Les cas de recours au bail commercial dans les centres commerciaux

Trois modes d'organisation juridique sont concevables, selon que l'on privilégie les droits réels ou les droits personnels⁵⁷.

8. Une structure qui privilégie les droits réels est une structure au sein de laquelle chaque exploitant du centre est également propriétaire du local qu'il exploite. La propriété du centre est donc collective. Il n'existe pas d'intermédiaire entre la propriété du local et son exploitation. Cette organisation est exclusive de tout droit personnel. En apparence, le pouvoir direct et immédiat sur le local que confère le droit réel au commerçant, de même que le caractère absolu de ce droit et l'ensemble des prérogatives qu'offre le droit de propriété (*usus, abusus et fructus*) pourraient être de nature à séduire le commerçant, soucieux de préserver son autonomie et sa liberté⁵⁸. Pourtant, il est prégnant de constater que, de façon générale et pas seulement dans les centres commerciaux, peu de commerces sont exploités dans un local dont le commerçant est également propriétaire. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette situation. Au plan économique, l'acquisition d'un local représente un coût non négligeable dont le bail commercial permet de se dispenser. Au plan juridique, deux raisons pourraient être invoquées. La première tient à l'absence de patrimoine d'affectation en droit français, qui incite de nombreux commerçants à faire acquérir

⁵⁷ Cette distinction traditionnelle en droit des biens entre les droits personnels d'une part et les droits réels d'autre part a été remise en question par PLANIOL (*Traité élémentaire*, 1890, I, n°2158) il y a un siècle environ, qui, partant de l'idée qu'une chose ne peut être un sujet passif et qu'un droit ne peut être qu'un rapport entre deux ou plusieurs personnes, a émis l'hypothèse selon laquelle le droit réel constituerait un rapport de droit entre son titulaire, créancier, et le reste du monde, l'ensemble de ces personnes étant tenues, envers le titulaire, d'une obligation de ne pas faire (ne pas troubler la jouissance paisible du droit). Cette théorie, qui donnait à l'expression « erga omnes » un éclairage entièrement nouveau, fut critiquée. CARBONNIER J. (« *Droit civil, les biens* », PUF, coll. « Themis », 1^{ère} éd. 1956) écrivit par exemple : « *il y a une pétition de principe : le sujet actif peut exiger des sujets passifs qu'ils ne lui causent pas de troubles ; mais des troubles dans quoi ? dans une sphère d'action qui doit lui avoir été préalablement délimitée par rapport à la chose, et c'est là proprement le droit réel* ». La distinction droit réel/droit personnel conserve donc sa pertinence.

⁵⁸ En tant que droit réel, le droit de propriété est également doté des attributs classiques que sont le droit de suite (pouvoir pour le titulaire du droit de l'exercer sur la chose en quelques mains qu'elle se trouve) et le droit de préférence (pouvoir d'échapper au concours des autres créanciers dans la distribution du prix de vente des biens objet du droit et d'être payés par préférence), mais ces attributs ont surtout une portée pratique sur les droits réels accessoires tels que l'hypothèque.

le local commercial par une société *ad hoc*, dont l'objet est de détenir l'immeuble et de le louer à une société d'exploitation ou au commerçant lui-même, recréant ainsi un patrimoine distinct du patrimoine propre, à l'abri des créanciers⁵⁹. En second lieu, s'agissant plus spécifiquement des centres commerciaux, la conception individualiste du droit de propriété en droit français s'oppose, ainsi que nous le verrons ultérieurement, à l'esprit communautaire du centre commercial. S'il est propriétaire de son local, le commerçant est tenté de privilégier son intérêt individuel au détriment de l'intérêt collectif. Or la vie d'un centre commercial impose parfois que des décisions soient prises dans l'intérêt de la collectivité, même si elles sont opposées à celui d'un ou de plusieurs commerçants. Supposons par exemple qu'une moyenne surface de grande renommée susceptible d'attirer une clientèle importante, veuille s'installer dans le centre commercial, mais qu'une telle installation nécessite de réunir deux ou trois petites surfaces déjà exploitées. Supposons à présent que le centre commercial soit divisé en lots de copropriété détenus chacun par les commerçants. On imagine difficilement ces commerçants vendre leur local pour accueillir un éventuel concurrent plus important. En revanche, si le centre commercial est détenu par un seul propriétaire et que les commerçants sont locataires, le bailleur disposera, sous certaines réserves, de moyens pour réorganiser le plan du centre afin de laisser la place au nouvel arrivant. Une structure qui privilégie les droits personnels permet ainsi d'échapper à l'écueil de l'individualisme.

9. Le deuxième mode d'organisation privilégie les droits personnels. - Un propriétaire unique possède la totalité du centre commercial et loue les différentes surfaces aux exploitants au moyen de baux commerciaux. Dans certains cas, le propriétaire est l'enseigne de grande distribution qui exploite l'hypermarché. C'est le cas par exemple des centres E. Leclerc notamment, encore aujourd'hui propriétaires pour la plupart à la fois de l'hypermarché et de la galerie marchande.

⁵⁹ A cet égard, la loi du 19 février 2007 qui a introduit en droit français la fiducie, institution proche du trust anglo-saxon, constitue une entorse au principe de droit français d'unité du patrimoine. Sa constitution étant toutefois réservée aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, sa portée est très relative et ne touchera pratiquement pas les commerçants de galerie marchande.

10. À mi-chemin entre ces deux modes d'organisation, on trouve des systèmes mixtes où coexistent des titulaires de droits personnels et des titulaires de droits réels. Ces configurations sont de plus en plus fréquentes. Pour des raisons essentiellement économiques, ou parce qu'ils considèrent qu'il s'agit de deux métiers différents, certains professionnels de la grande distribution, comme Carrefour, ont pu décider à une époque de vendre leurs galeries marchandes tout en conservant la propriété des hypermarchés. Au niveau de l'exploitation de la galerie marchande, ces transferts sont généralement sans conséquence dans la mesure où les cellules continuent d'être exploitées en vertu de baux commerciaux. En revanche, au niveau de la propriété, celle-ci doit être partagée entre le propriétaire de l'hypermarché d'une part et le ou les investisseurs propriétaires de la galerie marchande d'autre part. Ce partage de la propriété peut engendrer des complications dans l'organisation du centre commercial, liées à la divergence de politique entre les enseignes de la grande distribution et les investisseurs privés, qui peuvent constituer autant de freins à l'évolution d'un centre.

Dans les développements qui vont suivre, nous nous attacherons à démontrer en quoi le bail commercial est à la fois recherché en tant que technique d'organisation optimale des centres commerciaux (titre 1) et très répandu grâce au caractère impératif du statut des baux commerciaux qui en élargit la portée (titre 2).

TITRE 1 - LE RECOURS VOLONTAIRE AU BAIL COMMERCIAL

11.Le bail commercial confère au preneur un droit personnel. En dépit du statut impératif, sa flexibilité lui permet de s'adapter aux exigences sans cesse renouvelées des centres commerciaux, repoussant les limites qu'atteignent quant à eux tant les droits réels (chapitre 1) que les autres droits personnels (chapitre 2).

CHAPITRE I : LA SUPERIORITE DU BAIL COMMERCIAL SUR LES DROITS REELS

CHAPITRE II : LA SUPERIORITE DU BAIL COMMERCIAL SUR LES AUTRES DROITS PERSONNELS

CHAPITRE 1 - LA SUPERIORITE DU BAIL COMMERCIAL SUR LES DROITS REELS

12. « *Le droit réel c'est le pouvoir juridique qu'a une personne de retirer directement tout ou partie des utilités économiques d'une chose*⁶⁰ ». On distingue habituellement les droits réels principaux des droits réels accessoires⁶¹ qui, « *portant sur la valeur pécuniaire de la chose* », constituent des garanties au service d'une dette. En raison de sa fonction, cette catégorie de droits réels est exclue de notre propos.

En ce qu'ils portent sur la « *matérialité de la chose*⁶² », les droits réels principaux peuvent quant à eux conférer à leur titulaire un droit d'occupation sur un bien. Ils sont traditionnellement subdivisés en deux catégories : le droit de propriété d'une part et ses démembrements d'autre part.

13. Défini à l'article 544 du Code civil comme étant « *le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* », le droit de propriété est le droit réel le plus complet. Situé au confluent de courants de pensée à la fois philosophiques, sociologiques et juridiques, le droit de propriété est nécessairement le reflet d'une certaine vision de la société et de l'individu⁶³. A l'époque napoléonienne,

60 CARBONNIER J., *Droit civil, les biens*, PUF, coll. « Themis », 1^{ère} éd. 1956, p. 39.

61 Cette dichotomie et cette terminologie ne figurent pas dans le Code civil. Elles résultent essentiellement de la doctrine. Les droits réels principaux sont annoncés à l'article 543 du Code civil qui dispose : « *on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre* », qui traduit parfaitement l'idée de pouvoir direct et immédiat sur la chose. Les droits réels accessoires figurent quant à eux au Livre IIIème (Des différentes manières dont on acquiert la propriété) et l'article 2092 du Code civil, qui dispose : « *quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* » exprime l'idée de service de la dette.

62 CARBONNIER J., *Droit civil, les biens*, PUF, coll. « Themis », 1^{ère} éd. 1956, p. 40.

63 « *Pas plus qu'une institution de la vie sociale, le régime de propriété n'est absolument immuable, et l'histoire en témoigne* » (Pie XI, Encyclique *Quadragesimo Anno*).

il était un droit absolu⁶⁴, exclusif⁶⁵, perpétuel⁶⁶ et inviolable⁶⁷. Depuis le Code civil, les prérogatives accordées aux propriétaires ont certes perdu de leur éclat originel⁶⁸, mais l'esprit individualiste demeure⁶⁹.

Comparée à l'esprit communautaire qui caractérise un centre commercial, cette conception essentiellement individualiste fait du droit de propriété un droit inadapté. En effet, un centre commercial n'est pas une simple juxtaposition de locaux à usage commercial. Il rassemble des unités qui, chacune, « *exerce une attraction propre et bénéficie en retour de l'attraction conjuguée des autres unités*⁷⁰ ». Sans pour autant exiger des commerçants qu'ils renoncent à toute forme d'autonomie et de liberté, le centre commercial, par sa nature et sa fonction, implique parfois que l'intérêt général du centre prime les intérêts individuels.

Or cet objectif s'avère plus délicat à atteindre si les commerçants sont investis, sur leur cellule propre, de la plénitude des attributs du droit de propriété, à savoir le droit d'en user (*usus*), d'en tirer tous les fruits (*fructus*) et d'en disposer (*abusus*). Pourtant, il existe en droit français des modes d'organisation de la propriété collective.

64 A l'époque révolutionnaire et ultérieurement au cours du XIX^{ème} siècle, cet absolutisme du droit de propriété fit pourtant l'objet des plus vives controverses entre les protagonistes du courant négateur, tels Pierre-Joseph PROUDHON (« *La propriété, c'est le vol* », in *Qu'est-ce que la propriété ?*, 1840) et ceux du courant conservateur mené notamment par THIERS, qui fondent le caractère absolu du droit de propriété sur le droit naturel ou la volonté divine (*De la propriété*, 1848).

65 « *Il est de l'essence de la propriété d'appartenir à un seul* » (MIRABEAU) – Le droit de propriété est « *essentiellement exclusif* » (MALLEVILLE).

66 Le caractère perpétuel du droit de propriété ne figure pas dans la définition de l'article 544 du Code civil. Il se manifeste néanmoins dans l'abolition des retraites en 1790 et la prohibition des substitutions. La jurisprudence en tirera la règle selon laquelle « *la propriété ne se perd pas par le non usage* » (Cass. Req., 12 juillet 1905, D.P. 1907, 1, 141, obs. POTIER – S. 1907, 1, 273, note WAHL – *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., Dalloz, 1991, 9^{ème} éd.).

67 « *La propriété est inviolable. Napoléon, lui-même, avec les nombreuses armées qui sont à sa disposition, ne pourrait s'emparer d'un champ* » (Déclaration de Napoléon au Conseil d'Etat, 18 sept. 1809, à l'occasion de l'examen du projet de loi sur les mines).

68 La limitation au droit de reprise d'un bien loué, le plafonnement de la hausse des loyers et la multiplicité des droits de préemption sont autant d'atteinte à l'*usus*, au *fructus* et à l'*abusus*.

69 Comme en témoignent notamment l'essor de la propriété individuelle et la généralisation du terme « propriété » qui s'accorde aujourd'hui aussi bien avec les biens corporels classiques (meubles ou immeubles) qu'avec les biens et droits incorporels (on parle indifféremment aujourd'hui des propriétés littéraire, artistique, industrielle et de la propriété commerciale).

70 *Charte CNCC – Bailleurs – Locataires : recommandations concernant les relations entre bailleurs et locataires des centres commerciaux*, Juin 2005, p. 3.

14. Le développement de la propriété collective. - Employer le terme de propriété collective après avoir souligné le caractère essentiellement individualiste du droit de propriété peut sembler contradictoire. Cependant, les rédacteurs du Code civil eux-mêmes n'ont pu y échapper. La propriété collective est avant tout un fait incontournable (indivision *post mortem*, copropriété, mitoyenneté) qu'il a fallu organiser, sans pour autant renoncer à la conception individualiste⁷¹.

Depuis deux siècles, l'explosion démographique des villes et le formidable essor de la personnalité morale ont fait entrer la propriété collective dans les modes désormais classiques de détention des biens. Toutefois, si l'organisation de cette détention est collective, il n'en demeure pas moins que ses protagonistes restent attachés à la propriété individuelle⁷², en attestent les contentieux en matière de copropriété immobilière notamment, où les copropriétaires se considèrent au premier chef propriétaires exclusifs de leur appartement et accessoirement copropriétaires des parties communes, associés en tant que tels à leur gestion et leur entretien.

Ce paradoxe de la propriété collective est une caractéristique importante sur laquelle nous reviendrons au cours des développements qui vont suivre, car elle permet d'expliquer les limites de cette forme d'organisation. Les deux formes les plus répandues de propriété collective sont l'indivision et la copropriété des immeubles bâtis. S'y ajoute la division en volumes qui, bien que ne constituant pas une propriété collective au sens strict, est aujourd'hui un mode d'organisation d'ensembles immobiliers détenus par plusieurs entités. L'indivision, en tant que mode d'organisation d'un centre commercial, n'est toutefois guère envisageable.

⁷¹ Dans le Code civil de 1804, l'indivision est conçue comme temporaire (art. 815 C. civ.), la propriété par étages y est tolérée mais non organisée (ancien art. 664 C. civ. abrogé par la loi du 28 juin 1938).

⁷² Monsieur Jean-Philippe LEVY explique cet attachement à la propriété de la façon suivante : « *Tant que la société ne sera pas parfaite, elle (la propriété) répondra à un des besoins profonds de la nature humaine, et dans certains cas la propriété, au moins un minimum de propriété, apparaîtra comme l'ultime refuge, comme seule capable de garantir la sécurité et la liberté* » (LEVY J-P, *Histoire de la propriété*, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 1972).

15. Inadaptation de l'indivision. - Tout d'abord, l'indivision s'oppose à l'attribution de parties privatives de l'immeuble aux indivisaires. Chaque commerçant serait donc propriétaire d'une quote-part de l'ensemble du centre commercial sans être propriétaire d'un local précis. L'exploitation de chaque cellule par un commerçant nécessiterait donc de lui conférer un droit de jouissance sur un local en particulier. L'indivision à elle seule ne permet donc pas d'organiser un centre commercial.

De surcroît, l'indivision a un caractère essentiellement provisoire, le partage pouvant être provoqué à tout moment à l'initiative d'un coindivisaire⁷³ (sous réserve d'une convention d'indivision). Ce droit au partage est un facteur important d'instabilité, qui est incompatible avec l'exercice d'une activité commerciale dont la réussite suppose au contraire la pérennité du droit d'occupation du local. Enfin, la règle de l'unanimité requise pour les actes de disposition constitue un obstacle dirimant⁷⁴.

L'indivision étant impropre à l'organisation des centres commerciaux, la copropriété et la division en volumes constituent les seuls modes alternatifs de propriété collective envisageables. Mais sont-ils adaptés pour l'organisation d'un centre commercial ?

⁷³ Art. 815 C. civ. : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention ».

⁷⁴ Depuis la réforme intervenue le 23 juin 2006, les actes d'administration et certains actes de disposition sont certes soumis à la règle de la majorité (2/3) et plus de l'unanimité, mais cette dernière est toujours requise pour la vente de l'immeuble indivis.

Section 1 – L’inadaptation du statut de la copropriété

16. La loi du 10 juillet 1965⁷⁵ fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, a introduit un corps de règles impératives d’une rigidité telle qu’elle se révèle incompatible avec le fonctionnement d’un centre commercial (§ 1). Certes, la jurisprudence a accueilli favorablement certaines tentatives de libéralisation du statut, mais ces tentatives ont échoué en raison d’une incompatibilité qui est à notre sens structurelle entre la copropriété et les centres commerciaux (§ 2).

§ 1 – *Un statut impératif inadapté aux centres commerciaux*

17. À maints égards, le caractère impératif de la loi du 10 juillet 1965 peut s’expliquer par la volonté du législateur de l’époque de préserver le compromis qui s’était progressivement établi entre les droits personnels des copropriétaires et l’intérêt collectif de la copropriété.

18. Avant la loi du 10 juillet 1965. – D’un point de vue historique, l’évolution de la copropriété n’est en effet pas linéaire. Sa naissance remonte à l’apparition des premières maisons à étages plus de 2 000 ans avant notre ère⁷⁶. A Rome à cette époque, l’organisation de la propriété collective n’avait toutefois pas été formalisée en raison de la suprématie du principe « *superficies solo cedit* », selon lequel la propriété des constructions appartient au propriétaire du sol⁷⁷. Au Moyen-Âge en

⁷⁵ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis

⁷⁶ KISCHINEWSKY-BROQUISSE E, dans son ouvrage consacré à *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, 4^{ème} éd. 1989, n° 16, p. 7 rapporte que les travaux de Cuq font apparaître ce genre de propriété au temps d’Immeroum, roi de Sippar dans l’ancienne Chaldée. Le chercheur découvrit un contrat de cette époque rapportant la vente du rez-de-chaussée d’un fonds bâti dont l’étage, à usage de taverne, restait la propriété du vendeur.

⁷⁷ À l’époque, des tempéraments existaient : le droit de superficie, création ancienne due à l’action du préteur, permet au planteur ou constructeur bénéficiant d’un bail de longue durée d’être titulaire d’un droit stable sur ses plantations ou

revanche, la copropriété était connue de certaines coutumes, particulièrement de celles du Sud-Ouest de la France, de Normandie, de Bretagne et de Corse⁷⁸. Hostiles à la propriété collective en raison non seulement de la crainte qu'inspirait la puissance des groupements, mais aussi parce qu'ils estimaient que les immeubles sont moins bien entretenus et exploités lorsqu'ils appartiennent à la collectivité que lorsqu'ils dépendent d'un propriétaire unique, les rédacteurs du Code civil ne firent allusion à la copropriété que dans l'article 664 du Code civil⁷⁹, abrogé depuis par la loi du 28 juin 1938. L'emplacement de cet article, sous le titre « servitudes » est tout à fait révélateur de l'idée qu'à cette époque, la copropriété était perçue comme une charge grevant le fonds individuel. Aucune organisation n'était prévue. Les décisions étaient adoptées à l'unanimité de sorte que la copropriété apparaissait plus comme une juxtaposition de droits réels individuels, proche de l'indivision⁸⁰, que comme une communauté organisée.

La loi du 28 juin 1938 constitua une première étape dans l'organisation de la copropriété. Les décisions relevant de la compétence de l'assemblée pouvaient être adoptées à la majorité, le syndicat des copropriétaires bénéficiait d'un privilège sur les lots et la clause compromissoire permettait de régler les contentieux de manière accélérée. Malgré ces efforts, la loi du 28 juin 1938 demeurait encore trop marquée par l'individualisme : son statut n'était pas impératif et le règlement de copropriété

constructions. S'agissant de la propriété « du dessous », une loi de Gratien et Valentinien II (C., 2, 7, 3) à l'époque du Bas-Empire, admet que celui qui trouve un filon peut l'exploiter sans être propriétaire du sol. Il s'agit toutefois de simples exceptions particulières ne remettant pas en cause le principe général et qui, à l'époque, ne permettaient pas de justifier la division de la propriété d'un immeuble.

⁷⁸ À Rennes, sa naissance est liée au grand incendie de 1720 qui bouleversa les plans de la ville : l'élargissement souhaité des voies réduisit le nombre de terrains constructibles de sorte que les rennais furent contraints de construire en hauteur. En Corse, la copropriété s'installa en raison de l'occupation des Génois qui connaissaient ce système. De manière plus générale, la copropriété se développa partout où, en raison de la pauvreté il était plus facile pour les habitants de devenir propriétaires d'une partie de la maison que de la maison entière.

⁷⁹ Ancien art. 664 C. civ. : « Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparation et de reconstruction, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit, le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui et ainsi de suite. »

⁸⁰ À la différence qu'elle n'a pas vocation à disparaître

n'était pas obligatoire. Le décret n° 55-522 du 4 janvier 1955, relatif à la publicité foncière, organisa l'opposabilité des règlements de copropriété aux tiers en imposant leur publication au bureau des hypothèques du lieu de situation de l'immeuble⁸¹.

Une étape décisive fut franchie avec l'adoption de la loi n°66-557 du 10 juillet 1965, qui marqua un réel effort de promotion de l'intérêt collectif tout en maintenant la protection des intérêts individuels. Ainsi que le souligne le Professeur Larroumet, « *le législateur n'a voulu ni sacrifier l'individuel au collectif, ni le collectif à l'individuel. Son originalité est d'avoir réalisé un compromis* »⁸². L'apport essentiel de la loi du 10 juillet 1965 est d'avoir doté la copropriété d'un véritable statut : le principe de distinction des parties privatives et des parties communes est maintenu, le règlement de copropriété est obligatoire et publié, le principe de répartition des charges de copropriété et ses modalités sont adoptés, les pouvoirs du syndicat, statuant à la majorité, sont augmentés. Pour autant, les intérêts individuels ne sont pas laissés de côté⁸³.

19. Depuis la loi du 10 juillet 1965, le législateur s'est efforcé de concilier l'individualisme du copropriétaire - et la protection de ses droits face à la collectivité - avec l'intérêt général et la possibilité pour la collectivité d'imposer aux copropriétaires les conséquences des décisions prises collégialement. La loi du 31 décembre 1985⁸⁴ a ainsi renforcé la protection des copropriétaires par l'institution obligatoire du conseil syndical et a abaissé certaines conditions de majorité, facilitant

⁸¹ Art. 35-6° D. 4 janvier 1955.

⁸² LARROUMET Ch., *L'intérêt collectif et les droits individuels des copropriétaires dans la copropriété des immeubles bâtis*, JCP 1976, éd. G., I, 2812. L'auteur poursuit en regrettant toutefois que le législateur ait abouti à un compromis « à défaut d'un équilibre véritable, ce qui, dans certains cas, risque d'aboutir à une impasse ».

⁸³ Ch. LARROUMET, chron. précit., « *dans tout groupement, on ne saurait trop sacrifier l'individuel au collectif, au risque de créer une tension insupportable entre les membres du groupement* ». De surcroît, « *aucun copropriétaire n'accepterait de nos jours de sacrifier l'ensemble de ses intérêts égoïstes à l'intérêt collectif, essentiellement parce que l'instinct de la propriété est aussi développé dans la copropriété que dans la propriété privative et que la mentalité et le comportement d'un copropriétaire sont beaucoup plus ceux d'un propriétaire que d'un associé, ce qui accentue la volonté des membres du groupe de faire prévaloir leurs intérêts individuels au sein du groupement* ».

⁸⁴ Loi n° 85-1470 du 31 décembre 1985, pub. JORF 1^{er} janvier 1986.

ainsi la prise de décision, tandis que la loi du 13 décembre 2000⁸⁵ a notamment imposé au syndicat des copropriétaires d'adopter chaque année un budget prévisionnel et fixé des règles strictes de suivi des comptes garantissant ainsi aux copropriétaires une plus grande transparence.

Le statut actuel de la copropriété s'est progressivement construit au rythme d'interventions législatives qui ont toutes cherché à accroître l'intérêt collectif tout en sauvegardant les droits individuels. Pour garantir le respect de ce compromis, le législateur de 1965 a doté ce nouveau statut d'un caractère impératif, qui est sans doute le premier facteur d'inadaptation du statut de la copropriété. Le domaine de la loi étant impératif, la plupart des centres commerciaux détenus par plusieurs entités se trouvent en effet assujettis au statut de la copropriété (A) et soumis à des règles impératives le plus souvent inadaptées, le régime légal de la copropriété n'ayant pas été créé initialement pour ce type d'immeuble, mais pour des immeubles à usage d'habitation (B).

A - L'assujettissement contraint des centres commerciaux au statut de la copropriété

1°) Le champ d'application légal du statut de la copropriété

20. Domaine impératif. - Le champ d'application du statut de la copropriété est défini à l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965 qui dispose : « *la présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part de parties communes. À défaut de convention contraire créant une organisation différente, la présente loi est également applicable aux ensembles immobiliers qui, outre des terrains, des aménagements et des services communs, comportent des parcelles, bâties ou non, faisant l'objet de droits de propriété privés* ».

⁸⁵ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, pub. JORF 14 décembre 2000.

Le domaine du statut de la copropriété est binaire. Bien que l'article 1^{er} ne figure pas dans la liste énoncée à l'article 43⁸⁶ comme étant d'ordre public, le caractère impératif de l'alinéa 1^{er}, déjà affirmé par la doctrine, a été confirmé par un arrêt du 15 novembre 1989⁸⁷ qui énonce sans équivoque que « *le statut de la copropriété s'applique de plein droit dès lors que sont remplies les seules conditions prévues par l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965* ».

21. Conditions légales d'application. - Le statut de la copropriété des immeubles bâtis tel qu'il résulte de la loi du 10 juillet 1965 a vocation à s'appliquer impérativement dès lors que trois conditions sont réunies : existence d'un immeuble bâti ou d'un groupe d'immeubles bâtis, pluralité de copropriétaires et division de l'immeuble en lots.

La notion d'immeuble bâti renvoie à un immeuble entier, divisé en lots, communément appelé « *copropriété verticale* » par opposition à la copropriété dite « *horizontale* » qui s'applique aux groupes d'immeubles⁸⁸. La copropriété suppose ensuite qu'il y ait au moins deux propriétaires de parties d'immeuble distinctes. Le régime de la copropriété s'impose enfin si l'immeuble est divisé en parties privatives - sur lesquelles les copropriétaires exercent un droit de propriété exclusif - auxquelles sont attachées des quotes-parts de parties communes, objets d'un droit indivis de l'ensemble des copropriétaires.

22. Application aux centres commerciaux. – Bien que son application soit rarement souhaitée en pratique pour les raisons que nous évoquerons plus tard et qui tiennent essentiellement à la rigidité du régime imposé par la loi du 10 juillet 1965, le

⁸⁶ « *Toutes clauses contraires aux dispositions des articles 6 à 37, 42 et 46 et celles du décret prises pour leur application sont réputées non écrites.* »

⁸⁷ Cass. 3^{ème} civ., 15 novembre 1989, Bull. civ. III, n°213, p.117.

⁸⁸ À la différence du lotissement, ce qui caractérise ce dernier type de copropriété est le fait que le terrain d'assiette de l'ensemble des bâtiments appartient indivisément aux copropriétaires. Aucun droit exclusif de propriété ne leur est reconnu sur le sol.

régime de la copropriété s'avère parfois incontournable. Ainsi, lorsque le promoteur de centres commerciaux KLEPIERRE entreprit le rachat des galeries marchandes de CARREFOUR au début des années 2000, il se trouva confronté à une demande du distributeur - soucieux de conserver la propriété des murs des hypermarchés - de scinder les centres commerciaux et de créer deux entités distinctes : l'hypermarché d'une part et la galerie marchande d'autre part. Les conditions de l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965 étaient réunies : existence d'un immeuble bâti, pluralité de copropriétaires et division de l'immeuble en lots, le parking et le mail constituant notamment les parties communes de l'ensemble. Le statut de la copropriété s'imposait, quand bien même les protagonistes de l'opération auraient souhaité l'écarter.

2°) *L'implacable pouvoir d'attraction du statut de la copropriété*

23. Compte tenu de son caractère impératif, le statut de la copropriété s'impose parfois contre le gré de propriétaires désireux de trouver les moyens de s'y soustraire.

À cet égard, le caractère supplétif de l'alinéa 2 de l'article 1^{er}, spécifique aux « *ensembles immobiliers* » constitue une opportunité envisageable⁸⁹. Ce texte subordonne la mise à l'écart du statut impératif de la copropriété à l'existence d'un ensemble immobilier d'une part et à la mise en place d'une organisation différente par les parties d'autre part.

24. Compte tenu de l'enjeu, la question s'est posée de savoir quelle était la définition exacte de « *l'ensemble immobilier* » et surtout quels étaient les critères de distinction entre cette notion et celle de « *groupe d'immeubles bâtis* », qui relève, quant à elle, du régime impératif. Dès la promulgation de la loi, peu prolixe sur le

⁸⁹ L'adjonction de ce texte est liée au souhait exprimé par les parlementaires de l'époque d'introduire un corps de règles extensible aux grands ensembles immobiliers, applicable en l'absence de dispositif prévu par les parties.

sujet, la doctrine a avancé des pistes de réflexion. Le critère retenu aujourd'hui est celui de l'homogénéité, critère proposé à l'époque par Monsieur Sizaire⁹⁰ et repris par Monsieur Cabanac⁹¹. L'homogénéité caractériserait les immeubles ou groupes d'immeubles bâtis sur un même tènement, sur lequel tous les propriétaires auraient des droits de propriété indivis. Les ensembles immobiliers se caractériseraient au contraire par leur hétérogénéité : éclatement de la propriété du sol et indépendance de constructions, avec le plus souvent, des équipements communs. Reprenant les travaux préparatoires de la loi, Madame Kischinewsky-Broquisse⁹² approuve cette distinction exégétique, conforme à l'exposé des motifs du texte⁹³ qui, rappelle-t-elle, précise : « *l'ensemble immobilier résulte du fait que, même s'il existe une organisation commune, certains copropriétaires ou groupes de copropriétaires, ont des droits réels exclusifs sur certaines parcelles de terrains* ».

Échapper au statut impératif suppose également qu'une « *convention contraire créant une organisation différente* » ait été mise en place par les parties. Cette notion a également fait l'objet de réflexion, la loi n'en donnant aucune définition. L'organisation différente peut-elle être le fruit de l'imagination des parties et de leurs conseils ou ces derniers doivent-ils choisir une organisation déjà existante ? Dans le silence des textes, la doctrine estime que la liberté contractuelle offre aux praticiens toute latitude pour « *inventer* » une organisation différente⁹⁴. Dans la plupart des cas cependant, la pratique se rattache à des dispositifs existants, de sorte que

⁹⁰ « *A côté d'un terrain et d'éléments communs ou bien superposés à ceux-ci, il existe des propriétés ou des copropriétés particulières. L'ensemble immobilier est juridiquement hétérogène* », V^{es} Journées d'études du C.N.E.I.L., 22-23 nov. 1965, p. 2, cité par Madame KISCHINEWSKY-BROQUISSE.

⁹¹ « *Un groupe d'immeubles bâtis se caractérise par son homogénéité ; un ensemble immobilier, par sa nature hétérogène. C'est là le critère, le principal directeur qui permet de distinguer les deux situations.* » « *Les ensembles immobiliers et le nouveau statut de la copropriété* », Inf. rap. copopr. mai 1966, p.66 et « *Les ensembles immobiliers et la loi du 10 juillet 1965* », Gaz. Pal. 1966, 1, doct., p. 117.

⁹² Ouvrage précit., n° 62.

⁹³ Projet de loi n° 1074, Ass. Nat., p. 6.

⁹⁴ LEBATTEUX P. & BARNIER-SZTABOWICZ J., *Les ensembles immobiliers et l'adoption d'une organisation différente*, Administrer, juin 1994, p. 9.

l'organisation résultera le plus souvent soit de l'application de la réglementation relative aux lotissements (cahier des charges, règlement), soit des statuts et cahiers des charges d'une association syndicale telle que celle-ci est définie par l'ordonnance du 1^{er} juillet 2004⁹⁵.

25. Dans deux arrêts marquants en date du 15 décembre 1993⁹⁶, la Cour de cassation n'a pas manqué de rappeler l'exigence de la réunion de ces deux conditions pour permettre d'échapper au statut impératif de la loi de 1965. L'une des espèces est particulièrement significative de la volonté de la Cour de cassation de respecter le texte de la loi. En l'espèce, un promoteur avait créé un lotissement et prévu qu'une association syndicale serait créée ultérieurement. Cette association syndicale n'ayant jamais été créée, la Cour de cassation en déduit qu'« à défaut de convention contraire créant une organisation différente, la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis est applicable aux ensembles immobiliers ». Ainsi que le soulignent deux commentateurs, « il en eût été totalement différemment si le promoteur avait prévu par exemple que les propriétaires seraient regroupés de plein droit au sein d'une association syndicale libre dont les statuts auraient été joints aux actes d'acquisition »⁹⁷.

Nous mesurons la force d'attraction du statut impératif de la copropriété et, par ricochet, l'extension de son domaine.

26. En conclusion, nous sommes contraints d'admettre que, hormis les cas où ils feraient l'objet d'une division en volumes régulière⁹⁸, les centres commerciaux dans

⁹⁵ Dans certaines hypothèses non marginales, les parties placeront même volontairement l'ensemble immobilier sous le régime de la copropriété tant « cette organisation présente l'avantage d'être connue, pratiquée depuis longtemps et forme un système cohérent et durable », note Madame KISCHINEWSKY-BROQUISSE dans son ouvrage précité, 62.

⁹⁶ Cass. 3^{ème} civ. 15 déc. 1993, Bull. civ. III, n° 170 p. 112 et Bull. civ. III, n° 171, p. 171.

⁹⁷ LEBATTEUX P. & BARNIER-SZTABOWICZ J., note précitée.

⁹⁸ Voir sur ce point les développements ultérieurs consacrés aux limites de la division en volumes.

lesquels il est reconnu à deux personnes au moins un droit de propriété sur les cellules sont obligatoirement assujettis au statut de la copropriété. Ce fort pouvoir d'attraction du statut de la copropriété ne poserait pas de difficultés particulières si son régime était adapté au fonctionnement des centres commerciaux. Or, nous constatons que tel n'est pas le cas.

B - L'application impérative de règles inadaptées aux centres commerciaux

27. En matière de copropriété, parvenir à un équilibre entre les droits individuels des copropriétaires et l'intérêt de la collectivité s'apparente à la quête du Saint Graal. C'est pourquoi le législateur de 1965, conscient des obstacles franchis, souhaita préserver le compromis auquel il estimait être parvenu en dotant la majorité des dispositions du nouveau régime d'un caractère impératif⁹⁹.

Le domaine du statut de la copropriété est très large. L'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965 ne tenant pas compte de l'affectation de l'immeuble, le régime s'applique de la même façon à un immeuble d'habitation situé en centre-ville ou à un centre commercial. En conséquence, de nombreuses règles découlant du statut de la copropriété ne sont pas appropriées à notre matière. Sans entrer dans le détail du fonctionnement de la copropriété, nous évoquerons à titre d'illustration les inadaptations liées au formalisme rigide, au mode de répartition des charges inapproprié et à la difficulté de maîtriser la vente des cellules du centre commercial.

⁹⁹ L'article 43 répute d'ordre public les articles 6 à 37, 42 et 46 de la loi du 10 juillet 1965.

1°) Un formalisme rigide

28. Le formalisme rigide de la loi du 10 juillet 1965 est sans doute l'un des facteurs les plus importants de son inadaptation aux centres commerciaux. L'analyse des quelques exemples suivants permettra d'illustrer notre propos.

29. Règles strictes de convocation aux assemblées générales. - L'extrême rigueur du statut se mesure par exemple dans les règles de convocation des copropriétaires aux assemblées générales. L'initiative de la convocation d'une assemblée générale différente de l'assemblée annuelle appartient au syndic sur demande expresse soit du conseil syndical, soit d'un ou plusieurs copropriétaires représentant au moins le quart des voix de l'ensemble, à moins que le règlement de copropriété n'en dispose autrement¹⁰⁰. Le pouvoir d'initiative individuel est donc anéanti. La convocation doit en outre avoir été adressée au moins vingt-et-un jours avant la date fixée pour la réunion de l'assemblée. Le règlement de copropriété peut prévoir un délai plus long mais pas moindre¹⁰¹, sauf notamment en cas d'urgence, cette dernière étant caractérisée par la sauvegarde matérielle ou juridique de l'immeuble uniquement¹⁰². Or dans un centre commercial, l'urgence peut être caractérisée par une atteinte non pas à l'immeuble mais à son exploitation, lorsque par exemple un événement est de nature à remettre en cause l'autorisation d'équipement commercial du centre. Ce cas d'urgence n'est pas prévu par les textes.

30. Travaux sur les parties communes soumis à autorisation. - Indépendamment des situations d'urgence, la vie quotidienne d'un centre commercial

¹⁰⁰ Art. 7, al. 1^{er} D. 17 mars 1967.

¹⁰¹ Art. 9, al. 2 D. 17 mars 1967.

¹⁰² L'article 25-11 de la loi du 10 juillet 1965 autorise également la convocation d'une deuxième assemblée générale dans un délai maximum de trois mois lorsqu'une première assemblée, appelée à se prononcer sur l'une des questions qui requiert la majorité absolue, n'a pas pu prendre de décision.

impose aux exploitants de réaliser certains travaux de conservation ou d'amélioration. Dès lors que ces travaux affectent les parties communes ou l'aspect extérieur de l'immeuble, ils ne peuvent être exécutés qu'à condition d'avoir été autorisés à la majorité des voix de tous les copropriétaires ainsi que le prescrit l'article 25 b) de la loi du 10 juillet 1965¹⁰³. Si ces travaux comportent transformation, addition ou amélioration, ils relèvent de la double majorité de l'article 26¹⁰⁴.

Ces hypothèses ne sont pas théoriques. Ainsi de simples travaux comme le raccordement à une canalisation commune, la peinture d'une devanture ou une modification de l'enseigne d'un magasin devront être préalablement autorisés par une assemblée générale et idéalement la décision devra être purgée de tout recours. Or, compte tenu du formalisme imposé par la loi du 10 juillet 1965 pour la réunion des assemblées générales, l'opposabilité des décisions et les délais de recours, il peut se dérouler plusieurs semaines entre la prise de décision d'entamer des travaux et leur réalisation effective, pendant lesquelles l'exploitation d'un local peut être affectée ou l'image du centre ternie. Pour limiter cet effet néfaste, certains rédacteurs ont imaginé d'inclure dans le règlement de copropriété des clauses permettant aux copropriétaires de réaliser certains travaux sans obtenir d'autorisation préalable de l'assemblée générale. La Cour de cassation a toutefois invalidé ces clauses¹⁰⁵.

31. Sévérité de la sanction. - La rigidité du système est en outre renforcée par sa sanction. Toutes ces règles étant d'ordre public, leur irrespect fait encourir la nullité à l'ensemble des délibérations. Or l'exercice de l'action en nullité est relativement aisé.

¹⁰³ Article 25 b) de la loi du 10 juillet 1965 : « Ne sont adoptées qu'à la majorité des voix de tous les copropriétaires les décisions concernant : b) l'autorisation donnée à certains copropriétaires d'effectuer à leurs frais des travaux affectant les parties communes ou l'aspect extérieur de l'immeuble, et conformes à la destination de celui-ci ».

¹⁰⁴ L'article 26 de la loi du 10 juillet 1965 prescrit en ce cas que les décisions doivent être prises à la majorité des membres du syndicat représentant au moins les deux tiers des voix.

¹⁰⁵ Cass. 3^{ème} civ. 9 février 1982, JCP G 1982, IV, 151 « Qu'après avoir retenu que les clauses litigieuses autorisant le G... des « combles et mansardes » à se clore et à rehausser la toiture impliquaient l'exécution de travaux sur les parties communes, lesquels, conformément aux dispositions d'ordre public de l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965, devaient être autorisés par l'assemblée générale, la Cour d'appel a justement décidé que ces clauses devaient être réputées non écrites en application des articles 25b et 43 de la loi du 10 juillet 1965. »

L'article 42 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965 ouvre l'action aux copropriétaires opposants ou défaillants, c'est-à-dire non présents à l'assemblée générale, à condition qu'ils l'exercent dans le délai de deux mois à compter de la notification des décisions qui leur en est faite par le syndic, cette notification devant elle-même intervenir dans le délai de deux mois de la tenue de l'assemblée générale. En annulant des décisions d'assemblée générale au motif qu'une délibération n'avait pas été portée à l'ordre du jour¹⁰⁶ ou que les règles de convocation de l'assemblée n'avaient pas été respectées¹⁰⁷, la jurisprudence a contribué à accentuer la rigueur implacable du système. Pourtant, cette rigidité est source de blocage. En effet, le demandeur à l'action en nullité n'a pas à justifier d'un grief pour agir. Il lui suffit de faire constater par le juge l'irrespect d'une disposition d'ordre public, même bénigne. Ces règles constituent un facteur de paralysie du fonctionnement de l'ensemble immobilier, la copropriété étant ainsi à la merci d'un copropriétaire mal intentionné. Dans un ensemble immobilier affecté à usage commercial, cette hypothèse est loin d'être théorique et le risque est grand de voir ainsi porter sur le terrain de la procédure, des règlements de compte émanant de commerçants animés d'une rancœur à l'encontre de la collectivité pour toute autre raison.

2°) *Un mode de répartition des charges communes inapproprié*

32. Caractère impératif du mode de répartition des charges générales. -

L'article 10 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit que les charges générales sont réparties entre les copropriétaires au prorata des tantièmes de copropriété afférents à leurs lots, eux-mêmes attribués en tenant compte, conformément à l'article 5 de la loi, de « *la consistance, de la superficie, et de la situation des lots, sans égard à leur utilisation* »¹⁰⁸. Si les dispositions de l'article 5 sont supplétives, l'article 10 figure

¹⁰⁶ Cass. 3^{ème} civ. 14 juin 1984, Rev. Administrer 1985, n° 154, p. 22.

¹⁰⁷ Cass. 3^{ème} civ., 14 janvier 1998, AJDI 1998, p. 1070.

¹⁰⁸ Art. 5 L. 10 juillet 1965.

quant à lui au nombre des dispositions d'ordre public visées par l'article 43 de sorte que tous les copropriétaires ont l'obligation de contribuer aux charges communes au prorata des tantièmes attachés à leurs lots. Toute modification ultérieure requiert en principe le consentement unanime des copropriétaires ou l'intervention du juge¹⁰⁹.

33. Inadaptation aux centres commerciaux. - Les critères de calcul des tantièmes ne sont pas pertinents dans un centre commercial. Le critère de la surface par exemple, considéré comme l'élément le plus important, le plus simple et le plus incontestable, est très défavorable aux grandes surfaces du centre. Le cas de l'hypermarché est certainement le plus frappant. Dans de nombreux cas, l'hypermarché, réserves comprises, représente une surface nettement supérieure à celle de l'ensemble des surfaces des cellules du centre commercial. Si cette surreprésentation peut lui être favorable au plan du pouvoir décisionnaire¹¹⁰, la contrepartie financière est lourde. En outre, il convient de ne pas surestimer le pouvoir de décision. En effet, la loi du 10 juillet 1965 a introduit un mécanisme correcteur, dit « *de la main dominante* ». En vertu de l'article 22, alinéa 2, « *lorsqu'un copropriétaire possède une quote-part des parties communes supérieure à la moitié, le nombre de voix dont il dispose est réduit à la somme des voix des autres copropriétaires* ». Le parallélisme de ce mécanisme correcteur n'ayant pas été introduit au plan financier, la pratique a imaginé d'attribuer un coefficient de pondération des surfaces ayant pour effet d'« *entraîner une dotation au mètre carré de superficie plus faible pour les grandes surfaces du centre que pour les surfaces petites ou moyennes* »¹¹¹.

¹⁰⁹ Art.11 L.10 juillet 1965. La révision par l'assemblée générale est toutefois admise dans des hypothèses très précises : lorsque des travaux ou des actes de disposition sont décidés par l'assemblée générales statuant à la majorité exigée par la loi, la modification de la répartition des charges ainsi rendue nécessaire peut être décidée par l'assemblée générale statuant à la même majorité. Également, en cas d'aliénation séparée d'une ou plusieurs fractions d'un lot, la répartition des charges entre ces fractions est, lorsqu'elle n'est pas fixée par le règlement de copropriété, soumise à l'approbation de l'assemblée générale statuant à la majorité prévue à l'article 24. Enfin, l'article 11, alinéa 3 prévoit la possibilité d'un recours au juge lorsque, dans les hypothèses visées ci-avant l'assemblée générale a refusé de procéder à la modification de la répartition des charges.

¹¹⁰ L'article 22, alinéa 2 dispose que « *chaque copropriétaire dispose d'un nombre de voix correspondant à sa quote-part dans les parties communes* ».

¹¹¹ « *Le monde à part des centres commerciaux* », Bouyeure J-R et Barbier J-D, Administrer, juillet 2003, p. 21 s.

34. Incertitude quant à la validité de la méthode de pondération des surfaces.

- Compte tenu du caractère impératif de l'article 10, la question s'est posée de savoir si un tel système encourait la sanction de l'article 43 – qui répute non écrite toute clause contraire - ou s'il pouvait faire l'objet d'une action en révision pour lésion de plus du quart, prévue à l'article 12, possible dans les cinq ans de la publication du règlement de copropriété ou dans les deux ans de la première vente du lot de copropriété. À notre connaissance, la jurisprudence n'a pas encore pris position sur cette question en ce qui concerne le cas particulier des centres commerciaux. Nous pouvons néanmoins transposer la solution adoptée dans le cadre d'une copropriété de centre-ville¹¹². En l'espèce, un copropriétaire estimait qu'à la suite d'une erreur importante dans le calcul des superficies du lot lui appartenant, les tantièmes de parties communes étaient erronés et que par conséquent la répartition des charges n'était pas conforme à l'article 10 de la loi du 10 juillet 1965. Au soutien de l'action qu'il intenta, il invoqua l'article 43 de la loi qui répute non écrite toute clause relative à la répartition des charges non conforme à l'article 10. Dans un attendu clair et pédagogique, la Cour de cassation refusa d'accueillir sa demande en rappelant que *« selon le règlement de copropriété, les charges communes générales étaient réparties entre les copropriétaires dans les mêmes proportions que leurs droits de propriété et qu'ainsi les principes légaux de répartition des charges étaient respectés, même si la pondération appliquée n'apparaissait pas à la SCI conforme à la réalité des critères d'utilité, la cour d'appel en a exactement déduit que seul le quantum du coefficient de pondération était remis en cause et non la légalité de la répartition des charges. Les conditions de l'action en nullité de la clause de répartition engagée par la SCI sur le fondement de l'article 43 n'étaient pas remplies mais la SCI aurait dû, dans les délais légaux, exercer l'action en révision de la répartition, prévue à l'article 12 de la loi »*. En d'autres termes, dès lors que les charges sont réparties au prorata des tantièmes de parties communes générales,

¹¹² Cass. 3^{ème} civ. 12 janvier 2000, n° 98-16848, non publié au Bulletin.

conformément à l'article 10, aucune action ne peut être engagée. Toutes discussions intéressant le quantum de cette répartition dépendent de l'article 12 qui offre au copropriétaire la possibilité de poursuivre en justice la révision de la répartition des charges¹¹³.

S'agissant de la méthode de pondération des surfaces appliquée dans les centres commerciaux, nous pouvons en déduire que celle-ci encourt éventuellement uniquement le risque d'une action en révision, à condition que le règlement de copropriété ait effectivement réparti les charges communes entre les copropriétaires au prorata des tantièmes attribués à leurs lots. Ce risque d'action en révision n'est toutefois pas seulement théorique. Ainsi que le souligne Monsieur Alain KOENIG¹¹⁴, « *la puissance et l'importance économique des grandes surfaces leur permettent d'obtenir du promoteur une pondération à la baisse des charges de copropriété* ». Le géomètre chargé de calculer la répartition des tantièmes de copropriété et le notaire rédacteur du règlement de copropriété doivent donc être vigilants sur la pondération demandée par la grande surface afin d'éviter l'action en révision pour lésion de l'article 12.

3°) La difficulté de maîtriser la vente des cellules commerciales

35. Nécessité de maîtriser la vente des cellules. - Ainsi qu'il a déjà été souligné, le potentiel d'attractivité d'un centre commercial repose notamment sur la personne même des commerçants. Que l'un d'entre eux refuse d'adhérer à la politique commune, ou bien qu'il renonce à fournir les efforts nécessaires pour attirer la clientèle en préférant compter sur le dynamisme des autres et c'est l'ensemble des commerçants du centre qui risque d'en pâtir. Afin de lutter contre ce type de

¹¹³ Si la part correspondant à son lot est supérieure de plus d'un quart, ou si la part correspondant à celle d'un autre copropriétaire est inférieure de plus d'un quart. L'action est enfermée dans le délai de cinq ans de la publication du règlement de copropriété au fichier immobilier ou avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la première mutation à titre onéreux intervenue depuis la publication du règlement de copropriété.

¹¹⁴ KOENIG A., « *Commerce, distribution, franchise et copropriété : mariage contre nature ?* », Defrénois 1996, art. 36398, p. 18 et s.

comportements, deux méthodes sont envisageables : la première consiste à contrôler l'entrée de nouveaux commerçants afin d'éviter « *l'entrée du loup dans la bergerie* », la seconde à mettre à l'écart un commerçant indésirable. Le régime de la copropriété tel qu'il résulte de la loi du 10 juillet 1965 ne facilite pas l'application de telles méthodes.

36. Condamnation jurisprudentielle des droits de préemption et clauses d'agrément dans les règlements de copropriété. – Ce contrôle peut s'exercer de plusieurs façons. La stipulation, dans le règlement de copropriété, d'un droit de préférence ou d'un droit de préemption au profit des autres copropriétaires en cas de vente d'un lot ou bien la stipulation d'une clause d'agrément de l'acquéreur offrirait aux copropriétaires installés dans le centre commercial les moyens d'en contrôler l'entrée. Ces stipulations constituent toutefois des restrictions au droit de disposer des copropriétaires¹¹⁵. Compte tenu du caractère impératif de l'article 8 alinéa 2 qui dispose que le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en-dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, la question se pose de savoir si une telle stipulation peut être justifiée par la destination de l'immeuble.

Il pourrait être soutenu que la réussite d'un centre commercial suppose une sélection des commerçants et qu'en conséquence la destination particulière de ce type d'ensemble immobilier justifie la mise en place de dispositifs limitant les droits individuels des copropriétaires lorsque c'est l'équilibre de la copropriété qui est menacé par l'arrivée de nouveaux membres. Toutefois, ce mode de raisonnement a été battu en brèche par la jurisprudence. Dans un arrêt en date du 29 mai 1979¹¹⁶, la Cour de cassation a considéré que « *la clause qui a pour effet d'obliger le*

¹¹⁵ S'agissant du pacte de préférence plus particulièrement, la Cour de cassation a pris position dans un arrêt en date du 4 mars 1971 relatif à la publicité foncière en énonçant que le pacte de préférence portant sur un immeuble constitue une restriction au droit de disposer (Bull. civ. III, n° 164 ; D. 1971, 358)

¹¹⁶ Cass. 3^{ème} civ. 29 mai 1979, D. 1979, p. 548, note E.F.

propriétaire d'un lot à le vendre à un acquéreur qu'il n'a pas choisi constitue une restriction à son droit de libre disposition de son lot » et l'a annulée sur le fondement de l'article 43. En ne faisant pas référence à la notion de destination de l'immeuble dans cet attendu de principe, la Cour de cassation semble écarter l'idée que celle-ci puisse justifier une quelconque restriction au droit de tout copropriétaire de disposer librement de son lot. Cette décision repose sur un raisonnement initié par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 17 juillet 1972¹¹⁷, aux termes duquel la Cour régulatrice, combinant les alinéas 2 et 9 de l'article 8, selon lesquels chaque copropriétaire dispose de son lot, a décidé que chaque copropriétaire a le droit de disposer librement de son lot, qui est distinct et indépendant de tout autre lot de l'immeuble et que la notion de destination de l'immeuble au sens de ces textes ne concerne que l'usage et la jouissance des lots.

En d'autres termes pour la Cour de cassation, la notion de destination de l'immeuble ne saurait justifier aucune limite au droit d'un copropriétaire de disposer librement de son lot. Si la solution est désormais acquise en droit positif, il n'en demeure pas moins qu'elle nous semble critiquable à plusieurs points de vue.

37. Appréciation de la position jurisprudentielle. - D'un point de vue exégétique tout d'abord, ainsi que l'a souligné le Professeur Christian Atias¹¹⁸, la combinaison des dispositions de l'article 8, alinéa 2 et de l'article 9 n'est pas évidente car *« la loi ne dit pas que la destination de l'immeuble peut seulement justifier des restrictions de l'usage et de la jouissance des locaux. C'est pourquoi il est impossible de procéder par affirmation : la pétition de principe doit être soigneusement évitée »*. Sur le plan du raisonnement, celui tenu par la Cour de cassation n'est par ailleurs pas infaillible. En effet, dans un arrêt ultérieur en date du 10 mars 1981¹¹⁹, la Cour de

¹¹⁷ Cass. 3^{ème} civ. 17 juillet 1972, Bull. civ. III, n° 463 ; D. 1972, p. 727, E.F.

¹¹⁸ ATIAS C., note sous CA Paris 1^{er} mars 1974, JCP G 1977, II 18740, au sujet d'une affaire similaire à celle traitée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 29 mai 1979

¹¹⁹ Cass. 3^{ème} civ., 10 mars 1981, D. 1981, IR p. 395, note Giverdon.

cassation s'est elle-même contredite en décidant qu'est valable « *la disposition (du règlement de copropriété) interdisant l'aliénation d'une partie d'un lot sauf décision de l'assemblée générale dès lors qu'il s'agit d'une copropriété d'importance réduite et que la destination de l'immeuble ne peut permettre une subdivision indéfinie des parties privatives* ». Ainsi, la Cour de cassation reconnaît-elle que la notion de destination de l'immeuble peut justifier une atteinte au droit d'un copropriétaire de disposer de son lot.

En conclusion, si le raisonnement de la Cour de cassation ne paraît guère convaincant, la solution peut sembler opportune dans une copropriété affectée à usage d'habitation où, comme le soutenait Monsieur Lombois¹²⁰ « *la copropriété n'est pas une communauté de personnes mais une communauté de lots* » et où il est important de préserver le droit de propriété de chacun des copropriétaires. En revanche dans un centre commercial, il nous semble que la situation des copropriétaires diffère. La copropriété n'est pas une simple communauté de lots, mais une communauté d'exploitants dont le but commun est la prospérité du centre commercial. Cette destination spécifique justifie à notre sens une entrave à la liberté de disposer, d'autant plus qu'une telle entrave n'est pas contraire au texte de la loi du 10 juillet 1965 mais seulement à l'interprétation controversée qu'en a faite la Cour de cassation. En conséquence, il pourrait être défendu que la clause d'agrément ou le pacte de préférence, dès lors qu'ils favorisent la réalisation de l'objectif commun, sont justifiés par la destination de l'immeuble et ne devraient pas être annulés.

S'il n'est pas possible d'insérer une clause organisant un droit de préférence dans le règlement de copropriété, une telle clause pourrait en revanche être stipulée dans les actes de vente eux-mêmes. Il serait ainsi prévu qu'en cas de vente d'un lot, le copropriétaire s'engage à en faire la proposition en priorité au syndicat des copropriétaires par exemple. En incluant cette clause dans tous les actes de vente, on

¹²⁰ LOMBOIS C., *Commentaire de la loi du 10 juillet 1965*, D.1966, p. 437

pourrait ainsi permettre aux autres copropriétaires de contrôler l'entrée de nouveaux commerçants Mais cette pratique a ses limites.

38. Inefficacité des droits de préemption stipulés dans les actes de vente. - En premier lieu, lorsqu'il est exercé, le droit de préemption aboutit au rachat par un ou plusieurs copropriétaires du lot mis en vente. Or, ce qui est recherché n'est pas la propriété d'un local supplémentaire, mais la faculté de contrôler la personne du cessionnaire et de la refuser si elle ne convient pas.

En deuxième lieu, le rachat du local peut également poser un problème d'affectation. Comme on l'a vu précédemment, il est important dans un centre commercial de veiller à la diversité des activités et donc de faire en sorte que l'affectation des lieux soit conservée au fil des cessions. Or, si le copropriétaire vendeur exerce une activité de boulanger, par exemple, il est peu réaliste que le fleuriste ou l'opticien du centre se porte acquéreur de ce local, sauf à en changer l'affectation. Par ailleurs, certaines activités sont soumises à des réglementations strictes (activité de débit de boisson ou de pharmacie par exemple). Il sera alors difficile de trouver, parmi les autres copropriétaires, un commerçant ayant toutes les compétences requises pour reprendre le local.

En troisième lieu, le droit de préférence est un mécanisme qui fonctionne en amont de la recherche d'un acquéreur. Le vendeur n'a pas l'obligation d'indiquer l'identité du tiers acquéreur pressenti. Il est seulement tenu de purger le droit de préférence stipulé dans son titre avant de vendre à un tiers. Mais une fois ce droit purgé, le vendeur peut librement vendre à l'acquéreur de son choix, pourvu que ce ne soit pas à des conditions plus favorables que celles proposées au(x) bénéficiaire(s) du droit de préférence. Dès lors, le pacte de préférence n'apparaît pas comme un mécanisme permettant de contrôler la personne de l'acquéreur.

À l'inverse, la jurisprudence admet la validité des clauses d'agrément insérées dans un bail commercial, même lorsque la cession du bail a lieu à l'occasion de la cession du fonds de commerce¹²¹. Certes, le refus du bailleur est alors soumis à contrôle judiciaire¹²², mais c'est finalement le seul moyen efficace nous semble-t-il, de contrôler l'entrée de nouveaux commerçants dans le centre commercial.

39. Illicéité des clauses d'exclusion. - Le régime de la copropriété n'autorise pas non plus l'exclusion d'un copropriétaire en infraction avec le règlement de copropriété. En effet, la clause d'un règlement de copropriété visant à forcer un copropriétaire à vendre en cas d'infraction audit règlement encourrait la nullité sur le fondement de l'article 545 du Code civil, lequel dispose que « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique* ». Une telle clause serait donc considérée comme une forme d'expropriation privée et serait inévitablement condamnée par le juge.

Dans le régime du bail commercial en revanche, l'article L.145-41 du Code de commerce admet la validité des clauses résolutoires en cas de manquement du preneur aux obligations issues du bail. Certes, l'application de ces clauses est fortement encadrée¹²³. Ainsi que le faisait remarquer un auteur, « *finalement, la clause ne joue pas si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge*¹²⁴ ». Il n'en demeure pas moins que ces clauses existent et qu'elles peuvent constituer un instrument de pression sur le preneur.

¹²¹ Cass. com. 14 janvier 1958, JCP 1958, 2, 10466. Une telle clause est jugée valide car ce n'est pas une clause d'interdiction mais une clause restrictive.

¹²² CA Paris, 16^{ème} ch.B, 6 janvier 1989, « *Sentier Saint-Fiacre c/ SARL JJ Deray* » : « *le cédant avait l'obligation, avant de passer l'acte, de demander l'agrément du bailleur, et, dans le cas d'un refus de ce dernier, le cédant aurait pu saisir le tribunal pour faire juger éventuellement le caractère abusif de ce refus* », RTD com. 1989, p.646s, obs. DERRUPPE.

¹²³ L'article L.145-41 C.com. précise que « *la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux* » et le preneur peut en outre obtenir un délai de grâce en invoquant l'article 1343-5 C.civ.

¹²⁴ RIPERT et ROBLOT, « *Traité de droit commercial* », tome 1, 14^{ème} éd. sous la direction de R. ROBLOT, n°397.

40. Conclusion. - L'extrême formalisme des règles de convocation, de vote, de calcul de répartition des charges, le recours très fréquent à la décision collective au détriment de l'initiative individuelle, constituent autant de facteurs de rigidité, sources de lenteurs et de blocages, difficilement compatibles avec le fonctionnement d'un centre commercial lequel requiert une réactivité et une souplesse de décision plus importantes. Consciente de cette inadéquation, la jurisprudence récente a initié quelques tentatives d'adaptation du statut de la copropriété. Pour diverses raisons que nous allons étudier, ces tentatives n'ont toutefois pas été couronnées du succès attendu.

§ 2 – L'échec des tentatives d'adaptation du statut de la copropriété aux centres commerciaux

41. Le régime de la copropriété introduit par la loi du 10 juillet 1965 n'est autre qu'un mode d'organisation de la propriété collective d'un immeuble. Or il existe deux façons d'appréhender un immeuble. L'une consiste à le considérer comme un bien figé, simple objet de droit. L'autre conception, que nous qualifierons par opposition de « *dynamique* », consiste à l'envisager comme une enveloppe, une enceinte au sein de laquelle se développe une activité professionnelle, industrielle ou commerciale. Cette seconde conception, dans laquelle « *l'immobilier est mis au service de l'entreprise* », ainsi que le décrit le Professeur Christian Atias¹²⁵, permet d'offrir un nouvel éclairage à la loi du 10 juillet 1965 et une nouvelle fonction à la notion de destination de l'immeuble.

42. La destination de l'immeuble est une notion délicate à cerner. L'article 8 alinéa 2 de la loi n'en donne pas de définition mais révèle sa fonction : « *le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation* ». La destination de l'immeuble apparaît ainsi comme la pierre angulaire du dispositif mis en place par la loi du 10 juillet 1965 car, selon la définition qui lui est donnée, les droits individuels des copropriétaires sont plus ou moins étendus.

43. À l'origine, la loi de 1965 a été adoptée pour organiser les immeubles d'habitation classiques et la notion de destination était utilisée essentiellement pour permettre de protéger le caractère bourgeois de certains édifices. Ainsi, certaines clauses, qualifiées « *d'habitation bourgeoise exclusive* », interdisent l'utilisation des

¹²⁵ Note sous Cass. 3^{ème} civ., 12 février 1997, IRC sept. 1997.

lots pour l'exercice d'une activité professionnelle, artisanale ou commerciale¹²⁶. Les modifications ultérieures de la réglementation en matière de copropriété et particulièrement l'obligation de mettre à l'ordre du jour de l'assemblée générale l'actualisation des règlements de copropriété¹²⁷, témoignent de la volonté de moderniser les règlements de copropriété, notamment en faisant disparaître ce type de clauses, déjà réputées désuètes et non écrites par la jurisprudence¹²⁸.

A contrario, si l'on adopte la conception dynamique de l'immeuble, la notion de destination connaît un regain d'intérêt puisqu'elle permet justement de tenir compte des spécificités des immeubles abritant une activité commerciale, industrielle ou artisanale, pour tenter d'assouplir le statut impératif.

A - Les tentatives d'adaptation du statut de la copropriété

44. Le recours à la notion de destination de l'immeuble a permis d'adapter ponctuellement le dispositif impératif de la loi du 10 juillet 1965 aux spécificités des centres commerciaux. Cette expérience se vérifie dans deux domaines en particulier : l'obligation d'adhérer à un groupement commun distinct des organes de la copropriété d'une part (1°) et l'organisation de la concurrence d'autre part, où la tentative d'adaptation s'est révélée moins efficace (2°).

¹²⁶ Cass. 3^{ème} civ. 16 mars 1983, D. 1984, I.R. p.382.

¹²⁷ Article 49 de la loi du 10 juillet 1965, issu de la loi SRU du 13 décembre 2000 : « Dans les cinq ans suivant la promulgation de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, l'assemblée générale décide, à la majorité prévue à l'article 24, les adaptations du règlement de copropriété rendues nécessaires par les modifications législatives depuis son établissement. La publication de ces modifications du règlement de copropriété sera effectuée au droit fixe. »

¹²⁸ Cass. 3^{ème} civ. 24 octobre 1990, Bull. civ. III, n°200.

1°) La validité des clauses d'adhésion obligatoire à un groupement commun distinct des organes de la copropriété : une tentative couronnée de succès

45. À la différence d'un centre-ville, l'activité dans un centre commercial s'exerce à deux niveaux. Outre l'action qu'ils mènent de façon indépendante dans leur propre local, les commerçants sont conduits à définir une stratégie globale, portant *a minima* sur l'animation et la publicité et à la mettre en œuvre en sanctionnant les éventuels manquements à la règle commune. La définition de cette règle collective est indispensable pour rationaliser l'activité du centre et éviter ainsi l'anarchie. Cependant la réussite d'une telle organisation suppose que les organes de décision puissent agir efficacement et sa légitimité implique que l'ensemble des commerçants exploitants soit représenté dans ces instances. Or il s'avère que les organes mis en place par la loi du 10 juillet 1965, syndicat des copropriétaires et assemblée générale, sont tout à la fois impuissants à fournir la souplesse requise pour permettre une prise de décision efficace¹²⁹ et non représentatifs des exploitants¹³⁰.

46. Dès lors la question se pose de savoir s'il est envisageable d'une part de créer un groupement distinct de ceux prévus par le législateur de 1965, rassemblant les exploitants du centre et d'autre part de renforcer l'efficacité du système en stipulant une obligation d'adhérer dans le règlement de copropriété afin que les copropriétaires y soient regroupés.

La réponse à cette question est affirmative depuis un arrêt important de la Cour de cassation en date du 12 février 1997¹³¹. La Cour suprême a confirmé qu'une clause du

¹²⁹ En effet, ainsi que nous l'avons vu précédemment, les règles relatives à la convocation aux assemblées générales et la rigidité des sanctions se révèlent inappropriées.

¹³⁰ Seuls les copropriétaires sont représentés dans ces instances.

¹³¹ C. cass. 3^{ème} civ. 12, février 1997, Bull. III, n°33, p. 20

règlement de copropriété obligeant tout acquéreur d'un lot de copropriété situé dans un centre commercial à souscrire des actions d'une société commerciale¹³² chargée de l'animation du centre est justifiée par la destination « *exclusivement commerciale* » de l'immeuble, celle-ci étant définie par le règlement de copropriété qui « *mettait l'accent sur la volonté d'une politique commerciale commune* ».

47. Dans un arrêt ultérieur¹³³, la Cour de cassation a étendu la portée de la solution en admettant la validité d'une clause par laquelle un copropriétaire qui n'a pas la qualité de commerçant peut contractuellement mettre à la charge de son locataire l'obligation d'adhérer, cette dernière étant justifiée par la destination particulière de l'immeuble. Au regard du droit de la copropriété, une telle solution, fondée sur l'article 8 qui n'autorise les restrictions aux droits des copropriétaires qu'à la condition qu'elles soient justifiées par la destination de l'immeuble, révèle que la destination spécifique du centre commercial a été prise en considération pour assouplir les règles du statut. Si l'on ne souhaite pas évincer le copropriétaire de l'organisation des relations commerciales dans le centre, il est également possible de prévoir, dans les statuts de la société d'animation, une obligation de cession de l'usufruit de l'ensemble des actions souscrites par le copropriétaire à l'exploitant. Pour parfaire le montage, il conviendra, ainsi que le permet la Cour de cassation¹³⁴, de supprimer le droit de vote du nu-propriétaire tout en veillant à ne pas l'empêcher de participer aux décisions collectives¹³⁵.

¹³² Le choix de la forme juridique du groupement est important. S'il est tout à fait possible de constituer une société de forme commerciale ou un groupement d'intérêt économique (GIE), la Cour de cassation a en revanche vidé de tout intérêt la constitution d'une association soumise à la loi du 1^{er} juillet 1901. En effet, dans un arrêt retentissant en date du 9 février 2001, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que « *hormis le cas où la loi en décide autrement, nul n'est tenu d'adhérer à une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 ou, y ayant adhéré, d'en demeurer membre* ».

¹³³ Cass. 3^{ème} civ. 18 décembre 2001.

¹³⁴ Cass. Com, 22 février 2005, D. 2005, somm. P. 1430, obs. Thullier, JCP éd. E, 2005, 1046, n°3, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.

¹³⁵ Ainsi que le rappellent Messieurs M. Cozian et A. Viandier et Madame F. Deboissy dans leur ouvrage collectif « Droit des sociétés » (Editions LexisNexis Litec 19^{ème} édition 2006, n° 315), le nu-propriétaire doit donc ainsi « *être convoqué aux assemblées, recevoir l'information préalable, assister aux assemblées et y exprimer un avis consultatif. Par suite, la clause des statuts selon laquelle l'usufruitier représente le nu-propriétaire pour toutes les décisions sociales, quel qu'en soit l'objet, n'est pas valable en ce qu'elle interdit l'accès du nu-propriétaire aux assemblées. Si l'on tient compte des règles du droit des biens, la suppression du droit de vote du nu-propriétaire ne devrait pas être possible lorsqu'est en cause la*

48. Transition. - En prenant appui sur la notion de destination de l'immeuble, la Cour de cassation autorise ainsi une adaptation salutaire du statut impératif de la copropriété aux spécificités du centre commercial. Cette adaptation est moins franche en ce qui concerne l'organisation de la concurrence dans le règlement de copropriété.

2°) La validité des clauses de non-concurrence insérées dans les règlements de copropriété de centres commerciaux isolés : un succès limité

49. Nécessité de maîtriser la concurrence. - Maîtriser la concurrence au sein d'un centre commercial est un impératif primordial pour deux raisons pratiques. La raison la plus fréquemment avancée est la suivante : la réussite d'un centre commercial suppose une diversité de commerces et d'activités afin d'attirer une clientèle nombreuse et variée. Cette raison est juste, mais elle n'explique pas pourquoi certains commerçants bénéficient parfois d'une véritable exclusivité. La deuxième raison est sans doute plus réaliste : l'exclusivité est en fait une exigence formulée de façon quasi systématique par certains commerçants, notamment ceux susceptibles d'attirer une clientèle plus nombreuse. C'est le cas par exemple des commerçants qui exercent leur activité sous une enseigne de renommée nationale. Ces exploitants subordonnent fréquemment leur implantation dans le centre à la garantie qu'ils seront les seuls à exercer leur activité. De son côté, le promoteur du centre est conscient du pouvoir attractif qu'une telle enseigne est susceptible de générer. Par conséquent, s'il souhaite attirer un franchisé, il lui est recommandé d'offrir à ce dernier la garantie qu'il demande, c'est-à-dire l'exclusivité. La technique la plus fréquente, car elle est aussi la plus efficace, est la stipulation d'une clause de non-concurrence. Une telle clause est définie comme étant « *une stipulation par*

substance de la chose ; ainsi en est-il de modifications statutaires importantes ou de la dissolution conventionnelle de la société ».

laquelle un contractant se prive de la faculté d'exercer pendant une certaine période et dans une aire géographique déterminée une activité professionnelle susceptible de concurrencer celle de l'autre »¹³⁶.

Compte tenu de ces nécessités pratiques, il est primordial que l'organisation juridique du centre commercial ne fasse pas obstacle à l'organisation de la concurrence. Or, sur cet aspect, le régime de la copropriété se révèle également inadapté.

50. Réserve de la destination de l'immeuble. - Dans le régime de la copropriété, tout copropriétaire dispose en principe du droit de jouir de son lot privatif comme il l'entend. S'agissant plus particulièrement de la jouissance d'un local à usage commercial, le copropriétaire a donc notamment le droit de déterminer librement l'activité qui y sera exercée. Comme nous l'avons déjà vu pour le droit de disposition, le droit de jouissance est également limité par l'article 9 alinéa 1^{er} qui dispose que « *chaque copropriétaire (...) use et jouit librement des parties privatives et des parties communes sous réserve de ne porter atteinte ni aux droits des autres copropriétaires ni à la destination de l'immeuble* » et par l'article 8, qui ajoute que « *le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation* ». L'étendue du droit du copropriétaire se définit donc, de manière négative, par référence à la notion de destination de l'immeuble. Plus celle-ci sera étendue et plus le droit de jouissance du copropriétaire sera limité.

Deux conceptions de la notion de destination de l'immeuble sont généralement proposées par la doctrine, l'une subjective et l'autre objective. Selon la première, la destination est « *l'usage auquel les copropriétaires ont entendu affecter leur immeuble en considération de ses aménagements matériels (...) propres à fixer le*

¹³⁶ *Vocabulaire Juridique*, publié sous la direction de Gérard Cornu, PUF, 12^{ème} éd., 2018.

niveau social des occupants, aménagements qui confèrent à cet usage des qualités spécifiques que les intéressés entendent conserver »¹³⁷. Cette conception, fondée uniquement sur l'expression de la volonté des parties à l'acte, rendrait possible la stipulation d'une clause de non-concurrence dans le règlement de copropriété. La seconde fonde en revanche la notion de destination de l'immeuble sur les caractères, l'implantation ou la situation de celui-ci. Ainsi, un immeuble essentiellement bourgeois implanté dans un quartier résidentiel ne pourrait voir s'implanter certains types d'activités tels qu'un bar de nuit par exemple. Ce type d'activité pourrait être refusé par les copropriétaires au motif qu'elle est contraire à la destination de l'immeuble telle que celle-ci est définie selon la conception objective.

Dans un arrêt en date du 16 juin 1971¹³⁸, la Cour de cassation a tranché la controverse en optant pour une conception objective de la notion de destination de l'immeuble. Le principe posé par la Cour suprême dans cet arrêt est la nullité des clauses de non-concurrence sur le triple fondement des articles 8 alinéa 2, 9 et 43¹³⁹ de la loi du 10 juillet 1965, car elles imposent « *aux droits des copropriétaires une restriction étrangère à la destination de l'immeuble* »¹⁴⁰. Ce principe a d'ailleurs été confirmé depuis¹⁴¹. Considérée comme étant justifiée tant au regard de la loi du 10 juillet 1965 que de son esprit, cette jurisprudence a reçu un accueil plutôt favorable en doctrine¹⁴².

¹³⁷ J.Cl.Civ. sous art. 664, fasc.IV, 1, n° 77, par G.VIGNERON

¹³⁸ Cass. 3^{ème} civ. 16 juin 1971 : JCP éd.G. 1971, II, 16854, concl. PAUCOT ; Gaz.Pal. 1971, 2, 746, note MORAND ; Rev.loy. déc.1971, p.542, note VIATTE ; D.1971, som., p.171.

¹³⁹ L'article 43 L.10 juillet 1965 répute non écrites « *toutes clauses contraires aux dispositions des articles 6 à 37, 42 et 46 et celles du décret prises pour leur application* »

¹⁴⁰ Pourtant, une réponse ministérielle avait confirmé qu'« *il n'apparaît pas contraire aux dispositions de l'article 8, alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965 qu'un règlement de copropriété restreigne les droits des copropriétaires des locaux d'un centre commercial* » (Rep. quest. écrite Min. Justice, J.O. Déb. Sénat 7 décembre 1967, p. 2151.

¹⁴¹ Cass. 3^{ème} civ. 27 mai 1971, JCP éd.G. 1971, II, n°16819, note GUILLOT ; Cass. 3^{ème} civ., 15 octobre 1974, JCP éd.G. 1974, II, n°17889, note GUILLOT.

¹⁴² CABANAC, *Règlement de copropriété et commerces, la clause de non-concurrence*, Inf. immob. Juin 1977, p. 18 ; SIZAIRE, *La loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis*, Rev. Ec. et Dr. Immob. 1966, n°17, p.59 ; B.PUILL, *L'activité commerciale dans la copropriété*, RTD com. 1979, p. 419 s., et les auteurs cités. Contra Gilles PAISANT, *Pour la validité des clauses de non-concurrence dans les règlements de copropriété*, RDI 1980, p. 117 et F. CHATELAIN et S. GAULTIER-LE CHATELIER, *La concurrence dans les centres commerciaux*, JCP éd. CI, 1981, II 13643.

Ainsi que le fait remarquer Madame Edith Kischinewsky-Broquisse¹⁴³, « *si l'exercice d'un commerce est conforme à la destination de l'immeuble, on ne voit pas pourquoi l'exercice d'un commerce de même nature, dans un autre lot, serait contraire à cette destination* ».

Dès lors que l'on retient la conception objective de la notion de destination, toutes les stipulations du règlement de copropriété se fondant sur la destination spécifique du centre commercial pour justifier l'organisation de la concurrence semblent vaines et inefficaces.

51. Exception jurisprudentielle des centres commerciaux isolés. - Il existe néanmoins un cas particulier dans lequel la Cour de cassation admet la validité des clauses de non-concurrence dans le règlement de copropriété. Il s'agit de l'hypothèse des centres commerciaux isolés. Dans un arrêt en date du 14 décembre 1976¹⁴⁴, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a admis que « *si l'obligation de maintenir l'affectation des commerces constitue une restriction aux droits des copropriétaires (...), elle se justifie par la destination de l'immeuble constituant un centre commercial composé de commerces variés, par ses caractères qui consistent à assurer les besoins essentiels des habitants et à maintenir une variété relativement stable de commerces divers correspondant à ces besoins et par sa situation dans un quartier excentrique, éloigné de tous autres commerces permettant le ravitaillement normal de la population* ». En l'espèce, le centre commercial avait été créé en accord avec la municipalité, afin de permettre aux habitants d'un endroit isolé de disposer d'une variété de commerces de nature à répondre à un maximum de leurs besoins. La variété des commerces était donc au cœur du dispositif, ce qui est fort différent des centres commerciaux classiques, implantés pour la plupart dans des zones d'activité commerciale intense créées à la périphérie des villes. En outre, ce centre commercial

¹⁴³ Edith KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, 4^{ème} éd. 1989, n°112.

¹⁴⁴ Cass. 3^{ème} civ. 14 décembre 1976, n° 75-11954.

servait un impératif d'intérêt général, proche du service public, intérêt qui dépassait celui des copropriétaires. Ce centre était en quelque sorte investi d'une « *mission sociale* », mission qui justifiait que des entorses fussent faites à la liberté individuelle des copropriétaires. Cette solution a ensuite été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 25 novembre 1980¹⁴⁵ : « *l'obligation de maintenir l'affectation commerciale des lots était justifiée par la destination de l'immeuble qui était de pourvoir par la création et la continuité des commerces stables à la demande quotidienne de la population d'un quartier excentrique* ».

Cependant, il convient de nuancer la portée de ces arrêts. Tout d'abord, le tempérament au principe qu'ils introduisent est appliqué de manière limitée par les juges du fond. En effet, la notion d'isolement est interprétée strictement¹⁴⁶ et elle est utilisée uniquement pour pallier la pénurie de commerces. Aussi, elle n'empêche pas un copropriétaire de dépasser le cadre de son activité principale pour vendre des produits annexes, même si cette activité annexe est de nature à concurrencer une activité exercée par un autre commerçant dans le centre commercial¹⁴⁷. En outre cette solution est inévitablement temporaire. Qu'advierait-il en effet de la validité de la clause de non-concurrence si d'autres commerces s'installaient à proximité, rompant ainsi l'isolement du centre commercial ? Enfin, la liberté individuelle des copropriétaires semble ici protégée simplement parce que leur intérêt coïncide avec celui de l'approvisionnement des riverains, de sorte qu'on peut se demander si, contrairement à l'esprit de la loi, la destination de l'immeuble n'est pas ici de servir l'intérêt de tiers plus que de préserver les droits des copropriétaires.

52. Portée limitée de l'exception jurisprudentielle. - La solution retenue par les Hauts Magistrats en 1976 et 1980 est certes essentiellement justifiée, chaque fois, par l'isolement du centre commercial, mais elle ouvre néanmoins une brèche dans le

¹⁴⁵ Cass. 3^{ème} civ. 25 novembre 1980, JCP 1981, G, IV p.57.

¹⁴⁶ TGI Toulouse, 24 mars 1980, JCP éd. E 1981, n°13669, obs. B. PUILL.

¹⁴⁷ Une telle extension serait même probablement encouragée au regard de l'objectif fixé.

dispositif impératif mis en place par le législateur en 1965. Compte tenu de ce précédent, ne pourrait-on pas aujourd'hui convaincre les juges que la destination d'un centre commercial se distingue de celle d'un immeuble classique et qu'il convient, quelle que soit la conception de la notion de destination retenue, de valider les clauses de non-concurrence dans les centres commerciaux ?

Si nous adoptons la conception objective de la notion de destination de l'immeuble, la réponse est positive. En effet, dès lors que l'immeuble est « *mis au service de l'entreprise*¹⁴⁸ » son organisation doit permettre la réalisation de l'objectif commun qui est l'attractivité du centre commercial. Or l'attractivité du centre suppose une variété de commerces qui ne peut le plus souvent être atteinte qu'en réglementant l'activité de chaque commerçant de manière stricte, au besoin au moyen de clauses de non-concurrence. En conséquence, c'est bien la destination du centre commercial, telle qu'elle est définie objectivement par les « *caractères* » de cet immeuble atypique, qui justifie l'existence des clauses de non-concurrence. Ainsi que l'écrivait Monsieur Gilles Paisant, un centre commercial est « *un immeuble affecté à l'exercice de commerces différents. C'est là sa caractéristique. La convention de non-concurrence fait partie en réalité de la destination de cet immeuble à usage commercial* »¹⁴⁹.

La réponse est également positive si l'on adopte une conception subjective de la notion de destination. Rappelons que dans l'exposé des motifs de la loi du 10 juillet 1965, la notion de destination de l'immeuble est définie comme « *l'ensemble des conditions en vue desquelles un copropriétaire a acquis son lot compte tenu de divers éléments, notamment l'ensemble des clauses, des documents contractuels, des caractères physiques et de la situation de l'immeuble ainsi que de la situation sociale des occupants* ». En quelque sorte, la définition de la destination de l'immeuble

¹⁴⁸ Ch. ATIAS, précité.

¹⁴⁹ G. PAISANT « *Pour la validité des clauses de non-concurrence dans les règlements de copropriété* », RDI 1980, p. 117.

correspond à l'idée que s'en font les copropriétaires eux-mêmes. Or, à l'exception de certains commerçants audacieux, désireux d'attaquer un secteur au moyen d'une stratégie ultra concurrentielle, une majorité de commerçants est soucieuse de protéger son activité des assauts de ses concurrents et serait satisfaite de l'existence d'une clause de non-concurrence dans le règlement de copropriété du centre commercial¹⁵⁰. Pour chacun de ces commerçants, l'absence ou le contrôle de la concurrence constitue un des « caractères » de l'immeuble en vue duquel il acquiert son lot. Il est évident qu'un commerçant désireux de s'installer dans un centre commercial analysera au préalable la typologie du marché et de la clientèle qu'il est susceptible de toucher. A cet égard, la présence d'un magasin concurrent ou l'absence de clause de non-concurrence constituera un élément déterminant de son choix.

En résumé, il nous semble que la restriction aux droits des copropriétaires que constitue la clause de non-concurrence stipulée dans le règlement de copropriété d'un centre commercial devrait être justifiée au regard de la destination spécifique de ce type d'immeuble. Toutefois, il est peu probable que les juges acceptent d'élargir la brèche qu'ils ont ouverte en 1976 en reconnaissant la validité de la clause de non-concurrence stipulée dans le règlement de copropriété d'un centre commercial isolé, car cela constituerait sans doute une atteinte trop forte au droit de propriété¹⁵¹ et à la liberté du commerce. Il suffit pour s'en convaincre de relire les conclusions préalables à l'arrêt du 16 juin 1971 de Monsieur l'avocat général Paucot : « *la répartition des commerces, par nature d'activités, dans un centre commercial constitue une clause licite parce qu'elle précise, en tenant compte de la destination générale de l'immeuble, la destination particulière de chacun des lots. Mais cette répartition ne peut s'accompagner de clauses de non-concurrence qui interdiraient à*

¹⁵⁰ Ce fait se vérifie aussi bien chez les commerçants installés depuis l'origine dans le centre commercial, ayant subi les affres du démarrage et désireux de préserver leur « pré carré » au moyen des clauses de non-concurrence, que chez les franchisés conscients de leur valeur ajoutée pour l'attractivité du centre commercial et la monnayant contre une situation d'exclusivité.

¹⁵¹ Le droit de la copropriété se veut le plus proche de la propriété. Il s'accommode donc difficilement de restrictions au droit des copropriétaires.

certaines commerçants de vendre des articles qui entrent dans l'exercice normal de leur activité commerciale. (...) Le règlement (de copropriété) ne peut conférer à un copropriétaire un monopole d'exploitation ni lui imposer n'importe quelle limitation ».

À notre sens, une telle retenue est regrettable car en refusant de prendre conscience de la particularité du centre commercial, « *immeuble mis au service de l'entreprise* », elle ralentit le processus d'adaptation du droit aux formes actuelles d'exercice d'une activité commerciale, d'autant plus que les solutions permettant de pallier l'invalidité des clauses de non-concurrence sont incontestablement moins performantes.

53. Solutions palliatives. - La première consiste à donner une affectation précise à chacun des lots dans le règlement de copropriété : tel serait affecté à usage de restaurant, tel autre à usage de salon de coiffure, coupant ainsi court à tout changement d'affectation susceptible de mettre en péril l'activité exercée par un autre commerçant du centre. La Cour de cassation considère en effet que lorsque le règlement de copropriété définit très précisément la destination de chaque lot, les copropriétaires n'ont pas le droit d'en changer, sauf à obtenir l'accord unanime des autres¹⁵². En outre, le juge n'ayant pas le pouvoir de se substituer à l'assemblée générale des copropriétaires lorsque le règlement de copropriété est dépourvu d'ambiguïté, l'affectation des locaux commerciaux pourrait ainsi être maîtrisée.

Mais alors c'est la critique inverse qui serait encourue. À vouloir figer l'affectation des locaux, on finit par empêcher l'évolution du centre. La technique n'a pas la souplesse d'une clause de non-concurrence qui, loin de faire obstacle à une évolution

¹⁵² Cass. 3^{ème} civ. 27 avril 1988, RDI 1988, p. 340, obs. GIVORD et GIVERDON. Dans un arrêt plus récent, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a également rappelé avec fermeté que « *les stipulations du règlement de copropriété prévoyant la destination commerciale des lots, reprise dans chaque contrat d'acquisition, étaient des obligations contractuelles* » et qu'en conséquence les travaux réalisés par un des copropriétaires, en l'occurrence la commune, dans le but d'attirer une clientèle nouvelle vers un centre culturel installé à l'endroit du supermarché détruit par un incendie, étaient contraires à la destination de l'immeuble (C. cass. 3^{ème} civ. 26 février 1997, inédit).

des activités, représente au contraire un outil permettant de conjuguer le contrôle de celle-ci avec l'exclusivité consentie à certains commerçants.

Ainsi que le rappelle fort justement Monsieur Joël Monéger¹⁵³ à propos de la stipulation d'une clause de non-concurrence dans le préambule des statuts d'un centre commercial, cette clause « *ne vise pas, au moins dans le long terme, la pérennisation des spécialisations initiales, elle entend donner (...) le contrôle des évolutions qui se produiront inéluctablement. En particulier, elle permet de veiller à ce que les déspecialisations rampantes ne conduisent à la restauration de l'anarchie que le groupement avait pour objet de faire cesser ou encore de faire en sorte que la diversité des produits ou services offerts aux clients persiste* ».

54. Insertion des clauses de non-concurrence dans les actes de vente. - La deuxième consiste à insérer la clause de non-concurrence dans les actes de vente des lots de copropriété eux-mêmes plutôt que dans le règlement de copropriété. Cette possibilité, *a priori* séduisante, résiste cependant difficilement à l'épreuve de la pratique, la Cour de cassation encadrant très strictement ses conditions de validité. Après analyse de la jurisprudence en la matière¹⁵⁴, nous avons identifié deux conditions cumulatives.

Premièrement, la stipulation d'une clause de non-concurrence dans un acte de vente plutôt que dans le règlement de copropriété ne doit pas constituer une fraude à la

¹⁵³ JCP éd. E 1986, II, n°14726, *L'organisation de la concurrence dans le préambule des statuts d'un centre commercial*.

¹⁵⁴ Cass. 3^{ème} civ. 22 janvier 1975, Bull. civ. III, n°26, p. 20, note Paucot, JCP N II 1975, 17992, note Guillot (annulant la clause, insérée dans les actes de vente par l'auteur de la division de l'immeuble, qui imposait aux copropriétaires des restrictions non justifiées par la destination de l'immeuble et qui avait tourné l'interdiction légale d'insérer de telles restrictions dans le règlement de copropriété) ; Cass. 3^{ème} civ. 9 novembre 1982, Bull. civ. III, n°215, Administrer, novembre 1983, n°140, note Guillot (validant la clause de non-concurrence insérée dans l'acte de vente au motif que la répartition des commerces dans le centre commercial n'était pas le fait du règlement de copropriété et qu'en conséquence, les dispositions impératives de la loi du 10 juillet 1965 étaient inapplicables). La doctrine a conclu de cet arrêt que les clauses de non-concurrence étaient valables dans les actes de vente. Or, la Cour de cassation précise que le requérant n'ayant pas fait valoir devant les juges du fond que les clauses litigieuses des actes de vente constituaient une fraude à la loi ou instituaient des servitudes personnelles prohibées, le moyen de ce chef était nouveau et mélangé de fait et de droit, de sorte qu'elle n'a pu répondre à cette question. En conséquence, il convient de ne pas considérer l'arrêt du 9 novembre 1982 comme un revirement de jurisprudence.

loi¹⁵⁵. Rappelons que pour que cette dernière soit constituée, trois éléments doivent être réunis : l'existence d'une règle obligatoire (en l'occurrence l'interdiction d'insérer dans le règlement de copropriété une clause de non-concurrence jugée contraire à la destination de l'immeuble), l'intention d'éluder cette règle obligatoire et l'emploi à cette fin d'un moyen adéquat (la stipulation de la clause de non-concurrence dans les actes de vente)¹⁵⁶. La condition la plus difficile à établir est celle de l'intention frauduleuse. Afin d'échapper à la qualification de fraude, il faut être en mesure de pouvoir justifier que la clause de non-concurrence a été insérée dans l'acte et non dans le règlement de copropriété pour une raison valable et pas pour contourner le statut impératif de la copropriété. En la matière, il est généralement admis que si l'on parvient à établir qu'il existe un motif légitime à l'opération telle qu'elle a été entreprise, cela exclut la fraude. *A priori*, cela peut être le cas lorsque le requérant à l'établissement du règlement de copropriété est une personne distincte du vendeur des lots. Cette situation est cependant très rare en pratique¹⁵⁷.

Deuxièmement, la clause de non-concurrence doit respecter les règles classiques de non-concurrence et notamment être limitée dans le temps. À défaut, ainsi que le soulignait l'avocat général Paucot¹⁵⁸, cela reviendrait à attribuer un caractère perpétuel aux restrictions contenues dans les actes de vente et donc à créer de véritables servitudes au profit de la personne, prohibées par l'article 686 du Code

¹⁵⁵ Cass. 3^{ème} civ. 2 juillet 1975, précité

¹⁵⁶ J. Ghestin et G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, « Traité de droit civil, Introduction générale », L.G.D.J. 1994, 4^{ème} édition, 863 pages, n° 816 et suivants, pour une analyse détaillée de cette notion et la formule éloquentes permettant d'expliquer le critère de l'intention frauduleuse : « *Il ne suffit pas de constater que le but visé par le législateur n'est pas atteint pour en conclure à une violation de la loi. Il faut, pour sanctionner la manœuvre, quelque chose de plus, qui ne peut être que l'intention frauduleuse. Ce que le droit ne peut tolérer est le triomphe de la ruse, le mépris pour la règle. Là est le risque de subversion de l'ordre juridique* ».

¹⁵⁷ En effet, soit le vendeur des lots est également le promoteur, auquel cas le règlement de copropriété a été établi par ses soins, ou bien le vendeur est le repreneur du centre commercial par exemple et dans ce cas il n'est pas rare que le règlement de copropriété fasse l'objet d'une refonte avant une nouvelle division de l'ensemble immobilier.

¹⁵⁸ Conclusions Cass. 3^{ème} civ. 22 janvier 1975, précitées.

civil¹⁵⁹. Cela implique donc qu'elle ne puisse être imposée aux acquéreurs successifs sans limitation de durée.

En conclusion, la validité d'une clause de non-concurrence dans les actes de vente suppose la réunion de conditions telles qu'il est permis de douter de son efficacité pratique.

55. Insertion des clauses de non-concurrence dans les documents organiques de la structure d'animation du centre. - La troisième solution permettant de pallier l'invalidité des clauses de non-concurrence insérées dans le règlement de copropriété consiste à les prévoir dans les documents organiques de la société d'animation du centre commercial.

Cette solution a reçu un accueil favorable des conseillers de la Cour d'appel de Rennes dans un arrêt en date du 26 septembre 1984¹⁶⁰. En l'espèce, il s'agissait d'apprécier la validité d'une clause insérée dans le préambule des statuts de la société d'animation, soumettant le changement de gamme des produits ou des services offerts par chaque commerçant à l'agrément du conseil d'administration. Après avoir reconnu au préambule la même force statutaire obligatoire que les statuts eux-mêmes, les conseillers affirmèrent que « *la clause (...) figure non dans un règlement de copropriété (ou dans un bail) mais dans le contrat de société ; que toute référence aux dispositions légales sur les règlements de copropriété est donc inopérante* ». Ce faisant, les juges consacrèrent l'autonomie du droit des sociétés par rapport au droit de la copropriété, ce qui leur permit d'apprécier la validité de la clause de non-concurrence en faisant abstraction des dispositions impératives de la loi du 10 juillet 1965.

¹⁵⁹ En effet, soit le vendeur des lots est également le promoteur, auquel cas le règlement de copropriété a été établi par ses soins, ou bien le vendeur est le repreneur du centre commercial par exemple et dans ce cas il n'est pas rare que le règlement de copropriété fasse l'objet d'une refonte avant une nouvelle division de l'ensemble immobilier.

¹⁶⁰ Rennes, 26 septembre 1984, « *Sté Auvinet c. S.A. S.A.C.O.M.I. et autres* », commentaire J. MONEGER, JCP E, 1986, II, 14726, pages 389s.

Pourtant, deux obstacles auraient pu s'opposer à l'efficacité d'une telle solution.

D'une part, le spectre d'une fraude à la loi aurait pu être avancé. Or, ainsi que le souligne Monsieur Joël Monéger¹⁶¹, « *dans un centre commercial, s'il est incontestable que l'effet d'éviction des lois de 1965 et de 1971 est obtenu par l'insertion dans l'acte de société de la clause d'organisation de la concurrence, il est fort douteux que l'on puisse établir l'existence d'une intention frauduleuse. En effet, le but des commerçants réunis pour constituer un centre commercial n'est pas de tourner la loi, mais d'organiser rationnellement l'opération conjointe afin d'équilibrer les risques de chacun dans l'opération commune. Rien de plus licite que de se préoccuper de ne pas engager son entreprise dans une affaire léonine* ». Bien que séduisant, cet argument n'est pourtant pas de nature à nous convaincre. En effet, l'intention frauduleuse n'est pas caractérisée par le fait de chercher à organiser la concurrence dans le centre commercial, mais par le fait que la clause est stipulée non pas dans le règlement de copropriété¹⁶², mais dans un acte distinct dans l'espoir qu'elle échappe ainsi au dispositif impératif de la loi sur la copropriété. Il est utile de préciser qu'en l'espèce, le règlement de copropriété prévoyait une affectation précise des lots et stipulait que « *la répartition des commerces concourt à la destination de l'immeuble* », puisque « *pour conserver ce caractère d'ensemble de destination des lieux, il est expressément stipulé qu'aucune personne exerçant une activité dans le centre commercial ne pourra la transformer ou la modifier, soit en la restreignant, soit en l'étendant* ». Dès lors que le règlement de copropriété contenait déjà une clause permettant d'organiser la concurrence et que la validité de cette clause n'était

¹⁶¹ Note sous Rennes, 26 septembre 1984, précitée.

¹⁶² En l'espèce, la clause d'organisation de la concurrence était certes uniquement stipulée dans le préambule, mais le règlement de copropriété prévoyait lui aussi une affectation précise des lots et stipulait que « *la répartition des commerces concourt à la destination de l'immeuble* » puisque « *pour conserver ce caractère d'ensemble de destination des lieux, il est expressément stipulé qu'aucune personne exerçant une activité dans le centre commercial ne pourra la transformer ou la modifier, soit en la restreignant, soit en l'étendant* », ce que la Cour d'appel n'a pas condamné. Dès lors que le règlement de copropriété contenait déjà une clause permettant d'organiser la concurrence, et que la validité de cette clause n'était pas remise en question, le problème de la fraude à la loi ne se posait pas. Or, il n'est pas certain qu'une telle clause eût été admise par la Cour de cassation, de sorte qu'il est prudent de ne tirer aucune solution de principe de cet arrêt d'espèce.

pas remise en question par la Cour d'appel, le problème de la fraude à la loi ne se posait pas. Or, il n'est pas certain qu'une telle clause eût été admise par la Cour de cassation. À notre sens, le risque de fraude à la loi ne peut être exclu.

D'autre part, dès lors que les lots commerciaux sont exploités non pas par leurs propriétaires, mais par des locataires, titulaires d'un bail commercial, la validité d'une clause organisant la concurrence, même stipulée dans un document extérieur au bail, n'est-elle pas de nature à faire obstacle ou à limiter le droit d'ordre public de déspecialisation prévu par les articles L. 145-47 et 48 du Code de commerce ? Ce droit offre en effet la possibilité au locataire soit d'adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires en se contentant d'en informer le bailleur, soit de demander à ce dernier l'autorisation d'exercer dans les lieux loués une ou plusieurs activités différentes de celles du bail lorsque certaines conditions sont réunies¹⁶³. Dans un arrêt retentissant, la Cour de cassation réunie en assemblée plénière le 26 janvier 1973¹⁶⁴, avait affirmé la suprématie du droit à la déspecialisation offert par le statut des baux commerciaux sur toute clause ou accord intervenu entre bailleur et locataires afin d'organiser la concurrence dans un centre commercial. Ainsi que l'avaient suggéré les commentateurs de l'époque¹⁶⁵, il est possible de limiter la portée de cet arrêt en considérant que dès lors que l'accord intervient non pas entre le bailleur et les locataires, mais entre les locataires eux-mêmes au travers de la structure d'animation du centre, le statut des baux commerciaux n'a pas vocation à régler cette relation.

56. Conclusion. - L'organisation de la concurrence dans le centre commercial, qu'elle figure dans le préambule des statuts de la société d'animation ou qu'elle fasse

¹⁶³ L'article L.145-48 du Code de commerce précise en effet que cette déspecialisation plénière est possible « *eu égard à la conjoncture économique et aux nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution, lorsque ces activités sont compatibles avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier* ».

¹⁶⁴ Cass. Ass. plén. 26 janvier 1973, JCP éd. G. 1973, II, 17462, note Boccara.

¹⁶⁵ Boccara précité et M. Pedamon, *Commentaire de la loi du 16 juillet 1971*, R.T.D. com 1973, n°1, p. 214.

l'objet de stipulations spécifiques dans les actes de vente des lots, est *a priori* envisageable. Mais il demeure toujours un risque d'annulation pour fraude au dispositif impératif mis en place par la loi du 10 juillet 1965, ce qui constitue un facteur d'insécurité juridique. Tant que la Cour de cassation n'aura pas admis que l'organisation de la concurrence est justifiée par la destination de l'immeuble, même si elle implique des restrictions aux droits des copropriétaires, la copropriété ne pourra à notre sens pas constituer un mode d'organisation adapté aux centres commerciaux.

B - Les raisons de l'échec des tentatives d'adaptation du statut de la copropriété

57. Equilibre entre droits individuels et intérêt collectif. - Pour comprendre les raisons de l'échec, il convient de reprendre la genèse de la loi du 10 juillet 1965. L'analyse historique de l'évolution du droit de la copropriété, brièvement rappelée précédemment, conduit en effet à la conclusion selon laquelle le statut de la copropriété est le fruit de concessions réciproques entre les droits individuels des copropriétaires d'une part et l'intérêt collectif d'autre part. Ainsi qu'a pu l'écrire le Professeur Christian Larroumet : « *si le règlement de copropriété est obligatoire, ce qui manifeste la montée du collectif, les dispositions du règlement sont contenues dans les limites impératives posées par la loi, en vue de sauvegarder l'individuel. C'est ainsi encore que si les pouvoirs de la majorité sont importants, il n'en demeure pas moins que la majorité ne peut pas tout faire et tout décider. C'est ainsi enfin et surtout que si le syndicat des copropriétaires a la personnalité morale, la copropriété elle-même n'est pas une personne morale. L'immeuble en copropriété n'appartient pas au syndicat mais à l'ensemble des copropriétaires individuellement considérés*¹⁶⁶ ». Or, à trop vouloir chercher le compromis et à défaut de parvenir à un équilibre véritable, le législateur aboutit à une impasse.

¹⁶⁶ « *L'intérêt collectif et les droits individuels des copropriétaires dans la copropriété des immeubles bâtis* », Christian Larroumet, JCP, éd. G, 1976, II, 2812, p. 43s.

Cette situation a d'ailleurs été aggravée par la jurisprudence. En refusant de valider les clauses de non-concurrence dans les centres commerciaux, elle a délibérément opté pour la protection des intérêts individuels dans un cas où justement le législateur lui offrait la possibilité de libéraliser le statut en tenant compte de la destination particulière de ce type d'ensemble.

En réalité, quel que soit l'immeuble, la problématique de la copropriété pourrait se résumer à cette dialectique entre la protection des droits individuels des copropriétaires d'une part et la prise en compte de la destination spécifique de l'immeuble d'autre part. Une telle dialectique est-elle compatible avec les exigences liées à la vie d'un centre commercial ?

Depuis 1965, à quelques rares évolutions prétoriennes près¹⁶⁷, tout se passe comme si un centre commercial pouvait être organisé comme un immeuble à usage d'habitation. Or, ce type d'immeuble ne doit pas être conçu comme un bien statique, simple objet de droit. Le centre commercial est « *mis au service de l'entreprise* »¹⁶⁸, c'est-à-dire non seulement au service de chacune des cellules qu'il abrite, mais encore et surtout au service de l'ensemble économique organisé, conçu, planifié, réalisé et géré comme une unité. C'est cette notion d'unité de l'ensemble, transcendant la singularité de chaque cellule qui distingue le centre commercial d'un immeuble classique, nécessite une véritable prise en compte de l'intérêt commun et implique une subordination ponctuelle des droits individuels à l'intérêt collectif.

58. Primauté du collectif sur l'individuel dans les centres commerciaux. -
L'intérêt commun, dans un centre commercial, consiste principalement en la

¹⁶⁷ Reconnaissance de la validité des clauses de non-concurrence dans les centres commerciaux isolés et des stipulations de règlement de copropriété imposant à l'acquéreur d'un lot d'adhérer à un groupement d'animation et de promotion du centre.

¹⁶⁸ Expression de Monsieur Christian Atias, précitée

réalisation de l'objectif commun que constituent la réussite du centre - c'est-à-dire son attractivité et sa prospérité - et par voie de conséquence celle de ses exploitants. Cet intérêt commun traduit la spécificité du centre commercial et de la relation des commerçants avec le centre. En effet, acquérir un lot de copropriété dans un centre commercial ne se réduit pas à en devenir propriétaire. C'est avant tout intégrer un groupement. L'acquisition du lot n'est pas une finalité, mais un moyen de participer à une entreprise collective en espérant récolter une partie des fruits en cas de réussite.

L'acquéreur d'un lot de copropriété dans un centre commercial pourrait être comparé au souscripteur de parts de société. Les commerçants d'un centre commercial sont en effet à la fois soucieux de la réussite du centre - dont ils espèrent tirer un bénéfice - et conscients des répercussions que pourrait entraîner son échec sur leur propre activité. L'intérêt commun des copropriétaires du centre commercial se rapprocherait de l'« *affectio societatis* ». En droit des sociétés, cette notion est à double tranchant, puisqu'elle fonde également la règle de la contribution aux pertes des associés, qui dans les sociétés de capitaux les contraint à renflouer la société lorsqu'elle a perdu plus de la moitié de son capital¹⁶⁹. Une telle règle est bien entendu de nature à porter atteinte aux droits individuels des associés, par exemple lorsque l'augmentation du capital requise intervient au moyen d'une incorporation des comptes courants d'associés¹⁷⁰.

Dès lors que l'on admet que les copropriétaires d'un centre commercial sont animés d'un intérêt commun proche à certains égards de *l'affection societatis*, pourquoi refuser d'admettre des restrictions aux droits individuels des copropriétaires dans la mesure où elles seraient nécessaires à la collectivité ?

¹⁶⁹ Si les capitaux propres de la société représentent moins de la moitié du capital social en raison de l'accumulation de pertes, l'article L.225-248 prévoit une procédure spécifique.

¹⁷⁰ L'opération revient alors à effacer la dette de la société à l'égard de ses associés.

Les réticences de la Cour de cassation semblent en grande partie justifiées par la crainte de l'atteinte portée au droit de propriété. Pourtant, dès lors qu'elles sont librement consenties par les copropriétaires eu égard à la nature spécifique de l'immeuble, de telles limites au droit de propriété devraient à notre sens être permises. Ainsi qu'il a été évoqué un peu plus haut, l'acquisition d'un lot de copropriété situé dans un centre commercial n'est pas une fin en soi, mais un moyen d'intégrer un groupement dans l'espoir de bénéficier de l'attractivité générée par le rassemblement d'activités diverses pour augmenter sa propre rentabilité. Cette situation de fait est essentielle pour distinguer la copropriété d'un immeuble à usage d'habitation de celle d'un centre commercial et justifier un corps de règles distinct.

Dans un centre commercial, la motivation principale du copropriétaire, qu'il soit exploitant direct ou investisseur, est la rentabilité du local qu'il possède, qui dépend étroitement de la réussite du centre commercial. Au contraire, le copropriétaire d'un immeuble à usage d'habitation aura à cœur de préserver son « îlot » de propriété individuelle des nuisances causées par la seule existence des autres copropriétaires.

Dans le premier cas, la collectivité est un atout recherché, dans le second, elle est vécue comme une contrainte dont il faut se préserver.

Cette différence fondamentale rend à notre sens illusoire et vaine toute entreprise visant à aménager la loi du 10 juillet 1965 conçue avant tout en vue d'organiser les immeubles collectifs d'habitation et met en exergue la nécessité de trouver une organisation autonome pour les centres commerciaux.

Section 2 – L’inadaptation de la division en volumes

59. Nécessité d’une division de l’espace. - La division en volumes est une création de la pratique¹⁷¹ qui, initialement, cherchait un moyen de faire cohabiter dans un même espace domanialité publique et propriété privée. Dans certains endroits en effet, la densification urbaine imposait de trouver des solutions permettant d’imbriquer et de superposer des espaces relevant pour certains du domaine public et pour d’autres du domaine privé. Une telle imbrication était juridiquement inenvisageable en raison du principe d’inaliénabilité du domaine public, qui rend impossible par exemple la construction d’immeubles privés au-dessus d’une voie ferrée ou routière.

La solution consista donc à appréhender toute unité foncière non plus comme une surface plane, mais comme un espace en trois dimensions pouvant être divisé en volumes distincts les uns des autres, pouvant se superposer et s’imbriquer. En effet, dès lors que la voie publique était isolée au sein d’un volume il devenait possible d’édifier des immeubles privés au-dessus de la voie, ceux-ci étant eux-mêmes compris dans l’enceinte de volumes indépendants.

60. Fondement juridique de la division en volumes. - Si une telle division de l’espace se concevait aisément en pratique, il restait à la fonder juridiquement. Au milieu du XX^{ème} siècle, le Doyen Savatier avait envisagé la solution. Dès 1958, il écrivait : *« on pourra, si des lois ne s’y opposent pas, acquérir l’habitude de traiter des espaces comme une sorte de chose susceptible d’être appropriée et vendue au « cubage », étant individualisée sur une figure de géométrie cotée ou descriptive*

¹⁷¹ Le système de la division en volumes fût inventé par Claude Thibierge, notaire à Paris, en 1962 avec Jean Cumenge, qui était alors directeur juridique de l’Etablissement Public Administratif de la Défense (EPAD). Leur volonté était de donner un cadre juridique au futur quartier de La Défense.

établie à partir du sol. Cette individualisation de l'espace permettrait de l'assimiler à un corps certain... Une telle évolution n'a rien d'impossible »¹⁷².

C'est finalement sur le droit de superficie que la division en volumes fut fondée. Ce droit, que Messieurs Terré et Simler définissent comme « *un droit réel qu'un propriétaire (appelé superficiaire) exerce sur la surface d'un fonds, dont le dessous ou tréfonds appartient à un autre propriétaire (appelé tréfoncier)* »¹⁷³, n'existe pas dans le Code civil. Il suppose la coexistence de deux droits réels sur un même fonds : l'un portant sur la superficie, l'autre sur le tréfonds. Or l'article 552 alinéa 1^{er} du Code civil s'oppose à cette dichotomie puisqu'il pose un principe d'unité de la propriété foncière en présumant que « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ». La Cour de cassation en a toutefois amoindri la portée dès 1888¹⁷⁴ en précisant le caractère simple de cette présomption. En outre, l'article 553 du Code civil, qui présume que les constructions et plantations sur un terrain sont faites par le propriétaire « *si le contraire n'est prouvé* », offre la possibilité d'attribuer un droit sur les constructions à une autre personne que le propriétaire du sol. Dès lors qu'une telle scission entre le droit sur le sol et le droit sur les constructions est permise, il n'existe plus d'obstacle juridique à la division de l'espace en volumes autonomes les uns des autres.

Enfin, bien que la nature juridique du droit de superficie soit encore discutée aujourd'hui, la doctrine et la jurisprudence majoritaires considèrent que le *superficiaire* est titulaire d'un véritable droit réel. En conséquence, chaque volume, défini par des cotes, peut faire l'objet d'une appropriation exclusive et chaque *co-volumier* dispose, sur le bien immeuble que constitue le volume, d'un véritable droit de propriété.

¹⁷² R. SAVATIER, « *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridiques des biens corporels* », RTD civ. 1958, p.1

¹⁷³ F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, coll. « Précis droit privé », 7^{ème} éd., 2006, § 946.

¹⁷⁴ Cass. civ. 14 novembre 1888, DP 1888-1-469.

Eprouvée avec succès pour la première fois dans le quartier de la Défense à Paris, la technique de la division en volumes constitue désormais un outil connu, maîtrisé et très fréquemment utilisé pour la réalisation d'ensembles immobiliers complexes.

L'engouement de la pratique pour ce type de montage est d'autant plus important qu'il peut, à certaines conditions, échapper au statut impératif de la copropriété. Compte tenu de l'inadaptation structurelle de ce statut aux centres commerciaux, la division en volumes offre à cet égard une opportunité intéressante qu'il convient néanmoins de nuancer car d'une part son domaine d'application demeure incertain, ce qui est un facteur d'insécurité juridique (§ 1) et d'autre part la liberté d'organisation qui la caractérise produit des effets controversés (§ 2).

§ 1 – Un champ d'application incertain, facteur d'insécurité juridique

61. L'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965 qui détermine le champ d'application du statut de la copropriété distingue le domaine impératif de la sphère supplétive : *« La présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part de parties communes. A défaut de convention contraire créant une organisation différente, la présente loi est également applicable aux ensembles immobiliers qui, outre des terrains, des aménagements et des services communs, comportent des parcelles, bâties ou non, faisant l'objet de droits de propriété privatifs ».*

Suffit-il toutefois de prévoir conventionnellement une organisation différente pour échapper au statut impératif de la copropriété ? Après avoir étudié les conditions requises pour écarter le statut de la copropriété (A), nous les appliquerons aux centres commerciaux (B).

A - Analyse des conditions requises pour écarter le statut de la copropriété

1°) Un ensemble immobilier

62. L'article 1^{er} alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965 impose d'abord l'existence d'un ensemble immobilier. Dans la mesure où le statut de la copropriété est impératif pour les « *immeubles bâtis* » ou « *groupes d'immeubles bâtis* » (alinéa 1^{er}) et supplétif pour les « *ensembles immobiliers* » (alinéa 2), la définition de cette notion au sens de l'alinéa 2 est essentielle.

Littéralement, un ensemble immobilier est un ensemble « *qui, outre des terrains, des aménagements et des services communs, comporte des parcelles, bâties ou non, faisant l'objet de droits de propriété privés* ». La lecture des travaux parlementaires révèle que le critère de l'ensemble immobilier ne réside pas dans « *la pluralité de bâtiments* », mais « *résulte du fait que, même s'il existe une organisation commune, certains copropriétaires, ou groupes de copropriétaires, ont des droits réels exclusifs sur certaines parcelles de terrain* »¹⁷⁵.

63. La définition de la notion d'ensemble immobilier a également intéressé la doctrine. Dans un article fort éclairant intitulé « *Propos sur les ensembles immobiliers* », le Conseiller Pierre Capoulade et le Professeur Claude Giverdon¹⁷⁶ ont ainsi expliqué que « *le mot ensemble implique nécessairement une pluralité d'éléments regroupés autour d'un pôle commun* ». D'après eux, la notion d'ensemble immobilier présenterait deux caractéristiques : « *l'hétérogénéité du régime du sol* » d'une part et « *l'existence d'un élément fédérateur marquant la spécificité de*

¹⁷⁵ Projet de loi n° 1074, Ass. Nat. page 6, cité par Pierre CAPOULADE et Claude GIVERDON dans un article synthétique intitulé *Propos sur les ensembles immobiliers*, RDI 1997, pages 161s.

¹⁷⁶ Pierre CAPOULADE et Claude GIVERDON, « *Propos sur les ensembles immobiliers* », RDI 1997, pages 161s., *op. cit.*

l'ensemble et constituant le lien de rassemblement des différents fonds (terrains, aménagements, services communs) » d'autre part.

L'hétérogénéité se manifeste par un éclatement du foncier. Contrairement aux groupes d'immeubles bâtis, qui supposent une communauté de droits sur le sol, l'ensemble immobilier se caractérise par l'existence de fonds séparés, autonomes. *« Chaque élément de l'ensemble est indépendant, autonome par rapport aux autres quant à son assiette foncière, mais il est lié à eux seulement par la propriété indivise et la gestion commune d'ouvrages, d'équipements ou par le fonctionnement de services collectifs »*¹⁷⁷. En d'autres termes, dans un ensemble immobilier l'hétérogénéité des droits sur le sol a pour corollaire nécessaire une communauté d'équipements et de services supposant une organisation collective.

64. En pratique, ce critère permet ainsi de conclure à l'existence d'un groupe d'immeubles bâtis à chaque fois que l'on constate que la totalité de l'assiette foncière est indivise et que les bâtiments qui y sont édifiés sont divisés en lots appartenant à différentes personnes. En revanche, si l'assiette foncière fait l'objet d'une appropriation exclusive, la qualification d'ensemble immobilier s'impose. Ce raisonnement a d'ailleurs été accueilli favorablement par les juges du fond. Dans un arrêt en date du 16 avril 1992¹⁷⁸, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a clairement énoncé que *« l'ensemble immobilier résulte du fait que, même s'il existe une organisation commune, certains copropriétaires ou groupes de copropriétaires ont des droits réels exclusifs sur certaines parcelles de terrain. L'élément caractéristique de l'ensemble immobilier est le fait que la totalité des terrains d'assiette des constructions ne sont pas placés sous un régime unique d'indivision forcée entre les bâtiments comme dans le cas d'un groupe d'immeubles bâtis ; ils font au contraire*

¹⁷⁷ Pierre CAPOULADE et Claude GIVERDON, op. cit.

¹⁷⁸ C. Appel Aix en Provence, 16 avril 1992, RDI 1993, p. 115, Giverdon. L'importance de cet arrêt est particulièrement soulignée par le fait qu'il a été publié dans le bulletin de la Cour de cassation (Bulletin d'information de la Cour de cassation du 15 décembre 1992)

l'objet d'appropriations différentes, de droits privatifs distincts en vertu duquel un copropriétaire ou un groupe de copropriétaires se voit attribuer le droit d'utiliser une parcelle, une surface déterminée pour y édifier des bâtiments à son usage exclusif ». En conclusion, pour apprécier l'existence d'un ensemble immobilier au sens de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965, il convient « *de considérer, en premier lieu, le régime d'appropriation du sol – lequel doit être hétérogène – et, en second lieu, la présence d'aménagements ou de services à la gestion desquels il est pourvu en commun* »¹⁷⁹.

À cet égard, c'est en 1999 que la Cour de cassation a reconnu pour la première fois la validité de la division en volumes en tant qu'alternative à la copropriété¹⁸⁰. La Cour d'Appel ayant relevé l'existence de « *lots individualisant en superficie comme en hauteur des fractions d'immeubles autonomes les uns par rapport aux autres, ces lots ayant pour base diverses parcelles et étant formés d'espaces en tréfonds* » et déduit « *une hétérogénéité du régime juridique des fractions de l'immeuble* », la Cour de cassation avait conclu « *qu'il se trouvait ainsi constitué un ensemble immobilier pour lequel il était possible d'instituer une organisation différente de celle de l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965* ». En effet, le mécanisme de la division en volumes s'appuie sur le droit de superficie qui est le résultat d'une véritable dissociation juridique de l'immeuble. Dès lors, le droit de propriété s'exerce non pas sur le sol, mais sur le bien que constitue le volume. En ce sens, la division en volumes n'entraîne aucune indivision sur le sol. Le sol et l'espace sont fractionnés pour créer des volumes indépendants et autonomes, reliés entre eux par un jeu de servitudes, sans parties communes.

¹⁷⁹ Pierre CAPOULADE et Claude GIVERDON, « *Propos sur les ensembles immobiliers* », *op. cit.* n° 10

¹⁸⁰ Cass. 3^{ème} civ. 17 février 1999, Loyers et copropriété, avril 1999, n° 104

2°) *Une convention contraire créant une organisation différente*

65. L'existence d'une convention contraire créant une organisation différente constitue la seconde condition nécessaire pour déroger au régime d'ordre public de la copropriété. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler récemment dans un arrêt du 19 septembre 2012¹⁸¹.

Dans cette affaire, la Ville de Paris avait consenti un bail emphytéotique à une société civile immobilière (SCI) d'une durée de 55 ans dans le cadre d'un projet de construction d'un ensemble immobilier. La complexité de cet ensemble avait justifié la mise en place d'un état descriptif de divisions en volumes. Par la suite, la SCI avait fait apport à une association de ses droits sur le bail emphytéotique en ce qu'ils portaient sur un des volumes de l'ensemble immobilier. Les sommes représentant les quotes-parts des charges générales de l'ensemble immobilier n'ayant pas été acquittées par l'association, la SCI et un syndicat de copropriétaires avaient formé un recours en paiement de ces sommes.

Pour justifier son refus, l'association soutenait n'avoir souscrit aucune obligation au paiement de ces charges, les seules obligations lui incombant contractuellement résultant de l'acte d'apport du droit au bail emphytéotique qui n'en faisait pas mention. Au surplus, l'association arguait du fait que la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis était inapplicable. La référence au statut de la copropriété présentait un intérêt en l'espèce dans la mesure où la loi de 1965 prévoit expressément l'obligation pour les copropriétaires de participer aux charges générales. N'étant pas copropriétaire, l'association estimait ne pas en être redevable.

¹⁸¹ Cass. 3^{ème} civ. 19 septembre 2012, Defrénois 2012, page 1003s et commentaire C. ATIAS « *Menace sur la division en volumes ?* »

66. L'enjeu du litige portait donc sur le point de savoir si la loi du 10 juillet 1965 était ou non applicable d'office à l'ensemble immobilier. Au cas d'espèce, la Cour de cassation considère que faute d'avoir « *constaté la création d'une organisation différente, au sens de la loi, pour la gestion des éléments communs de l'ensemble immobilier, la Cour d'appel a violé le texte susvisé.* » La question fondamentale est de savoir ce qu'est une organisation différente au sens de la loi de 1965. À cet égard, la Cour de cassation livre dans l'exposé des motifs deux clés d'interprétation essentielles. D'une part, la convention doit prévoir « *la création d'une organisation présentant un caractère permanent, chargée de gérer les éléments et services communs de l'ensemble immobilier* ». D'autre part, « *l'état descriptif de division n'a pas de nature contractuelle et ne peut dès lors constituer la « convention contraire » visée à l'article 1er* ».

Sur le premier point, la Cour de cassation exige, au-delà des documents usuels établis dans le cadre d'une volumétrie, la création d'une véritable structure chargée de la gestion des éléments communs l'ensemble immobilier. En pratique, il est habituellement constitué une association, de type association syndicale libre (ASL) ou association foncière urbaine libre (AFUL) rassemblant les propriétaires de tous les volumes. Une telle organisation ne serait donc désormais pas simplement facultative.

Sur le second point, la Cour de cassation considère que l'état descriptif de division en volumes est dépourvu de caractère contractuel. Cette position de la Cour peut paraître surprenante dans la mesure où un état descriptif de division en volumes comporte fréquemment des stipulations contractuelles, notamment en tant qu'il établit des servitudes réciproques entre les volumes. Ainsi que le note Christian Atias : « *la cassation prononcée aurait pu être évitée en reconnaissant la double nature juridique du document ; elle a une portée limitée à la qualification de l'état descriptif de division. Elle est dépourvue de signification quant à la nature juridique de la division en volumes* ».

Il n'en reste pas moins qu'il convient de prendre en compte la décision ainsi rendue et d'être aujourd'hui vigilant dans la rédaction des documents de la division en volumes car l'existence d'un état descriptif de division en volumes ne peut permettre à lui seul d'écarter l'application du régime de la copropriété quand bien même la condition de fond c'est-à-dire d'hétérogénéité serait remplie.

67. Transition. - S'il est aujourd'hui unanimement admis que la division en volumes entre dans le champ d'application de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} et qu'à condition d'être organisée, elle échappe au statut impératif de la copropriété, est-elle applicable à tous les centres commerciaux ?

B - Application aux centres commerciaux

68. Ainsi qu'il a été évoqué précédemment, les propriétaires de cellules dans les centres commerciaux ont tout intérêt à échapper au statut impératif de la copropriété, qui leur est inadapté. La division en volumes constitue pour eux un mécanisme séduisant. Reste à savoir si elle peut être librement choisie. En effet, si la technique de la division en volumes est choisie dans le seul but d'écarter d'autres réglementations, en particulier celles relatives au lotissement ou à la copropriété, le risque de requalification n'est pas nul. Les configurations étudiées ci-après permettront de mieux apprécier les difficultés et de prendre conscience de l'insécurité juridique qui découle parfois du choix d'un tel montage pour les centres commerciaux.

69. La division en volumes est prohibée lorsqu'elle a pour effet de contourner la réglementation sur le lotissement. - Ainsi que le soulignent les rapporteurs de la deuxième commission du 103^{ème} Congrès des Notaires « *créer plus de deux volumes ayant chacun pour base une partie du terrain d'assiette de la division en volumes et procéder à leur mutation avant la construction revient à réaliser une opération de lotissement soumise à autorisation* ». En effet, chacun des *co-volumiers* aurait ainsi la

jouissance de la partie du terrain sur laquelle serait édifié son immeuble. Or la division en jouissance est constitutive d'un lotissement au sens de l'article L. 442-1 du Code de l'urbanisme¹⁸². Les sanctions en pareil cas consistent d'une part en la nullité des ventes et des locations prononcées à la requête des propriétaires, du maire ou du préfet¹⁸³, et d'autre part en la possibilité pour le maire d'exercer son droit de retrait concernant les permis de construire délivrés sur l'assiette foncière.

Pour éviter cette requalification, la solution consiste à prévoir que le tréfonds fasse l'objet d'un volume unique et que certains volumes au moins soient effectivement imbriqués ou superposés.

70. La division en volumes ne doit pas non plus être justifiée uniquement par la volonté d'écarter le statut impératif de la copropriété. - Si une telle fraude à la loi était avérée, elle aurait pour effet civil l'annulation du montage pour lui substituer une copropriété légale non optimisée et pour conséquence fiscale de rendre exigible le droit de partage calculé sur la valeur vénale de l'immeuble¹⁸⁴.

De toutes les conditions requises pour déroger au statut de la copropriété, celle tenant à l'hétérogénéité des droits de propriété sur le sol est essentielle pour distinguer un groupe d'immeubles bâtis - impérativement soumis au statut de la copropriété - d'un ensemble immobilier dont l'organisation peut être différente. Cette primauté du critère de l'hétérogénéité ressort clairement de l'attendu de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 février 1999¹⁸⁵. Cette dernière approuvait la Cour d'appel d'avoir « *déduit qu'il découlait de l'état descriptif une hétérogénéité du régime juridique des*

¹⁸² Article L. 442-1 C. urb. : « *Constitue un lotissement l'opération d'aménagement qui a pour objet ou qui, sur une période de moins de dix ans, a eu pour effet la division, qu'elle soit en propriété ou en jouissance, qu'elle résulte de mutations à titre gratuit ou onéreux, de partage ou de locations, d'une ou de plusieurs propriétés foncières en vue de l'implantation de bâtiments.* »

¹⁸³ Articles L.480-15 et L. 480-16 C. urb.

¹⁸⁴ L'administration fiscale pourrait en effet considérer que la mise en copropriété a provoqué le partage d'une indivision ordinaire.

¹⁸⁵ Cass. 3^{ème} civ. 17 février 1999, précité.

fractions de l'immeuble (telle) qu'il existait un ensemble immobilier pour lequel il était possible d'instituer une organisation différente de celle de l'article 1 de la loi du 10 juillet 1965 ». Au cas d'espèce, cette hétérogénéité était caractérisée par « *les modifications apportées à l'état descriptif de division initial qui avaient entraîné la création de nouveaux lots individualisant en superficie comme en hauteur des fractions d'immeubles autonomes les uns par rapport aux autres, et notamment (certains) lots qui avaient pour base diverses parcelles et étaient formés d'espaces en tréfonds* ». En d'autres termes, il ne suffit pas en principe de rédiger un état descriptif de division en volumes et de constituer une association syndicale gérant les équipements et services communs pour déroger au statut impératif de la copropriété. Encore faut-il que l'hétérogénéité du régime d'appropriation du sol existe véritablement.

71. Validité de la division en volumes appliquée aux ensembles immobiliers complexes. – L'hétérogénéité ne fait pas de doute lorsque coexistent sur une même assiette foncière des biens du domaine public (voies de chemins de fer, voies routières etc...) et des immeubles privés. Elle est également présente dans les ensembles immobiliers dits complexes, qui se caractérisent par « *un enchevêtrement de corps de bâtiments ne formant qu'une seule masse, ou par un ou plusieurs bâtiments au sein desquels s'imbriquent et se superposent des locaux appartenant à des propriétaires différents et destinés à une utilisation ou une affectation différente pour chacun d'eux.* »

Citons à titre d'illustration le quartier de la Défense à Paris, qui a constitué le premier exemple d'envergure de recours à la division en volumes. Dans ce quartier, on constate un enchevêtrement de différents régimes de propriété : les voies de circulation sous dalle et les parcelles de sol naturel ou artificiel affectées aux équipements publics relèvent du domaine public ; les immeubles affectés aux logements sont soumis au régime de la copropriété ; les tours de bureaux sont le plus souvent détenues en pleine propriété ou font l'objet d'un bail à construction d'une longue durée et les parkings affectés aux différents usagers peuvent faire l'objet d'autorisations d'occupation temporaires du domaine public ou de baux.

L'hétérogénéité est évidente dans ce type de configuration et l'éviction de la copropriété ne pose guère de difficulté.

72. Incertitude quant à l'application de la division en volumes aux centres commerciaux classiques. - En présence d'un centre commercial composé d'un hypermarché, d'une galerie marchande, d'un mail et d'un parking, on ne retrouve pas ces notions d'imbrication d'espaces et de statuts juridiques différents. La structure de ce type d'immeuble est naturellement homogène. En effet, l'hypermarché et les commerces installés dans la galerie marchande sont compris dans une même enceinte et on ne saisit pas très bien ce qui justifierait l'éclatement du droit de propriété sur le sol entre plusieurs propriétaires. En réalité, le terrain d'assiette d'un tel centre commercial, qu'il soit composé d'une seule parcelle cadastrale ou de plusieurs parcelles juxtaposées, est homogène et toute division du sol semble artificielle.

73. Hétérogénéité des affectations et recours à la volumétrie. - En présence d'immeubles homogènes, certains auteurs considèrent toutefois que le recours à la division en volumes demeure valable, dès lors que certains locaux ont une affectation différente et totalement autonome du reste de l'immeuble. Ainsi, le Professeur Philippe Simler estime que si « *le montage consistant à constituer, dans un immeuble à usage exclusif d'habitation autant de volumes que de lots, à la seule fin d'échapper au carcan du statut de la copropriété* » serait « *assurément frauduleux* », « *rien ne doit au contraire empêcher de constituer en volumes des entités correspondant à des affectations différentes, donc à des besoins différents, par exemple en dissociant un volume de locaux commerciaux ou professionnels d'un volume réservé exclusivement à l'habitation* »¹⁸⁶.

Bien que séduisant, ce raisonnement ne nous semble toutefois pas permis en l'état actuel du droit de la copropriété, tant au regard du texte de la loi du 10 juillet 1965

¹⁸⁶ Philippe SIMLER, « *Ouvrages complexes et droit de propriété* », RDI 1999, p. 489.

que de son esprit. D'une part, la notion d'affectation ne figure pas dans les cas d'exclusion du statut de la copropriété prévus à l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965. D'autre part, il convient de rappeler que si l'éviction du statut de la copropriété est admise dans les ensembles immobiliers, c'est en raison de l'hétérogénéité des droits de propriété sur le sol. La copropriété supposant une indivision du terrain d'assiette de l'immeuble, elle n'a pas été conçue pour organiser un ensemble d'immeubles bâtis sur un terrain d'assiette faisant l'objet de droits de propriété exclusifs et autonomes. En revanche, dès lors que le régime de propriété du sol est homogène et que c'est uniquement l'affectation de chaque lot qui est différente, il n'existe aucun obstacle structurel à l'application du statut de la copropriété. En d'autres termes l'hétérogénéité des affectations n'est pas, au sens de la loi du 10 juillet 1965, un obstacle à l'application du statut de la copropriété. La copropriété est un mode d'organisation de la propriété collective. La division en volumes est au contraire une création de la pratique qui permet de gérer les situations non prévues par le législateur de 1965, mais elle n'a pas vocation à remplacer la copropriété. Dans l'esprit du législateur, c'est d'ailleurs l'inverse qui est prévu, le statut de la copropriété est applicable à défaut de convention contraire créant une organisation différente. Enfin, soulignons que le critère de l'affectation des lots n'entre pas non plus dans la définition de l'ensemble immobilier posée par la Cour de cassation dans l'arrêt susvisé du 17 février 1999¹⁸⁷.

74. Absence de parties communes et recours à la volumétrie. - À défaut d'une réelle hétérogénéité, pourrait-on justifier l'éviction du statut impératif de la copropriété en invoquant l'absence de parties communes ? L'une des conditions essentielles¹⁸⁸ de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965 n'étant pas remplie, le statut impératif serait dans ce cas écarté. L'on pourrait alors imaginer de

¹⁸⁷ Cass. 3^{ème} civ. 17 février 1999, *AFUL Grand Ecran c/ASL Italie-Vandrezanne*, op.cit.

¹⁸⁸ La jurisprudence considère en effet que l'existence de parties communes est le critère essentiel de l'application de la loi du 10 juillet 1965 ; CA Paris, 28 avril 1983, RDI 1983, 372, Givord et Giverdon – dans cet arrêt la Cour d'Appel a estimé que le régime légal de la copropriété devait s'appliquer à un immeuble pour lequel aucun règlement de copropriété n'avait été établi mais dans lequel il existait des parties communes.

« scinder » le centre commercial en deux parties, l'une abritant l'hypermarché et l'autre la galerie marchande. Cette solution ne nous semble toutefois pas appropriée à l'organisation et à l'architecture d'un centre commercial. Le parking et le mail de la galerie marchande constituent en effet des parties communes *par nature*, indispensables au fonctionnement de l'ensemble. Dans un centre commercial, le parking est un équipement d'attraction majeur de la clientèle et le mail de la galerie en est le cœur, conduisant le chaland de vitrines en vitrines et constituant très souvent l'accès principal à l'hypermarché. Si l'absence de parties communes permet en théorie d'échapper au régime impératif de la copropriété, cette solution n'est donc pas envisageable pour les centres commerciaux.

75. Conclusion. – À l'exception de certains centres commerciaux implantés dans des ensembles immobiliers complexes ou cohabitant avec le domaine public, un centre commercial classique, composé d'un hypermarché, d'une galerie marchande comprenant différentes cellules et d'un parking, ne devrait pouvoir échapper au statut impératif de la loi du 10 juillet 1965. Force est toutefois de constater depuis de nombreuses années un engouement important de la pratique pour la volumétrie. Pourtant le fait qu'une pratique se répande ne signifie pas qu'elle soit fondée juridiquement. De l'aveu même des promoteurs de centres commerciaux, tous sont conscients du caractère peu orthodoxe de ces montages, mais ils parient d'une part sur le fait que les risques de remise en cause sont théoriques¹⁸⁹ et d'autre part sur une évolution législative qu'ils appellent de leurs vœux.

§ 2 - *Un régime de liberté aux effets contrastés*

¹⁸⁹ En théorie, le risque est l'annulation de l'état descriptif de division en volumes et du cahier des charges pour y substituer le régime de la copropriété tel qu'il résulte de la loi du 10 juillet 1965. Toutefois, en pratique encore faudrait-il qu'une personne ayant intérêt à agir porte le débat devant le juge.

76. Le régime de la division en volumes est caractérisé par une organisation empreinte de liberté (A). Comparé à la rigueur de la copropriété, cette liberté apparaît avantageuse, mais elle peut s'avérer contraignante et néfaste (B).

A - Une liberté d'organisation caractéristique

77. La liberté d'organisation se manifeste tant par l'indépendance juridique conférée à chaque volume que par le régime conventionnel substitué au dispositif impératif de la copropriété.

78. Autonomie de chaque volume. - Ainsi qu'il a été expliqué précédemment, chaque volume constitue un bien immobilier autonome pouvant être objet de droits réels. Chaque volume est donc juridiquement indépendant des autres. En conséquence, chaque *co-volumier* dispose, jouit et use de son bien comme il l'entend. Il est ainsi libre d'édifier les constructions qu'il souhaite sous réserve de rester dans les limites (cotes) définies par le géomètre. Il peut également l'exploiter librement et le modifier sans avoir à requérir l'accord des *co-volumiers*.

79. Régime purement conventionnel. - La technique de la division en volumes présente également l'avantage de substituer un régime purement conventionnel au dispositif impératif de la copropriété. Rappelons que pour échapper à ce statut l'article 1^{er} alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965 impose l'existence d'une convention créant une organisation différente. Or, l'organisation globale d'une division en volumes résulte de la combinaison de trois actes : un état descriptif de division, ayant pour objet de définir chacun des volumes, un cahier des charges, qui regroupe l'ensemble des règles régissant les relations entre propriétaires *co-volumiers* et les statuts d'une association regroupant tous les *co-volumiers*¹⁹⁰ et dont la fonction essentielle est de gérer et entretenir les espaces collectifs.

¹⁹⁰ L'association devant avoir un caractère réel s'imposant aux propriétaires successifs des volumes sans qu'il y ait besoin d'une adhésion à chaque mutation, le concepteur de la division en volumes a le choix entre l'association syndicale, régie par

Cette liberté totale de rédaction des actes, sous la réserve habituelle de l'ordre public et des bonnes mœurs, constitue à l'évidence l'atout majeur de la division en volumes par rapport à la copropriété. Ainsi, alors que la loi du 10 juillet 1965 impose des règles rigides et contraignantes concernant les règles de répartition et de calcul des charges, de convocation et de calcul de majorité aux assemblées générales, la division en volumes offre au contraire toute latitude à ses concepteurs pour définir des règles appropriées à l'affectation future de l'ensemble immobilier¹⁹¹. Par exemple un cahier des charges peut contenir une clause de non-concurrence alors qu'en matière de copropriété, la jurisprudence ne l'a admis que dans le cas très limité des centres commerciaux excentrés¹⁹². Compte tenu des impératifs d'organisation de la concurrence dans les centres commerciaux, évoqués précédemment¹⁹³, cet avantage est crucial.

Comparée au carcan de règles contraignantes gouvernant le régime de la copropriété, la division en volumes apparaît comme un *Eldorado* en matière d'organisation des ensembles immobiliers. Il convient toutefois de nuancer ce propos car une telle liberté impose au rédacteur une attention et une vigilance accrues et peut s'avérer, dans certains cas, néfaste pour le fonctionnement de la galerie marchande.

la loi du 21 juin 1865 et le décret du 18 décembre 1927 et l'association foncière urbaine, régie par tant par la loi précitée que par les articles L.332-1 et suivants du code de l'urbanisme. Depuis la réforme introduite par l'ordonnance de 2004, le régime des associations syndicales a été calqué sur celui des associations foncières urbaines (extension de l'objet à la gestion et l'entretien des ouvrages, extension de l'hypothèque légale) de sorte que désormais on peut choisir indifféremment l'une ou l'autre.

¹⁹¹ La clé de répartition des charges par exemple, peut être choisie librement. Ainsi, là où l'article 10 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit que les charges communes sont réparties entre les copropriétaires au prorata des tantièmes de copropriété afférents à leurs lots, eux-mêmes attribués en tenant compte, conformément à l'article 5 de la loi, de « *la consistance, la superficie, et la situation des lots, sans égard à leur utilisation* », le cahier des charges de l'immeuble divisé en volumes peut librement introduire le critère de l'utilité.

¹⁹² Cass. 3^{ème} civ. 25 novembre 1980, JCP 1981, G, IV p.57.

¹⁹³ Au sujet de la copropriété, chapitre 1 – section 1 - §1 – B -1°) a).

B - Une liberté contraignante, aux effets parfois néfastes

80. Liberté d'organisation relative. - Tout d'abord, l'exclusivité du droit de chaque *co-volumier* sur son bien n'est pas propre à la division en volumes. Dans le régime de la copropriété aussi « *les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque propriétaire*¹⁹⁴ ».

De surcroît, l'autonomie de chaque volume n'est pas totale. Outre le faisceau de servitudes nécessaires à la construction et à l'utilisation de l'ensemble¹⁹⁵, il existe des équipements à usage collectif tels que ascenseurs, cages d'escalier, locaux techniques. Ces équipements sont généralement regroupés au sein de volumes distincts dont la propriété est transférée à l'association foncière urbaine ou à l'association syndicale libre. Contrairement aux apparences, la division en volumes n'est donc pas qu'une juxtaposition de volumes purement autonomes, dont les propriétaires pourraient disposer et jouir de la manière la plus absolue. Les inconvénients attachés à la juxtaposition des volumes, comme les problématiques de gestion des espaces et équipements collectifs y sont également récurrents. A l'exception du régime d'indivision de ces derniers, auquel elle échappe¹⁹⁶, la division en volumes n'est donc pas fondamentalement plus avantageuse que la copropriété en ce qui concerne l'organisation des équipements communs.

Ainsi qu'il a été évoqué précédemment, l'atout indéniable de la division en volumes, réside dans la liberté conventionnelle qui préside à la rédaction des documents

¹⁹⁴ Art. 2, al. 2 L. 10 juillet 1965.

¹⁹⁵ Les servitudes générales entre volumes contenues dans le cahier des charges sont les servitudes d'appui, d'accrochage, de vue, de prospect etc ...

¹⁹⁶ L'article 4 de la loi du 10 juillet 1965 dispose en effet que « *les parties communes sont l'objet d'une propriété indivise entre l'ensemble des copropriétaires ou certains d'entre eux seulement ; leur administration et leur jouissance sont organisées conformément aux dispositions de la présente loi.* ». Toutefois, cette indivision peut être organisée par le règlement de copropriété de sorte que la gestion des équipements collectifs dans une copropriété peut être similaire à celle organisée dans le cadre d'une volumétrie.

organiques de l'ensemble immobilier (état descriptif de division en volumes, cahier des charges et statuts de l'association syndicale ou foncière urbaine) opposée au caractère impératif du statut de la copropriété. Il convient toutefois de nuancer cet avantage car cette liberté conventionnelle peut s'avérer redoutable si le rédacteur des actes n'a pas envisagé toutes les hypothèses.

81. Absence de dispositif supplétif correcteur. - Le statut de la copropriété ayant été volontairement écarté, ses dispositions ne pourront venir au secours d'un rédacteur peu rigoureux en comblant d'éventuelles lacunes rédactionnelles. En cas de destruction de l'ensemble immobilier par sinistre par exemple, il n'existe aucun dispositif palliatif, tel que celui mis en place par les articles 38 à 41 de la loi du 10 juillet 1965 qui permet de décider de reconstruire l'ensemble à la majorité des voix des copropriétaires. Classiquement, à défaut de règles supplétives, le droit commun s'applique qui, conformément à l'article 1103 du Code civil, impose l'accord unanime de l'ensemble des *co-volumiers* pour décider la reconstruction.

Le notaire rédacteur des actes disposera donc certes d'une grande latitude rédactionnelle, mais il devra redoubler de vigilance pour fixer les règles de fonctionnement de l'association syndicale libre¹⁹⁷, concevoir et anticiper les situations difficiles, trouver des solutions efficaces et veiller à une rédaction extrêmement précise de sorte que les clauses ne soient pas sujettes à interprétations contradictoires.

82. Grande indépendance, mais au détriment de l'intérêt collectif. - La liberté dont bénéficie chaque *co-volumier* de disposer et d'exploiter son espace peut se révéler néfaste pour le fonctionnement et l'organisation d'un centre commercial.

¹⁹⁷ Le 103^{ème} Congrès des Notaires recommande sur ce point de régler parfaitement par exemple « *l'objet de l'association, les modalités de convocation, la tenue et l'organisation des assemblées générales, les droits de vote, les règles de délégation de vote, les règles de quorum et de majorité, les pouvoirs du président, la répartition des charges (lorsque celle-ci n'est pas traitée par le cahier des charges), le mode de recouvrement des cotisations et leur montant* », Division de l'immeuble – le sol – l'espace – le bâti n°2430.

Même si l'hypermarché et la galerie marchande appartiennent à deux propriétaires différents, leur réussite commune impose de favoriser l'unité et la cohérence du centre. Si une telle unité est possible en période faste, elle est en revanche beaucoup plus illusoire en période de tension économique. Chacun pourra en effet avoir tendance à préserver en priorité son intérêt : maintien de la prospérité de l'hypermarché pour l'un, de la rentabilité des cellules de la galerie marchande pour l'autre. L'élaboration du plan de commercialisation de la galerie marchande en est une bonne illustration. De manière générale, le propriétaire de l'hypermarché a intérêt à ce que des activités de service *primaire*, telles que pressing, cordonnerie, viennent compléter son offre commerciale. L'investisseur qui détient la galerie marchande cherche au contraire à attirer des activités plus rémunératrices liées à l'équipement de la maison et de la personne qui non seulement sont plus rentables pour lui, mais qui sont également susceptibles de faire concurrence aux produits vendus dans l'hypermarché. Ce conflit potentiel est renforcé dans le régime de la division en volumes où chaque *co-volumier* a la possibilité de se comporter comme le « *seul maître à bord* » et de privilégier son intérêt privé au détriment de celui du centre commercial. La réussite du centre dépendra donc de la volonté des uns et des autres de mettre en œuvre une politique commune et de la respecter. À la différence du statut de la copropriété, le régime de la division en volumes marque le triomphe de l'indépendance des volumes et des *co-volumiers* au détriment de la préservation de l'intérêt collectif du centre commercial.

CONCLUSION

83. Inadaptation du statut de la copropriété. - Réputé pour la rigueur de ses principes et la rigidité de son application, le régime impératif de la copropriété se révèle, sans grande surprise, inadapté aux spécificités des centres commerciaux et impropre à constituer un mode d'organisation de ce type d'immeubles. Au-delà du régime, l'inadaptation se révèle également structurelle et, de ce point de vue, plus fondamentale. Ainsi qu'il a été évoqué précédemment, la loi du 10 juillet 1965 a été votée dans le but d'organiser la propriété collective d'immeubles à usage principal d'habitation et non pour abriter des activités économiques. Il en résulte une différence essentielle : dans un centre commercial, la motivation principale du copropriétaire, qu'il soit exploitant direct ou simplement investisseur, est la rentabilité du local qu'il possède, qui dépend étroitement de la réussite du centre commercial. À l'inverse, le copropriétaire d'un immeuble à usage d'habitation aura à cœur de préserver son « îlot » de propriété individuelle des atteintes causées – ou susceptibles de l'être - par la seule existence des autres copropriétaires. Dans le premier cas, la collectivité est un atout recherché, dans le second, elle est vécue comme une menace dont il faut se préserver. Cette différence essentielle rend illusoire et vaine toute entreprise visant à aménager la loi du 10 juillet 1965.

84. Insécurité relative des montages en volumes. - Consciente de ces difficultés, la pratique s'est tournée vers la division en volumes, qui a très vite rencontré un vif succès en particulier chez les investisseurs institutionnels. Il est vrai que la liberté totale d'organisation et de rédaction, si elle est maîtrisée, permet de doter le centre commercial d'un dispositif souple et adapté. Ainsi qu'il a été évoqué, cette liberté a cependant une contrepartie. D'une part au regard du droit positif, il existe un risque de disqualification de certaines divisions en volumes lorsqu'il s'avère que l'organisation mise en place n'est pas suffisamment différente de la loi du 10 juillet 1965 ou que l'immeuble n'est pas d'une complexité telle que le recours à la division en volumes s'impose. Le risque de disqualification d'une division en volumes en copropriété pourrait par exemple se réaliser si un *co-volumier* minoritaire ou non

satisfait de la répartition des charges demandait en justice l'application, plus favorable, du statut de la copropriété¹⁹⁸. À l'exception des centres commerciaux confrontés au domaine public ou constituant des ensembles immobiliers complexes, la validité des montages basés sur une division en volumes est donc précaire. D'autre part l'absence totale de dispositif supplétif en cas de lacune dans le montage ou la rédaction des actes peut être source de blocages, la seule issue pour adopter une règle nouvelle étant de la soumettre au vote unanime de tous les *co-volumiers*. La solution se révèle à cet égard bien plus pénalisante que l'application du statut de la copropriété. Elle peut également se révéler néfaste lorsque chaque *co-volumier* entend utiliser son espace en privilégiant son intérêt au détriment de l'unité et de la cohérence du centre commercial.

85. Vœux d'intervention législative. - Pour pallier ces incertitudes, qui constituent une source d'insécurité juridique difficilement compatible avec la pérennité du centre commercial et offrir aux centres commerciaux une organisation sûre et autonome, une intervention législative pourrait être salutaire. S'agissant de la division en volumes, nous pensons qu'il serait souhaitable d'introduire dans l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965 la notion d'hétérogénéité de l'affectation. Une telle modification aurait notamment un intérêt pour les immeubles de centre-ville composés de logements en étages et de commerces en pied d'immeuble, car elle permettrait d'isoler juridiquement la partie commerciale de la partie résidentielle au sein de volumes distincts, soumis à des règles différentes. S'agissant du régime de copropriété, il nous paraît souhaitable de l'assouplir lorsque l'immeuble n'est pas affecté à un usage d'habitation, en autorisant certaines dérogations propres à ce type d'immeuble. Ainsi, un règlement de copropriété de centre commercial pourrait librement fixer le calcul des tantièmes ou encore contenir une clause de non-concurrence. En cas de carence du règlement de copropriété et à défaut d'accord des

¹⁹⁸ Cette hypothèse est visée par la 4^{ème} commission du 103^{ème} Congrès des Notaires de France « *Division de l'immeuble – Le sol – L'espace – Le bâti* », n° 4041

copropriétaires réunis en assemblée générale, les règles de la loi du 10 juillet 1965 pourraient s'appliquer de façon supplétive.

Ces modifications offriraient l'avantage de faire évoluer les modes de propriété collective en les adaptant aux formes contemporaines d'utilisation des immeubles.

La division en volumes, conçue en fonction des affectations, accèderait à un niveau supérieur dans l'échelle des systèmes d'organisation, passant de la division de l'espace à sa rationalisation.

Redouté des investisseurs en raison de sa rigidité, le statut de la copropriété retrouverait quant à lui une seconde jeunesse à la faveur d'un régime à double détente, fondé sur la différence à notre sens fondamentale entre les immeubles à usage d'habitation et les centres commerciaux. Un centre commercial ne doit pas être conçu comme un bien statique, simple objet de droit. Le centre commercial est au service d'un ensemble économique organisé et géré comme une unité, dont la réussite nécessite parfois des restrictions aux droits individuels, par exemple en matière de réglementation de la concurrence. À la différence des immeubles d'habitation, qui ne sont le plus souvent constitués que d'une juxtaposition d'individus contraints de partager un même immeuble en raison de la densification des villes, le centre commercial, par la coordination des actions individuelles, crée une synergie bénéfique aux intérêts de ses membres. Cette différence fondamentale justifierait que l'on distingue deux régimes de copropriété. Le régime impératif de la loi de 1965 conçu « *en vue de sauvegarder l'individuel*¹⁹⁹ » et instauré « *dans le but de défendre les souscripteurs d'appartements et les candidats à la copropriété contre les dangers de clauses parfois abusives contenues dans certains contrats d'adhésion qui leur*

¹⁹⁹ « *L'intérêt collectif et les droits individuels des copropriétaires dans la copropriété des immeubles bâtis* », Christian Larroumet, JCP, éd. G, 1976, II, 2812, p. 43s.

*(étaient) souvent remis sans la moindre possibilité de discussion*²⁰⁰ » continuerait à s'appliquer aux immeubles d'habitation. Ce régime serait en revanche supplétif pour les immeubles à usage autre que d'habitation. Les copropriétaires d'un immeuble à destination essentiellement économique pourraient ainsi établir des règles de fonctionnement adaptées à leurs besoins.

Si le législateur venait à exaucer ces vœux, la copropriété et la division en volumes deviendraient-elles alors les techniques d'organisation les plus appropriées aux centres commerciaux ?

86. La propriété collective, un mode inapproprié aux centres commerciaux. -

L'organisation d'un centre commercial suppose une cohérence tant au niveau des règles de fonctionnement quotidiennes (horaires d'ouverture, modalités de livraison), que du panachage des activités ou de la détermination et la mise en œuvre d'une politique commerciale commune. À l'évidence, ces objectifs sont plus simples à atteindre lorsque le centre commercial appartient à une seule entité, qui pilote et dirige, que lorsque le pouvoir de décision est partagé entre plusieurs personnes. Le système gagne également en efficacité dans la mesure où les décisions sont prises et exécutées rapidement. En revanche, si les cellules du centre commercial sont détenues par un ou plusieurs investisseurs, détenant chacun un droit réel concurrent de celui des autres, il est plus difficile de parvenir à une unité et en tout état de cause le fonctionnement du système est ralenti (décisions importantes impliquant des réunions d'assemblée générale, négociations aboutissant à des solutions de compromis, etc...).

Dans un système où la propriété du centre commercial n'est pas collective, les commerçants exploitent leur activité en vertu d'un droit personnel. Parmi les droits personnels reconnus en droit français, la question est désormais de savoir lequel

²⁰⁰ Monsieur Raymond ZIMMERMANN, Rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'Administration générale de la République, lors des débats parlementaires devant l'Assemblée Nationale le 22 avril 1965 (JOAN du 24 avril 1965, page 818s).

d'entre eux est le plus approprié aux spécificités d'organisation d'un centre commercial.

CHAPITRE 2 - LA SUPERIORITE DU BAIL COMMERCIAL SUR LES AUTRES DROITS PERSONNELS

87. En préambule du présent titre, nous avons évoqué le caractère protéiforme de la notion de centre commercial et présenté trois modes d'organisation différents selon que l'on privilégie le droit réel ou le droit personnel. Ainsi que nous venons de le voir, il est à plus d'un titre préférable que les exploitants du centre ne détiennent pas de droits réels sur les cellules commerciales. Afin de favoriser l'unité et l'efficacité de l'organisation de l'ensemble, nous avons même préconisé qu'une seule personne ou entité détienne un droit réel sur l'ensemble du centre commercial.

Cependant, la réussite du centre commercial suppose que l'exploitation de l'hypermarché et celle des cellules de la galerie marchande soit confiée à des commerçants compétents. Le propriétaire du centre, s'il est également exploitant de l'hypermarché, est certes un professionnel du commerce, mais les méthodes appliquées à la grande distribution ne sont pas toujours adaptées aux petites et moyennes surfaces. Il est donc plus judicieux qu'il confère à des commerçants indépendants la jouissance des cellules de la galerie marchande tout en conservant la propriété afin de garder un pouvoir de décision et de contrôle sur l'ensemble.

88. En matière immobilière, le pouvoir appartient à celui qui détient un droit direct sur l'immeuble. Celui qui dispose d'un droit personnel est dans une position de relative infériorité dans la mesure où il tient son droit à la jouissance du bien du propriétaire, ce dernier disposant du pouvoir plus ou moins important d'en encadrer les modalités. Cette hiérarchie des pouvoirs sur la chose se révèle utile à l'organisation d'un centre commercial car elle confère au propriétaire du centre les moyens juridiques d'orienter la politique commune. Pour que l'intérêt collectif soit préservé, ce pouvoir n'est cependant pas absolu. Ainsi que nous le verrons dans la deuxième partie de notre étude, le statut impératif des baux commerciaux constitue un contre-pouvoir important. Conférer un droit personnel à chaque exploitant tout en

conservant la propriété du centre commercial, telle est la solution qui nous paraît la mieux adaptée.

Le droit personnel est le droit d'une personne, le créancier, d'exiger d'une autre, le débiteur, l'exécution d'une prestation. La prestation consiste, pour le débiteur, « à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose²⁰¹ ». Dans un centre commercial, la prestation du propriétaire consistera à conférer à chaque exploitant la jouissance personnelle et exclusive d'un local. En contrepartie, celle de l'exploitant consistera notamment à verser une somme d'argent au propriétaire.

89. Si le contrat de bail en demeure l'archétype, la gamme des contrats permettant à un propriétaire de conférer la jouissance d'un bien est assez étendue, mais tous ne sont pas adaptés aux centres commerciaux. Nous excluons en priorité le prêt à usage - ou commodat - dans la mesure où le propriétaire ne peut percevoir aucun paiement en contrepartie de la jouissance du local²⁰². Le contrat de dépôt doit également être écarté, car il impose une obligation pour le propriétaire de veiller à la garde des choses placées dans les locaux par le cocontractant²⁰³. La location-gérance, définie comme le contrat par lequel « *le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce (...) en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls*²⁰⁴ » aurait pu être envisagée. Dans cette configuration, le locataire-gérant bénéficie à la fois de la jouissance du fonds de commerce et de celle du local dans lequel il est exploité. Elle suppose toutefois que le propriétaire du centre soit non seulement propriétaire du fonds de commerce exploité dans chacune des cellules, mais qu'il ait également exploité chacun de ces fonds pendant deux

²⁰¹ Art. 1101 ancien C. civ.

²⁰² L'article 1876 du Code civil dispose en effet que « *ce prêt est essentiellement gratuit* ».

²⁰³ L'article 1915 du Code civil dispose que « *le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature* ». La jurisprudence a en outre précisé que l'obligation pour le propriétaire de veiller à la garde de la chose entreposée dans son bien est le critère distinctif du prêt à usage qui permet de le différencier du contrat de bail (Cass. 1^{ère} civ. 2 novembre 1966, Bull. civ. I, n° 489).

²⁰⁴ Art. L.144-1 C. com.

années au moins²⁰⁵, ce qui n'est pas envisageable en pratique à l'échelle d'un centre commercial.

90. En définitive, trois conventions ont retenu notre attention. Il s'agit de la concession immobilière (section 1), de la convention d'occupation précaire (section 2) et de l'attribution en jouissance dans le cadre des magasins collectifs de commerçants indépendants (section 3). L'objectif des développements qui vont suivre est de démontrer en quoi ces conventions qui font naître un droit équivalent, par sa nature, à celui issu du bail commercial, sont moins adaptées aux spécificités des centres commerciaux.

²⁰⁵ L'article L. 144-3 du Code de commerce dispose que : « *les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance doivent avoir exploité pendant deux années au moins le fonds de commerce ou l'établissement artisanal mis en gérance* ».

Section 1 – Les limites de la concession immobilière

91. Définition. - « *La concession immobilière est le contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble ou partie d'immeuble, bâti ou non bâti, en confère la jouissance à une personne dénommée concessionnaire, pour une durée de vingt années au minimum et moyennant le paiement d'une redevance annuelle*²⁰⁶ ».

92. Comparaison avec le bail. - À maints égards, la concession immobilière et le bail commercial partagent des caractéristiques communes. Dans l'un et l'autre cas, le propriétaire d'un bien en confère la jouissance à une personne de laquelle il reçoit une contrepartie financière. Ces deux régimes accordent également une liberté aux parties de déterminer les règles concernant la charge des réparations²⁰⁷. La garantie de jouissance paisible due par le concédant au concessionnaire est par ailleurs similaire à celle due par le bailleur à son locataire²⁰⁸. Enfin, la responsabilité du concessionnaire en cas de dégradations causées au bien est identique à celle du locataire²⁰⁹.

Pour le reste, la concession immobilière est très différente du statut du bail commercial. Ainsi que le rappelait Maître Bruno Boccara²¹⁰, le Gouvernement de l'époque « *avait conscience de la nécessité d'aménager le statut des baux commerciaux et si l'abrogation de la propriété commerciale paraissait depuis longtemps exclue en raison des droits acquis dont la protection est parfaitement légitime, tout justifiait la recherche d'une nouvelle option législative* ». Compte tenu des craintes de voir apparaître un « *régime concurrentiel de la propriété*

²⁰⁶ Art. 48 L. n° 67-1253 du 30 décembre 1967.

²⁰⁷ La rédaction de l'article 1719 du Code civil et celle de l'article 52 alinéa 2 de la loi du 30 décembre 1967 sont très proches sur ce sujet.

²⁰⁸ La rédaction de l'article 49 de la loi du 30 décembre 1967 s'inspire fortement de celle de l'article 1721 du Code civil.

²⁰⁹ Sauf le cas où les dégradations sont causées par un incendie car le statut de la concession immobilière ne prévoit aucun article similaire aux articles 1733 et 1734 du Code civil.

²¹⁰ « *La concession immobilière* », Jurisclasseur Construction – Urbanisme, Fascicule 112.

commerciale », le Gouvernement avait affirmé que la concession immobilière devait constituer un « *système parallèle, facultatif et limité* », censé non pas « *attaquer la propriété commerciale* », mais permettre de s’engager « *dans la seule voie qui lui évitera d’être discutée dans les vingt ou vingt-cinq années à venir, en permettant à un autre régime d’offrir de nouvelles possibilités aux parties de la France en mutation, aux commerces de jeunes et à un jeune commerce*²¹¹ ».

93. À première vue, un système permettant de conférer la jouissance d’un bien à usage commercial sans reconnaître la propriété commerciale au locataire et en toute franchise du statut des baux commerciaux est séduisant (§ 1). Pourtant, la concession immobilière n’a pas reçu un accueil favorable dans les centres commerciaux et nous allons tâcher d’en comprendre les raisons (§ 2).

§ 1 – Les avantages apparents de la concession immobilière

94. Outre le fait que la convention la constatant doit faire l’objet d’un acte authentique publié à la conservation des hypothèques, ce qui est de nature à renforcer la situation des parties par rapport aux tiers, la concession immobilière offre deux avantages pour le propriétaire comparé au bail commercial. Les parties sont en effet libres de fixer les modalités de révision de la redevance et aucune propriété commerciale n’est reconnue au concessionnaire.

²¹¹ Michel DEBRE, Ministre de l’Economie et des Finances, lors des débats parlementaires à l’Assemblée Nationale le 27 juin 1967 au sujet du projet de loi d’orientation foncière et urbaine et plus particulièrement de l’article 37 portant sur les concessions immobilières, JOAN CR 27 juin 1967, p. 2275.

A - La liberté de révision de la redevance

95. Principe de liberté. - Comme en matière de bail commercial, les parties sont libres de fixer le montant initial de la redevance, mais à la différence de celui-ci, elles peuvent convenir librement des modalités de sa révision²¹².

Le régime de la concession immobilière est ici très différent de celui des baux commerciaux où, par crainte d'une inflation des loyers, le législateur a édicté des règles impératives. Le loyer du bail renouvelé ne peut pas être librement déterminé par les parties, mais doit au contraire correspondre à la valeur locative²¹³. Un mécanisme de plafonnement de l'évolution du loyer révisé, qui doit correspondre à la plus faible des deux sommes entre la valeur locative et le loyer indexé²¹⁴ en application de l'indice du coût de la construction (ICC) ou de l'indice trimestriel des loyers commerciaux (ILC) s'il a été choisi par les parties²¹⁵, complète le dispositif d'encadrement légal.

96. Nuances. - Il convient toutefois de nuancer la portée de cet avantage. En premier lieu, le mécanisme de plafonnement du montant du loyer révisé n'est pas applicable aux baux dont la durée excède douze ans²¹⁶. Sachant que la concession immobilière est de vingt ans minimum, l'absence de règle de plafonnement est identique à celle déjà prévue par le statut des baux commerciaux.

²¹² Art. 48, al. 3 L. 30 décembre 1967 : « *La redevance est révisable selon les modalités prévues par le contrat.* »

²¹³ Art. L.145-33 C. com.

²¹⁴ L'article L. 145-34 du Code de commerce réserve toutefois le cas où la valeur locative a varié de plus de 10% en raison d'une modification des facteurs locaux de commercialité auquel cas le mécanisme de plafonnement est écarté.

²¹⁵ Depuis le 20 juin 2014, date d'entrée en vigueur de la loi dite Pinel, l'ICC a été supprimé en tant qu'indice de référence, au profit de l'ILC pour les locaux commerciaux et de l'ILAT pour les locaux tertiaires.

²¹⁶ Art. L.145-34, al. 3 C. com. : « *Les dispositions de l'alinéa ci-dessus ne sont plus applicables lorsque, par l'effet d'une tacite reconduction, la durée du bail excède douze ans.* »

En second lieu, il convient de noter que la révision de la redevance prend le plus souvent la forme d'une indexation. Les parties doivent veiller au choix de l'indice pour ne pas encourir la nullité au regard de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier qui sanctionne « *toutes clauses prévoyant des indexations fondées sur le salaire minima interprofessionnel garanti (salaire minimal de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires, ou sur le prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties* ». Comme en matière de bail commercial, les parties devront par conséquent choisir soit l'indice du coût de la construction (ICC), soit l'indice des loyers commerciaux (ILC).

En définitive, cette liberté conventionnelle dans la révision de la redevance n'est pas totale. Elle demeure toutefois avantageuse dans la mesure où l'application des indices est généralement plus avantageuse que la référence à la valeur locative. Elle offre également l'avantage d'être plus simple d'utilisation dans la mesure où l'indexation est moins sujette à interprétation que la référence à la valeur locative. Les sources de litige y sont donc moins importantes.

B - L'absence de droit au renouvellement pour le concessionnaire

97. L'article 48, alinéa 2 de la loi du 30 décembre 1967 dispose que « *La concession immobilière (...) ne peut se prolonger par tacite reconduction* ». L'absence de droit au renouvellement au profit du concessionnaire est un avantage pour le propriétaire qui conserve, à l'expiration du contrat de concession, le pouvoir de renouveler ou non les droits de son cocontractant. Cela est d'ailleurs avantageux à plus d'un titre.

En premier lieu parce que, contrairement à ce qui est prévu en matière de bail commercial²¹⁷, le propriétaire peut refuser le renouvellement du contrat de concession sans avoir à justifier d'un motif grave et légitime à l'encontre du concessionnaire.

En second lieu, l'absence de droit au renouvellement permet également d'éviter que le concessionnaire soit entretenu dans un sentiment de confort et de sécurité total, ce sentiment pouvant être propice au relâchement des efforts nécessaires au maintien de l'attractivité du commerce qu'il exploite. Ainsi, le régime de la concession immobilière permet, par exemple, à un propriétaire de centre commercial de refuser de renouveler le contrat d'un commerçant qui, bien qu'en règle avec les obligations contenues dans le contrat de concession le liant au propriétaire, n'est pas assez performant au regard des intérêts de la galerie marchande.

98. L'article 57 de la loi du 30 décembre 1967 complète ce dispositif en précisant que « *les dispositions législatives relatives aux contrats de louage ne sont pas applicables aux contrats de concession immobilière* », de sorte que le concessionnaire ne peut invoquer en fin de concession le bénéfice du statut des baux commerciaux qui lui permettrait d'obtenir un droit au renouvellement.

§ 2 – *Les inadaptations constatées*

99. En dépit de ces avantages apparents par rapport au bail commercial, le contrat de concession immobilière se révèle en réalité inadapté aux besoins des centres commerciaux. En effet, le régime de la concession immobilière est non seulement extrêmement contraignant et aléatoire (A), mais il est également un facteur de déséquilibre important entre les parties (B).

²¹⁷ Art. L.145-17 C. com.

A - Un régime extrêmement contraignant et aléatoire

100. Comparé au statut des baux commerciaux, dont le Code de commerce ne prévoit qu'un nombre limité de dispositions impératives, le régime de la concession immobilière est à cet égard bien plus contraignant. En effet, l'article 58 de la loi du 30 décembre 1967 dispose : « *sont réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, les stipulations incluses dans un contrat de concession immobilière qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent chapitre* », de sorte que l'intégralité du régime est d'ordre public.

Ainsi que le soulignait Boccara « *il est peu d'exemples d'un régime contractuel entièrement édifié à coup de prescriptions d'ordre public. (...) en comparaison, le régime des baux commerciaux dont on voulait s'affranchir par une attitude « évolutive » paraissait une oasis de liberté ...*²¹⁸ ».

L'application de ce régime peut également être aléatoire. En effet, le législateur a souhaité qu'il bénéficie d'une totale autonomie en précisant que « *les dispositions législatives relatives au contrat de louage ne sont pas applicables aux contrats de concession immobilière* »²¹⁹. Une telle autonomie est cependant illusoire, le régime de la concession immobilière n'étant pas exhaustif. Dans le silence des textes, la Cour de cassation²²⁰ admet que les dispositions du Code civil, constituant le droit commun du contrat de louage s'appliquent, l'article 57 de la loi du 30 décembre 1967 écartant simplement les statuts spécifiques qui lui sont concurrents²²¹. Pour éviter toute

²¹⁸ B. BOCCARA, Jurisclasseur Construction-Urbanisme, Fascicule 112, n°91.

²¹⁹ Art. 57 L. 30 décembre 1967.

²²⁰ Cass. 3^{ème} civ. 10 février 1981, Bull. civ. III, n°28.

²²¹ L. 6 juillet 1989 en matière de baux d'habitation et articles L.145-1 et suivants du Code de commerce issus du Décret du 30 septembre 1953.

confusion il aurait été préférable que le législateur exclut expressément les statuts spéciaux et non toutes les dispositions législatives.

B - Un déséquilibre important entre les parties

101. Le régime de la concession immobilière est caractérisé par des garanties exorbitantes accordées au concessionnaire (a), censées compenser l'absence de droit au renouvellement de la concession mais qui, à terme, déséquilibrent les rapports entre les parties en sacrifiant les intérêts des propriétaires concédants (b) au point de les dissuader d'opter pour ce régime.

1°) Les garanties exorbitantes accordées au concessionnaire

102. Le concessionnaire se voit reconnaître une très grande liberté dans trois domaines principaux : le choix de la destination des locaux, la résiliation anticipée dans les six premières années d'exécution de la convention et la cession des droits issus du contrat.

103. La libre destination des locaux, une liberté néfaste à l'organisation du centre. - L'article 50 de la loi du 30 décembre 1967 dispose que « *le concessionnaire a le droit de donner au bien qu'il a reçu en concession toute destination de son choix sous réserve des stipulations contractuelles tendant à assurer que cette destination est compatible avec la nature de l'immeuble, qu'elle ne porte pas préjudice à l'organisation générale de l'ensemble dans lequel il se situe, et qu'elle ne déroge pas à la règle prévue par l'article 56* ». Le concessionnaire se voit ainsi reconnaître une très grande liberté dans le choix de la destination du local qu'il occupe, d'autant plus que le régime de la concession immobilière ne prévoit pas, à l'instar du statut des baux commerciaux, de règles relatives à la déspecialisation, ce qui ouvre la voie à des changements d'activités, mineurs ou radicaux, à la seule discrétion du concessionnaire.

Cette liberté est dangereuse et n'est pas adaptée au fonctionnement d'un centre commercial.

104. Obstacle au contrôle de la diversité des activités. - La réussite d'un centre commercial suppose notamment la variété des commerces qui y sont exploités. Dans un centre commercial de petite taille par exemple, on veille à assurer en priorité la satisfaction des besoins de la vie courante. Aussi peut-on trouver des commerces tels qu'une boulangerie, une pharmacie, un tabac-presse et des prestataires de service tels qu'un salon de coiffure et un pressing. Dans une galerie de plus grande dimension, on trouve en supplément des activités liées à la personne : restauration rapide, parfumerie, vêtements, bagagerie, optique, fleuriste. La variété étant une des clés d'attraction de la clientèle, il est prudent de mettre en place des dispositifs permettant d'empêcher que deux commerçants abandonnent tous deux leur activité pour exercer la même au motif qu'elle serait plus rémunératrice.

105. Obstacle à l'efficacité des clauses d'exclusivité. - En second lieu, cette faculté de changement d'affectation est également inadaptée au fonctionnement d'un centre commercial car elle réduit à néant les clauses d'exclusivité parfois stipulées dans les contrats entre le propriétaire du centre et les commerçants. En effet, l'installation d'un commerce dans un centre commercial a un coût relativement élevé. Les locaux sont en général livrés bruts de béton avec arrivées des fluides et de la première nappe du *sprinklage*. Chaque commerçant est ensuite responsable de l'aménagement intérieur du local mis à sa disposition. Il participe également au financement des aménagements extérieurs collectifs (vitrine sur mail, grille de protection). En outre, le démarrage d'un centre commercial impose des investissements lourds, qui ne sont parfois récompensés que deux ou trois ans après au minimum. Afin de permettre aux « pionniers » du centre commercial de s'établir, il est fréquent de négocier une clause d'exclusivité. La faculté offerte au concessionnaire de modifier unilatéralement l'affectation de son local va donc directement à l'encontre de cette pratique et met en danger l'équilibre du centre commercial.

L'article 50 de la loi du 30 décembre 1967 réserve toutefois trois hypothèses dans lesquelles la liberté du concessionnaire peut être limitée. La destination choisie doit tout d'abord être « *compatible avec la nature de l'immeuble* ». Pour la doctrine²²², cette formulation imprécise renvoie à la notion de destination générale de l'immeuble telle qu'elle existe dans l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965. Ainsi, le concessionnaire ne sera pas libre d'installer un commerce dans un immeuble dont la destination est exclusivement bourgeoise.

La destination choisie doit en outre ne pas porter préjudice à « *l'organisation générale de l'ensemble* ». S'appuyant sur les rapports et travaux parlementaires préalables²²³, la doctrine considère que cette organisation générale est celle qui est définie dans des documents extérieurs à la convention des parties et qui s'imposent au concédant. Il s'agira le plus souvent d'un règlement de copropriété ou du cahier des charges d'un lotissement ou d'une association syndicale libre ou foncière. Dès lors que ces documents précisent que certaines activités sont nécessaires à la satisfaction des besoins des occupants de l'ensemble, la convention de concession doit le préciser et le concessionnaire doit s'y soumettre en choisissant les activités en conséquence.

Pour canaliser la liberté de choix du concessionnaire et la rendre compatible avec l'organisation d'un centre commercial, la solution consisterait à définir, dans le règlement intérieur par exemple, les activités qui sont nécessaires. Une telle tentative nous semble cependant vaine. Il résulte en effet de l'exposé des motifs de la loi du 30 décembre 1967 que cette limitation au libre choix du concessionnaire a été introduite pour que « *l'objet des commerces (...) demeure celui requis par les besoins des*

²²² B. BOCCARA, *op. cit.* n°27

²²³ Le rapport BOZZI (p.99), visé par B. BOCCARA dans son étude susvisée fait référence « *aux règles générales d'urbanisme qui imposent une certaine compatibilité appréciée par la puissance publique ou par le juge entre la destination de l'immeuble ou sa nature et la situation de celui-ci* ». L'exposé des motifs de la Loi du 30 décembre 1967 indique en outre : « *il est nécessaire que l'objet des commerces intéressés par l'application de ces régimes demeure celui requis par les besoins des habitants des autres habitations : aussi la nullité des dispositions faisant échec aux dispositions générales du régime de la concession immobilière ne pourra être opposée aux clauses des cahiers des charges organisant les centres commerciaux et les grands ensembles* ».

habitants des autres habitations ». Cette précision n'est pas transposable en l'état aux centres commerciaux situés en-dehors des villes car il n'existe pas d'autres occupants dans le centre que les commerçants eux-mêmes ; à moins d'adopter une conception plus large du texte et de considérer que laisser libre cours aux velléités des commerçants d'installer l'activité qu'ils souhaitent est de nature à « *porter préjudice à l'organisation générale de l'ensemble* » car un centre commercial nécessite une diversité d'activités.

Cette conception extensive n'étant cependant pas celle que concevait le législateur à l'époque et compte tenu du caractère impératif de la loi, la solution nous semble dangereuse. Si l'on s'en tient à l'explication donnée par l'exposé des motifs de la loi et que l'on souhaite la transposer aux centres commerciaux, peut-être pouvons-nous en revanche étendre la règle aux besoins des habitants du secteur ? S'il s'agit d'un centre commercial excentré, les besoins de ces habitants ne sont-ils pas néanmoins satisfaits par le panel de produits proposés par le seul supermarché ou hypermarché du centre ? A la rigueur, des activités telles que la blanchisserie, la cordonnerie et la distribution automatique de billets pourraient être considérées comme correspondant à des besoins réels de la population, mais en tout état de cause dès lors que ces activités existeront dans une galerie marchande, les concessionnaires des autres cellules seront libres d'y installer l'activité qu'ils souhaitent, même si elle est directement concurrente de celles exploitées par le concédant dans l'hypermarché. Si le centre commercial est situé dans une zone plus importante en périphérie de ville, la solution est encore plus aléatoire car les besoins des habitants ont toutes les chances d'être satisfaites ailleurs de sorte que l'argument ne pourra pas être opposé aux concessionnaires de la galerie marchande qui seront alors libres d'exercer l'activité qu'ils veulent.

La troisième limitation au principe de liberté du concessionnaire quant au choix de la destination de son local résulte de l'application de l'article 56²²⁴ de la loi du 30 décembre 1967 qui dispose que « *dans le cas où, à l'expiration du contrat, la concession d'un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal n'aurait pas été renouvelée par suite du refus du propriétaire, celui-ci ne peut, pendant les cinq années suivant cette expiration, ni se livrer dans l'immeuble concédé à une activité analogue à celle exercée par le concessionnaire, ni conférer ce droit à autrui.* » Cette disposition sera étudiée ultérieurement.

La liberté du concessionnaire quant au choix de l'activité qu'il souhaite exercer est donc incompatible avec les impératifs d'organisation d'un centre commercial, tout comme l'est la liberté de résiliation qui lui est offerte.

106. Possibilité de résiliation anticipée au cours des six premières années. - Comme tout contrat synallagmatique, la concession immobilière peut être résiliée de la commune intention des parties. À la différence des contrats classiques, le législateur a cependant introduit un mécanisme de résiliation unilatérale au profit du concessionnaire, qui peut résilier la convention « *pendant les six premières années, à charge pour lui de donner un préavis de six mois. La résiliation est de droit et ne donne lieu à aucune indemnité*²²⁵ ». ».

Le propriétaire peut quant à lui résilier le contrat pendant toute sa durée, mais ce droit n'est pas discrétionnaire. Au surplus, il n'est susceptible de jouer que dans des hypothèses très peu fréquentes dans la mesure où le concédant doit justifier que les

²²⁴ Article 56 de la loi du 10 décembre 1967 : « *Dans le cas où, à l'expiration du contrat, la concession d'un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal n'aurait pas été renouvelée par suite du refus du propriétaire, celui-ci ne peut, pendant les cinq années suivant cette expiration, ni se livrer dans l'immeuble concédé à une activité analogue à celle exercée par le concessionnaire, ni conférer ce droit à autrui. Toutefois, le tribunal de grande instance peut autoriser, aux conditions qu'il détermine, le propriétaire à passer outre à cette interdiction si la poursuite de l'activité antérieurement exercée par le concessionnaire est indispensable à l'approvisionnement en biens de première nécessité des personnes résidant dans l'ensemble immobilier dans lequel le local est implanté ou si, du fait des aménagements dont le coût a été supporté par le propriétaire, le local ne se prête qu'à l'exercice d'une seule activité* ».

²²⁵ Art. 53 al. 3 L. 30 décembre 1967.

biens objets de la concession font partie d'un ensemble qui doit être démoli en vue de la réalisation d'une construction²²⁶.

Un tel déséquilibre dans les droits des parties n'est pas adapté au fonctionnement d'un centre commercial. Dans un sens, il est compréhensible que le commerçant trouve utile cette « *période d'essai* » qui lui permet de tester le potentiel d'attractivité de la clientèle du centre commercial ; mais dans le même temps, c'est ignorer l'intérêt du propriétaire soucieux de la pérennité des activités exercées dans la galerie marchande. En outre, il ne nous semble pas que cette prérogative exorbitante prévue au profit du concessionnaire se justifie en pratique, car elle semble ignorer la part de risque qui est inhérente à son activité de commerçant. De plus, cette précarité est inopportune car les premières années d'un centre commercial sont souvent les plus difficiles. Il convient donc d'éviter qu'un commerçant découragé puisse se permettre de résilier la convention, au risque de provoquer une vague d'incertitude et de remise en question chez les autres exploitants, de nature à mettre en péril l'avenir du centre commercial.

La création et l'essor d'un centre commercial ne sont pas seulement un défi pour les exploitants d'un centre commercial, c'en est un également pour son propriétaire. En réalité, leurs intérêts sont intimement liés et il n'y a donc pas lieu de sacrifier l'intérêt de l'un à la satisfaction du confort des autres. L'étude de la dernière liberté accordée au concessionnaire parachèvera la démonstration de l'inaptitude du contrat de concession immobilière à organiser une galerie marchande de centre commercial.

107. Libre cession des droits issus du contrat de concession. - L'article 51 de la loi du 30 décembre 1967 dispose que : « *le concessionnaire peut céder tout ou partie de ses droits à un tiers* ». La liberté de cession du droit issu du contrat de

²²⁶ Art. 53 al. 4 L. 30 décembre 1967.

concession immobilière est ici pleinement consacrée, à l'inverse du régime des baux commerciaux.

108. Cession indépendante de celle du fonds de commerce. - En premier lieu, le statut des baux commerciaux admet le principe de libre cession du droit au bail à condition qu'elle accompagne celle du fonds de commerce. Cette condition n'existe pas dans le régime de la concession immobilière, de sorte que le concessionnaire peut parfaitement transférer son fonds de commerce en un autre lieu et céder son droit à un autre commerçant qui exercerait une toute autre activité.

109. Formalisme de la cession. - En deuxième lieu, la cession du droit au bail commercial est soumise à certaines formalités légales. Avant la réforme du droit des contrats de 2016²²⁷, la cession devait, pour être opposable aux tiers, être signifiée au débiteur en vertu de l'article 1690 du Code civil²²⁸. Les cessions intervenant depuis le 1^{er} octobre 2016 doivent désormais respecter les formalités allégées de l'article 1324 du Code civil, qui substitue la simple notification à la signification faite par tous moyens. Ce formalisme s'applique toutefois uniquement aux cessions de droit personnel²²⁹. Pour savoir si l'article 1324 du Code civil est applicable à la cession du droit du concessionnaire, il convient donc de déterminer si ce droit est de nature personnelle ou réelle.

Cette question est largement controversée. En faveur de sa qualification de droit réel, une partie de la doctrine soutient que ce contrat suppose la capacité de disposer et

²²⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ».

²²⁸ Cass. Ass. plén. 14 fév. 1975, D.S. 1975, p.349 – Article 1690 du Code civil : « le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ».

²²⁹ Cela résulte tant d'un argument textuel (l'article 1324 du Code civil figure au chapitre II du titre IV du livre troisième, intitulé « Les opérations sur obligation ») que de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « les dispositions de l'article 1690 ne sont pas applicables aux mutations de droits réels immobiliers (Cass. 3^{ème} civ., 7 nov. 1990, Bull. civ. I, n°317), qui devrait être transposée.

qu'il doit être passé par acte authentique afin d'être publié au fichier immobilier²³⁰. En outre, le concessionnaire a le droit de donner au bien toute destination de son choix et d'en changer, ou encore d'y apporter tout aménagement ou modification nécessités par l'exercice de son activité ou la transformation de celle-ci²³¹ ; ceci lui donne un droit direct sur le bien encore plus étendu, par exemple, que celui de l'usufruitier, contraint d'« *en conserver la substance*²³² ». Contre sa qualification de droit réel, une autre partie de la doctrine soutient que ce droit « *n'est pas susceptible d'hypothèque et (qu'il) a pour contrepartie principale, non pas une obligation de construire, mais une redevance en argent, comme un bail classique*²³³ ». À notre connaissance, aucune jurisprudence n'a encore à ce jour tranché cette controverse.

110. Nature du droit du concessionnaire. - Si la comparaison du régime du droit du concessionnaire avec celui des droits réels et personnels s'avère infructueuse, envisageons la question par l'analyse de la structure de ce droit. Selon l'expression imagée du Doyen Carbonnier, les caractéristiques des droits réels et personnels sont les suivantes : « *dans le droit personnel, deux personnes ; dans le droit réel, une seule, en face de la chose*²³⁴ ». En d'autres termes, dès lors que l'existence du droit par rapport à la chose passe par l'intermédiaire d'une personne, ce droit est personnel et non réel. S'agissant du contrat de concession immobilière, l'article 48 de la Loi du 30 décembre 1967 dispose qu'il est un contrat par lequel « *le propriétaire d'un immeuble (...) en confère la jouissance à une personne dénommée concessionnaire* ».

²³⁰ Art. 48 al. 2 L. 30 décembre 1967 : « *La concession immobilière est consentie par ceux qui ont la capacité de disposer ; elle fait l'objet d'un acte authentique, publié au fichier immobilier, et qui doit comporter une référence expresse aux dispositions du présent chapitre.* »

²³¹ Art. 50 al. 2 et 3 L. 30 décembre 1967 : le concessionnaire « *peut, à condition d'en informer préalablement le propriétaire, apporter au bien concédé tout aménagement ou modification nécessités par l'exercice de son activité ou la transformation de celle-ci, lorsque leur réalisation n'intéresse pas d'autres parties de l'immeuble affectées à usage privatif, ou ne risque pas de compromettre le bon aspect ou la solidité de l'immeuble. Le propriétaire ne peut s'y opposer, si ce n'est pour un motif sérieux et légitime. Il peut faire toute construction qu'il estime nécessaire sous réserve des dispositions incluses au contrat* ».

²³² Art. 578 C. civ.

²³³ Lamy, Droit Immobilier, éd.2001, §224

²³⁴ CARBONNIER J., « *Droit civil, les biens* », PUF, coll. « Themis », 1^{ère} éd. 1956, p. 42.

C'est donc bien d'une personne, le propriétaire, que le concessionnaire tient son droit, ce qui confèrerait alors à celui-ci la nature d'un droit personnel et non réel. Au surplus, au plan étymologique, le mot concession provient du verbe latin *concedere*, qui signifie accorder quelque chose à quelqu'un. Par ailleurs, le fait que l'article 51 alinéa 3 de la loi du 30 décembre 1967 admette la possibilité d'inclure le droit à la concession immobilière dans le nantissement du fonds de commerce auquel il se rapporte est de nature à renforcer cette thèse. En effet, le fonds de commerce ne comprend jamais ni les immeubles ni les droits réels immobiliers. Admettre la nature réelle du droit de concession immobilière constituerait donc une entorse à cette règle.

Cependant, si le contrat de concession immobilière fait naître un droit de nature personnelle au profit du concessionnaire, il convient de rappeler que ce dernier dispose d'un véritable droit de superficie temporaire - dont la nature réelle n'est plus contestée aujourd'hui²³⁵ - sur les éventuels aménagements, modifications et constructions qu'il réalise²³⁶.

Pour notre part, nous considérons que le droit du concessionnaire est de nature personnelle, mais que la loi lui attribue certaines caractéristiques propres aux droits réels. En théorie, la cession du droit du concessionnaire devrait donc, tout comme celle du droit au bail commercial, respecter les formalités de l'article 1324 du Code civil. Qu'arriverait-il cependant si ces formalités n'étaient pas respectées ? La doctrine classique considère que ces dernières constituent de simples formalités de publicité, c'est-à-dire d'opposabilité de la cession aux tiers²³⁷. L'article 48 de la loi du 30 décembre 1967 impose déjà que le contrat de concession immobilière soit publié au fichier immobilier. Il nous semble donc que la publicité de la cession

²³⁵ Cass.civ. 1^{ère}, 18 déc. 1963, Bull. civ. I, n°564.

²³⁶ Comme c'est également le cas en matière de bail commercial

²³⁷ Contra LARROUMET C., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, qui considère que ces formalités servent à constituer le débiteur cédé de mauvaise foi s'il s'acquitte de sa dette auprès du créancier cédant après avoir été dûment informé de la cession.

pourrait être assurée par deux canaux, soit par la publication au fichier immobilier, soit par le respect des modalités de l'article 1324 du Code civil. De ce point de vue, il n'y aurait donc pas de différence de régime entre la concession immobilière et le statut des baux commerciaux.

111. Etendue de la liberté de cession du droit du concessionnaire. - En troisième lieu, il se pose la question de savoir si, comme en matière de baux commerciaux, il est possible de limiter contractuellement la liberté de cession du concessionnaire ou du moins de la soumettre à certaines modalités. Rappelons que l'article 51 de la loi du 30 décembre 1967 énonce clairement que « *le concessionnaire peut céder tout ou partie de ses droits à un tiers* ». La seule limite au principe de liberté de cession envisagée par le législateur est celle d'un droit préférentiel d'acquisition au profit du propriétaire, lui permettant ainsi non seulement de se porter acquéreur, mais également d'être informé de tout projet de cession du concessionnaire. Le contrat devra d'ailleurs prévoir les modalités d'exercice de ce droit. Hormis ce droit préférentiel, le législateur n'a pas prévu la possibilité d'autres stipulations contractuelles permettant d'encadrer la liberté de cession du droit du concessionnaire.

Faut-il en déduire que de telles stipulations ne sauraient exister dans le contrat ? Afin de répondre à cette question, il convient de faire un parallèle entre le statut des baux commerciaux et la loi du 30 décembre 1967. Aux termes de l'article L.145-16 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* ». Ne sont expressément visées par le législateur que les conventions qui interdisent la cession concomitante du bail et du fonds de commerce. La doctrine et la pratique en ont déduit *a contrario* que les clauses visant à encadrer ou limiter cette cession sont en revanche valides. Ces clauses peuvent par exemple limiter la cession

au profit du seul cessionnaire du fonds de commerce²³⁸ ou subordonner la cession à l'agrément du bailleur²³⁹. La sanction du non-respect de ces clauses par le preneur est la résiliation du bail sans indemnité d'éviction et sans mise en demeure²⁴⁰.

En matière de concession immobilière en revanche, l'article 58 de la loi du 30 décembre 1967 dispose que « *sont réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, les stipulations incluses dans un contrat de concession immobilière qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent chapitre* ». La disposition législative est beaucoup plus générale. Elle doit être complétée par l'article 51 de la loi du 30 décembre 1967 qui dispose que « *le concessionnaire peut céder tout ou partie de ses droits à un tiers. Le contrat peut stipuler qu'un droit préférentiel d'acquisition sera reconnu au propriétaire, et que, à défaut d'accord amiable, celui-ci pourra demander en justice la fixation du prix de cession* ». En ne prévoyant qu'un seul tempérament à la liberté de céder les droits de concession, il nous semble que le législateur a entendu accorder au concessionnaire une liberté de cession plus importante que celle offerte au preneur à bail commercial. C'est d'ailleurs ce que révèlent les travaux préparatoires de la loi, qui prévoyaient de « *permettre au concessionnaire de céder ses droits sans que cette faculté puisse être contractuellement subordonnée à l'agrément du propriétaire*²⁴¹ ». Par conséquent, une clause qui subordonnerait la cession à l'agrément du concédant pourrait être considérée comme ayant pour effet de faire échec à l'article 51 et serait réputée non écrite.

112. Conclusion. - Il s'avère que la liberté offerte au concessionnaire de céder les droits issus du contrat de concession est étendue et qu'il n'est pas aisé de l'encadrer. Une telle liberté se révèle elle aussi inadaptée au fonctionnement d'un centre commercial. En effet, sauf à exercer son droit préférentiel d'acquisition – à

²³⁸ Cass.civ. 28 avr. 1971, Bull.cass. 1971, 3, n° 264.

²³⁹ Cass.com. 14 janv. 1958, J.C.P. 1978, 2, 10466.

²⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} av. 1971, R.D.C. 1972, 594.

²⁴¹ Dailly, JO Sénat, 11 novembre 1967, p.1213.

condition qu'il ait été prévu - le propriétaire n'a pas la maîtrise du choix du cessionnaire. Si la personne du cessionnaire est le plus souvent indifférente dans les situations classiques, il existe au contraire dans les rapports contractuels au sein d'un centre commercial un fort *intuitu personae* entre le propriétaire du centre et les commerçants. Ceci découle du fait que, outre la diversité des activités, c'est la capacité personnelle de chaque commerçant à s'intégrer dans un mouvement collectif d'une part et à développer l'attractivité de son commerce individuel d'autre part qui contribuent à l'essor du centre commercial. Le choix des commerçants est donc un élément primordial pour la réussite d'un centre commercial. Une fois de plus, on constate la faiblesse du régime de la concession immobilière opposée à l'efficacité du statut des baux commerciaux.

L'ensemble des garanties offertes au concessionnaire ont été introduites dans le but de compenser l'absence de droit au renouvellement. Si ces avantages profitent au concessionnaire au détriment du propriétaire, ce dernier voit également ses intérêts sacrifiés par les règles qui vont suivre.

2°) *L'aggravation des obligations du concédant*

113. D'une part, la garantie due par le concédant est plus large que celle qui incombe au bailleur. En vertu de l'article 1721 du Code civil, le bailleur doit « *garantie au preneur pour tous les vices et défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage* », tandis que le concédant doit garantir au concessionnaire « *tous les vices ou défauts de l'immeuble concédé qui en empêchent ou en restreignent l'usage* ». Outre la garantie classique des défauts empêchant l'usage des biens, le concédant doit également garantir le concessionnaire contre ceux qui le restreignent, ce qui est à l'évidence beaucoup plus large.

D'autre part, à l'expiration du contrat de concession et à condition d'être à l'origine du non renouvellement, le concédant perd la liberté d'utiliser le local librement. En effet, l'article 56 de la loi du 30 décembre 1967 prévoit que « *dans le cas où, à*

l'expiration du contrat, la concession d'un immeuble n'aurait pas été renouvelée par suite du refus du propriétaire, celui-ci ne peut, pendant les cinq années suivant cette expiration, ni se livrer dans l'immeuble concédé à une activité analogue à celle exercée par le concessionnaire, ni conférer ce droit à autrui ».

114. Cette règle constitue une entrave très lourde à la liberté du propriétaire de disposer de son bien. Appliquée aux centres commerciaux, elle soulève une interrogation et une difficulté majeure.

L'on peut en effet s'interroger sur la portée exacte de l'expression « *dans l'immeuble concédé* ». Littéralement, cela pourrait viser le centre commercial dans son ensemble de sorte qu'en théorie, si le concédant décidait par exemple de ne pas renouveler la convention de concession souscrite avec le boulanger de la galerie, il serait dans l'impossibilité d'installer une nouvelle boulangerie non seulement à l'emplacement du précédent boulanger mais également dans tout autre emplacement. La solution paraît toutefois excessive. Sans doute le législateur vise-t-il le local précédemment occupé et non tout l'ensemble commercial, mais à défaut de jurisprudence, l'incertitude demeure.

Quelle que soit la définition retenue, la difficulté engendrée est de même nature. À l'expiration du contrat de concession immobilière, le concédant a le choix entre laisser le local vacant pendant cinq ans ou bien y installer un commerçant exerçant une autre activité, prenant le risque de déséquilibrer le plan de commercialisation initial. En poussant le raisonnement à l'extrême, on pourrait même imaginer que les contrats de concession expirant tous la même année, ce qui n'est pas une hypothèse d'école dans les centres commerciaux créés, le concédant qui ne souhaite pas renouveler l'ensemble des conventions se trouve dans l'impossibilité absolue de faire fonctionner le centre commercial normalement pendant cinq ans.

115. Conclusion. - Le régime de la concession immobilière est dissuasif non seulement pour le propriétaire mais également pour les banques dans la mesure où les six années offertes au concessionnaire constituent une période de précarité qui n'est

pas favorable à l'obtention d'un financement. Au-delà de ces aspects anti-économiques, les lourdes contraintes juridiques qu'elle impose et le sacrifice des intérêts du concédant qu'elle entraîne rendent la concession immobilière incompatible avec l'organisation d'un centre commercial.

Section 2 – Les limites de la convention d’occupation précaire

116. Définition et régime de la convention d’occupation précaire. – La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l’artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite Loi Pinel, a introduit un nouvel article L. 145-5-14 dans le Code de commerce. Cet article dispose que « *n’est pas soumise au présent chapitre la convention d’occupation précaire qui se caractérise, quelle que soit sa durée, par le fait que l’occupation des lieux n’est autorisée qu’à raison de circonstances particulières indépendantes de la seule volonté des parties.* » Créée par la pratique et validée par la jurisprudence, la convention d’occupation précaire est désormais définie légalement et exclue expressément du statut des baux commerciaux.

La convention d’occupation précaire se définit d’abord négativement par le fait qu’elle n’est pas constitutive d’un bail. Pourtant, comme le bail, il s’agit d’un contrat par lequel le propriétaire d’un bien en confère la jouissance à une autre personne moyennant un certain prix. La convention d’occupation précaire s’en distingue toutefois par le fait que le propriétaire peut y mettre un terme à tout moment. Le critère de distinction entre les deux conventions est donc la précarité du droit qui est consenti à l’occupant. L’essence d’une telle convention réside dans la fragilité de la situation de l’occupant. Il ne bénéficie d’aucun droit au maintien dans les lieux et « *s’expose donc à voir du jour au lendemain disparaître les relations contractuelles*²⁴² ». En pratique, cette convention est particulièrement appréciée par les contractants qui ne souhaitent pas voir leur relation contractuelle encadrée de façon rigide par les différentes réglementations applicables aux contrats de bail²⁴³. En effet, la convention d’occupation précaire n’étant pas constitutive d’un bail, elle échappe tant au droit commun du louage qu’au statut des baux commerciaux. Cette

²⁴² C. ROY-LOUSTAUNAU, chron. Préc.

²⁴³ Art. 1713s C. civ. sur le louage de choses ; L. n° 86-1290 du 23 décembre 1986 sur l’investissement locatif ; L. n° 89-462 du 6 juillet 1989 sur le bail d’habitation ; D. n° 53-960 du 30 septembre 1953 sur le bail commercial.

exclusion représente un avantage certain pour les propriétaires/occupants qui souhaitent s'affranchir des contraintes du statut des baux commerciaux. A cet égard, le juge dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation et de requalification du contrat en cas de fraude. Le juge doit, en effet, vérifier que « *le propriétaire justifie d'un motif sérieux et légitime pour ne pas consentir un bail assujéti à la réglementation et que la précarité de l'occupation constitue la cause impulsive et déterminante du contrat et a été expressément voulue par les parties en raison de circonstances spéciales*²⁴⁴ ». Etant étrangère au statut des baux commerciaux et au contrat de louage de droit commun, la convention d'occupation précaire est régie par la volonté des parties. Ainsi, ces dernières ne sont pas tenues, par exemple, des obligations et responsabilités traditionnelles des bailleurs et locataires. En outre, le propriétaire n'a pas à donner congé et aucune indemnité n'est due au départ de l'occupant. En contrepartie, le montant de la redevance versée est généralement faible²⁴⁵.

117. Inadaptation de la convention d'occupation précaire aux locaux d'un centre commercial. – Ce régime, qui accorde une place privilégiée à la liberté contractuelle, peut sembler séduisant. Il se révèle toutefois inadapté au fonctionnement d'un centre commercial. En effet, l'installation d'un commerce dans un centre exige du commerçant non seulement de l'énergie, mais également le financement de lourds investissements pour l'aménagement du local. En contrepartie, le commerçant désireux d'amortir ses investissements, est demandeur de stabilité. De son côté, le propriétaire de l'immeuble est lui aussi attaché à la stabilité des commerçants car celle-ci est un facteur de fidélisation de la clientèle. Du fait de la précarité qui la caractérise, la convention d'occupation précaire paraît manifestement contraire à la volonté des protagonistes d'un centre commercial et incompatible avec son fonctionnement. Pourtant, elle n'est pas totalement exclue de l'organisation des centres commerciaux.

²⁴⁴ Cour d'appel de Lyon, 12 novembre 1981, *Revue des loyers*, 1982, p. 444.

²⁴⁵ La redevance est en principe inférieure à un loyer. Il est à noter que le caractère faible du montant de la redevance constitue l'un des critères de qualification retenus par la jurisprudence.

118. Utilité de la convention d’occupation précaire pour les stands implantés dans le centre commercial. – Bien qu’elle ne puisse être utilisée pour les locaux exploités dans le centre commercial, la convention d’occupation précaire n’en demeure pas moins un des instruments juridiques privilégié par les propriétaires pour encadrer contractuellement la mise à disposition de stands ou d’emplacements dans la galerie marchande. Le recours à la convention d’occupation précaire dans cette configuration a d’ailleurs été validé par la jurisprudence comme alternative au bail commercial²⁴⁶. En effet, dès lors que les stands et emplacements sont exclus du statut des baux commerciaux en l’absence notamment de local clairement identifié et de clientèle propre, la convention d’occupation précaire, par sa flexibilité, apparaît comme l’outil privilégié d’encadrement contractuel des relations entre le propriétaire et l’exploitant.

Le plus souvent, les stands implantés dans les centres commerciaux portent sur des activités saisonnières ou ponctuelles. Leur présence permet de créer une animation supplémentaire, de nature à favoriser l’attraction de la clientèle et à compléter l’offre des commerçants installés. De tels stands, en principe mobiles et démontables, sont par essence précaires et donc tout à fait compatibles avec la convention d’occupation précaire. Une telle convention s’avère au surplus équilibrée pour les parties. Elle offre en effet au propriétaire l’avantage de ne conférer aucune jouissance libre et exclusive des lieux aux occupants. Le propriétaire reste ainsi maître tant de la durée de l’exploitation que du lieu d’exercice de celle-ci. Il peut même demander, sans préavis, aux occupants de déplacer leur stand. En contrepartie, les exploitants bénéficient de conditions financières avantageuses de par la modicité de la redevance

²⁴⁶ Cass. 3^{ème} civ. 9 février 1994 « la convention, qui ne constituait pas un bail, conférait à M. Y... un droit d’occupation essentiellement précaire, la cour d’appel, qui a exactement retenu que l’application du décret du 30 septembre 1953 est subordonnée à l’existence d’un bail portant sur un immeuble ou sur un local, a, sans trancher une contestation sérieuse, légalement justifié sa décision en relevant que l’emplacement, d’une superficie approximative et qui avait déjà été transféré, était laissé à la discrétion de la société La Samaritaine et que, malgré la nature et la spécificité de l’activité exercée par M. Y..., celui-ci ne bénéficiait d’aucune autonomie de gestion, alors que les horaires d’ouverture et de fermeture étaient déterminés discrétionnairement par cette société et qu’il n’avait pas d’autre clientèle que celle qui fréquentait ce « magasin ».

et l'absence de charges qui leur est généralement accordée. Ils accèdent ainsi à moindre coût à la même clientèle que celle des commerçants installés dans les locaux du centre commercial.

En-dehors du cas très particulier des stands saisonniers de vente, la convention d'occupation précaire se révèle, en raison de sa nature même, inadaptée au fonctionnement d'un centre commercial. C'est donc tout à fait naturellement que les commerçants et le propriétaire du centre commercial, soucieux de stabilité, vont lui préférer le bail commercial.

Section 3 – Les limites de l’attribution en jouissance

119. Créée en 1938 par le législateur pour permettre la construction d’immeubles en commun par des personnes soucieuses de construire pour elles-mêmes à moindres frais, la société d’attribution en jouissance a connu un grand essor jusqu’à la loi du 3 janvier 1967 organisant la vente d’immeubles à construire. Ce mécanisme a ensuite bénéficié d’une seconde jeunesse grâce à la loi du 11 juillet 1972²⁴⁷, qui créa les magasins collectifs de commerçants indépendants pour doter ces derniers d’une structure juridique censée leur permettre de concurrencer les grandes surfaces de distribution. Bien qu’ingénieuse, cette organisation ne fût que peu utilisée. Après avoir décrit la tentative des magasins collectifs de commerçants indépendants (§ 1), nous tenterons d’en analyser les raisons de l’échec (§ 2).

§ 1 – La tentative des magasins collectifs de commerçants indépendants

A - La genèse des magasins collectifs de commerçants indépendants

120. En préambule, il est utile de rappeler le contexte économique de l’époque. Dans les années 1960, les grandes surfaces étaient en plein essor et les « *petits commerçants* » avaient les plus grandes difficultés à faire face aux nouvelles techniques de distribution : très vaste gamme de produits vendus dans les grands magasins, présentation des produits dans des rayonnages aux dimensions hors du commun, prix de revient réduits grâce aux volumes des ventes, politiques de publicité percutantes etc. À cette époque, les faillites des boutiquiers étaient très nombreuses.

Soucieux de conserver leur indépendance, mais néanmoins conscients des atouts indéniables offerts par les grandes surfaces commerciales, les commerçants réfléchissaient à une nouvelle forme d’organisation de leur commerce. À l’instar des

²⁴⁷ L. n°72-651 du 11 juillet 1972, codifiée aux articles L.125-1s du nouveau Code de commerce.

grands magasins, ils souhaitaient créer une structure commune leur permettant de se regrouper, de partager les coûts d'installation et d'entretien et de créer des pôles de commercialité permettant d'attirer une clientèle plus variée et nombreuse, tout en conservant leur indépendance. Toute la difficulté était de concevoir un dispositif permettant de concilier à la fois la volonté d'indépendance des commerçants et l'existence de la structure commune qui supposait une certaine autorité sur ses membres. De ce point de vue, le droit de propriété classique se révélait inadapté. En effet, si chaque commerçant était propriétaire de son emplacement, il devenait extrêmement difficile, en raison des caractéristiques du droit de propriété, de l'exclure s'il violait la règle commune.

C'est dans ce contexte de tension entre les grands distributeurs et les commerçants de détail que fut importé un concept imaginé en Suède en 1962 : le magasin collectif de commerçants indépendants.

B - Le fonctionnement des magasins collectifs de commerçants indépendants

121. Description des magasins collectifs de commerçants indépendants. -

Ce type de magasin réunit dans une même enceinte des commerçants indépendants exerçant chacun leur activité à un emplacement précis du magasin. Pour le consommateur, il apparaît comme une grande surface classique. Les produits sont organisés en rayons par activités (fromagerie, poissonnerie, droguerie, etc...). Le client paie à une caisse commune. Mais à la différence des grandes surfaces, chaque rayon est tenu par un commerçant indépendant différent, qui est propriétaire de son fonds de commerce. L'idée maîtresse du dispositif était de favoriser l'union des commerçants pour organiser la résistance aux grandes surfaces en reprenant, en apparence, la même organisation et les mêmes techniques de vente.

Cette organisation de fait fut d'ailleurs fortement encouragée par les pouvoirs publics. Ainsi, dans une circulaire du 27 mai 1970, le Premier ministre demanda aux préfets d'accorder aux magasins collectifs un « *préjugé favorable et une priorité pour*

*l'instruction des demandes présentées en vue de l'accord préalable et du permis de construire*²⁴⁸ ». Il restait alors à doter ces structures d'une organisation juridique. Ce fut chose faite par l'adoption de la loi n° 72-651 du 11 juillet 1972, aujourd'hui intégrée dans le Code de commerce aux articles L. 125-1 et suivants.

122. Mécanisme de l'attribution en jouissance. - Au cœur du dispositif légal, on trouve le mécanisme de l'attribution en jouissance que Monsieur Jean Paillusseau, dont les travaux inspirèrent en grande partie les travaux préparatoires de la loi, compléta sagement par l'utilisation de mécanismes sociétaires (GIE, société anonyme et société coopérative).

Au mécanisme de l'attribution en jouissance et particulièrement à la loi du 28 juin 1938, il emprunta l'idée maîtresse selon laquelle le droit à la jouissance d'un emplacement est subordonné à la détention de titres de la société qui est propriétaire de l'immeuble.

Les premières applications de l'attribution en jouissance remontent à la période immédiatement postérieure à la première guerre mondiale. À l'époque, les propriétaires d'immeubles subissaient une fiscalité très lourde, en particulier sur les biens qu'ils louaient. Afin d'échapper à cette taxation, certains propriétaires avaient conçu l'idée de constituer une société civile dont l'objet était double : devenir propriétaire d'un immeuble et en attribuer la jouissance aux associés, chacun ayant, en fonction du nombre de parts qu'il possédait, vocation à la jouissance d'un ou plusieurs appartements décrits dans un état descriptif de division qui était joint aux statuts. Il était par exemple stipulé qu'aux parts numérotées de un à trente était rattachée la jouissance d'un appartement numéro un. Lorsqu'un associé souhaitait vendre l'appartement dont il avait la jouissance, il lui suffisait de céder ses parts. La

²⁴⁸ Cette circulaire, publiée au Journal officiel le 21 juillet 1970, est citée dans le fascicule que Messieurs J. PAILLUSSEAU et P. LE FLOCH ont consacré à l'étude des magasins collectifs de commerçants indépendants (Encyclopédie Dalloz – Droit de l'entreprise, février 2003).

société restait donc propriétaire de l'immeuble jusqu'à ce qu'elle soit dissoute. Les associés devenaient alors, par l'effet de la liquidation de la société, propriétaires des appartements rattachés à leurs parts respectives. Pendant toute la durée de vie de la société, les relations entre associés étaient organisées par les statuts. Ceux-ci pouvaient, entre autres, prévoir des clauses d'agrément en cas de cession des parts. « *Construisant à frais communs, chacun avait droit à la jouissance et vocation à la propriété d'un local à proportion de sa participation aux dépenses* »²⁴⁹. Au plan fiscal, cette société était transparente de sorte que les associés étaient réputés être propriétaires de leur lot et en cas de dissolution, le partage entraînait seulement le paiement du droit d'enregistrement de 1%.

Au regard du droit des sociétés, ce montage était peu orthodoxe. Il s'opposait en premier lieu à l'article 1832 du Code civil qui suppose, pour qu'un contrat soit qualifié de contrat de société, que les cocontractants affectent des biens ou leur industrie à une entreprise commune « *en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Cette notion de profit étant absente de la société d'attribution, ces contrats étaient en théorie menacés de disqualification. Il s'opposait en second lieu à l'article 1836 du Code civil qui pose le principe selon lequel « *les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* ». Or, à chaque appel de fonds que la société adressait aux associés soit pour payer la construction de l'immeuble au fur et à mesure de son édification, soit pour payer les charges liées à l'entretien des espaces communs, les engagements des associés étaient augmentés. Ceci n'avait certes guère de conséquences tant que les associés réglait ces appels de fonds, mais il existait potentiellement un risque de blocage. Conscient du succès de cette formule, le législateur régularisa ce dispositif en adoptant la loi du 28 juin 1938.

²⁴⁹ *Droit de la promotion immobilière*, MALINVAUD et JESTAZ, Dalloz, coll. « Précis », 7^{ème} éd., 2004.

123. Application aux magasins collectifs de commerçants indépendants. -

L'idée d'étendre ce modèle aux magasins collectifs de commerçants était très pertinente. Ces magasins réunissent des personnes physiques ou morales « *dans une même enceinte, sous une même dénomination, pour exploiter, selon des règles communes, leur fonds de commerce, ou leur entreprise immatriculée au répertoire des métiers sans en aliéner la propriété* »²⁵⁰. Ce système permettait d'écarter le régime de la copropriété, la société étant propriétaire de la totalité de l'immeuble.

Le montage des magasins collectifs de commerçants indépendants repose également sur l'existence d'une société qui peut être, au choix, soit un groupement d'intérêt économique (GIE), soit une société anonyme à capital variable, soit une société coopérative de commerçants détaillants²⁵¹. Cette société est propriétaire des emplacements commerciaux et elle en attribue la jouissance à ses associés en fonction du nombre de parts détenues par eux. Le GIE ou la société « *définit et met en œuvre la politique commune, organise et gère les services communs* »²⁵². Le contrat constitutif ou les statuts sont complétés par un règlement intérieur qui leur est généralement annexé et qui fixe le cadre de leur action. Ce règlement détermine les horaires d'ouverture, l'organisation et la gestion des services communs. Il peut également contenir une clause de non-concurrence. Chaque associé reste, quant à lui, propriétaire de son fonds de commerce, qu'il exploite de manière autonome, sous réserve du respect des règles fixées par le règlement intérieur.

124. Avantages de ce type de montage. - Du point de vue de l'organisation du magasin, les avantages de cette technique sont incontestables comparé aux relations régies par le statut des baux commerciaux notamment. En effet, la réunion dans une même enceinte de commerçants indépendants décidés à entreprendre une

²⁵⁰ Art. L.125-1 C. com.

²⁵¹ Art. L.125-2, al.1 C. com.

²⁵² Art. L.125-2, al.1 C. com.

politique commune requiert un fort *intuitus personae* qui nécessite une vigilance particulière lors de l'arrivée d'un nouveau commerçant. Or, le statut des baux commerciaux, qui autorise la cession du droit au bail au profit de l'acquéreur du fonds de commerce, ne permet pas d'exercer ce contrôle de manière absolue. Au contraire, l'attribution en jouissance permet, sur le fondement du droit des sociétés, d'exclure un commerçant non respectueux du règlement intérieur par exemple. L'article L.231-6 du Code de commerce permet de stipuler une clause d'exclusion à la majorité fixée pour la modification des statuts. La jouissance de l'emplacement étant attachée à la détention de parts de la société, tout associé exclu perd sur le champ son droit à la jouissance d'un emplacement. La protection de la structure commune est également assurée à l'occasion de la cession de parts, par la stipulation d'une clause d'agrément qui offre aux associés la possibilité de refuser un éventuel postulant dont l'activité ou le comportement ne serait pas en adéquation avec la politique générale du magasin collectif. La technique de l'attribution en jouissance offre donc à la règle commune les moyens de son efficacité²⁵³.

La réglementation relative aux magasins collectifs de commerçants indépendants semble constituer une technique appropriée d'organisation juridique de ce type d'ensemble. Elle n'a cependant pas connu le succès escompté.

²⁵³ Sous réserve du contrôle du juge qui peut être saisi pour toute décision favorable ou négative prise par l'assemblée en matière d'agrément ou d'exclusion. En matière d'exclusion, le Tribunal apprécie la « *légitimité* » de la décision de l'assemblée.

§ 2 – *L'échec des magasins collectifs de commerçants indépendants*

A - Les raisons de l'échec

125. Une raison conjoncturelle peut expliquer, au moins partiellement, l'échec des magasins collectifs de commerçants indépendants. Il s'agit de l'entrée en vigueur de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973, qui créa les autorisations d'urbanisme commercial. L'avènement de ce dispositif visant à contrôler et à réguler les créations de surfaces commerciales de plus de 1.300m² a provoqué un ralentissement brutal dans le développement des ensembles commerciaux qui fut notamment préjudiciable aux magasins collectifs de commerçants indépendants.

126. Une autre raison tient au statut de commerçants indépendants que conservent les exploitants malgré leur intégration au sein du magasin collectif. Quelle que soit leur volonté d'œuvrer pour la mise en œuvre d'une politique commune « *l'expérience a montré que la réussite d'un magasin collectif de commerçants indépendants supposait une organisation relativement contraignante que des commerçants traditionnellement indépendants n'étaient pas toujours prêts à accepter*²⁵⁴ ».

127. Une troisième raison, économique cette fois, peut également expliquer leur très faible succès. En raison de l'indépendance des membres du magasin collectif, il n'est pas possible de pratiquer la compensation des marges qu'opèrent en revanche systématiquement les hypermarchés. Ce système, qui permet de pratiquer une politique de prix très bas sur certains produits d'appel tout en les compensant par des prix supérieurs au marché sur d'autres, n'est pas envisageable dans un magasin

²⁵⁴ J. PAILLUSSEAU et P. LE FLOCH, *op. cit.* n° 8.

collectif de commerçants indépendants car cela reviendrait à sacrifier un commerçant au profit d'un autre.

128. Toutes ces raisons expliquent le très faible succès des magasins collectifs de commerçants indépendants dont le régime avait pourtant été mûrement étudié. Nous pouvons néanmoins nous poser la question de sa portée actuelle.

B - La portée actuelle de la loi du 11 juillet 1972

129. Caractère non impératif de la loi du 11 juillet 1972. - Si ce mode d'organisation est tombé en désuétude, il n'en demeure pas moins qu'il fait partie de notre arsenal juridique. De surcroît, étant donné qu'il a été conçu pour organiser des ensembles commerciaux destinés à concurrencer les hypermarchés, il convient de vérifier si ce dispositif n'est pas susceptible de s'appliquer à l'insu des concepteurs de centres commerciaux.

L'article L.125-1 du Code de commerce, qui détermine le champ d'application du texte, requiert la réunion de quatre conditions : une unité d'enceinte, l'unité de dénomination, l'existence de règles communes et la propriété du fonds de commerce. Dans un centre commercial, il y a bien unité d'enceinte (la galerie marchande fait, avec l'hypermarché ou la locomotive, partie intégrante du centre commercial), unité de dénomination (*Les Quatre Temps, Vélizy, Parly, Belle-Epine* désignent chacun un centre commercial), existence de règles communes (règlement intérieur) et chaque exploitant est propriétaire de son fonds de commerce. Les conditions étant réunies, la loi du 11 juillet 1972 s'applique-t-elle d'office ? La réponse est négative. En effet, cette loi n'est pas impérative, le législateur ayant simplement souhaité proposer aux commerçants une organisation de nature à répondre à leurs besoins et non leur imposer une structure juridique²⁵⁵.

²⁵⁵ Cahiers du droit de l'entreprise, 2/1972, Table ronde page 42 et suivantes.

130. Opportunité d'une application volontaire de la loi du 11 juillet 1972 ? Si cette loi n'est pas impérative, ne pourrait-on pas envisager une application partielle aux centres commerciaux ? L'idée consisterait pour un propriétaire de centre commercial à transférer la propriété de la galerie marchande à une société regroupant les exploitants qui, en contrepartie de leur apport, se verraient attribuer des titres de cette société leur octroyant la jouissance d'un emplacement dans la galerie marchande.

Si l'idée est tentante, nous ne la retenons pas néanmoins pour trois raisons.

La première est liée au statut des baux commerciaux. En effet, l'article L. 145-15 du Code de commerce répute non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement ou à d'autres dispositions essentielles du statut. Dans la mesure où l'organisation en magasin collectif de commerçants indépendants est susceptible d'entrer en conflit avec le statut des baux commerciaux²⁵⁶, ne pourrait-on considérer que le recours à ce dispositif constitue une fraude à la loi ? Dès lors que d'autres objectifs permettent de justifier l'application de ce régime, il nous semble que le montage pourrait échapper à la disqualification. Cette solution demeure néanmoins aléatoire et la garantie d'une sécurité juridique maximale incitera le concepteur de centre commercial à opter pour des baux commerciaux, qu'il connaît, plutôt qu'à prendre le risque d'une disqualification de son montage dont l'effet serait de soumettre l'ensemble au régime des baux commerciaux tel que celui-ci résulte littéralement du statut, c'est-à-dire sans aménagement aucun.

La deuxième raison pour laquelle il nous semble peu opportun de s'inspirer du dispositif introduit par la loi du 1^{er} juillet 1972 est l'intérêt du propriétaire du centre commercial. En effet, dès lors qu'il est propriétaire de l'immeuble et qu'il peut en

²⁵⁶ Lorsqu'elle autorise par exemple l'exclusion d'un membre pour non respect du règlement intérieur.

conserver la maîtrise en conférant aux exploitants un bail commercial, quel intérêt a-t-il à transférer une partie de sa propriété à un groupement piloté par les exploitants du centre ? En procédant ainsi il prendrait en effet le risque de fédérer et d'organiser une structure qui pourrait rapidement devenir directement concurrente de ses intérêts.

Enfin, le magasin collectif de commerçants indépendants, tel qu'il est régi par la loi de 1972, ne semble pas adapté au fonctionnement des galeries marchandes de centres commerciaux. D'une part, le règlement intérieur dont l'utilité est indéniable si l'on souhaite préserver l'indépendance des commerçants tout en organisant une discipline commune, peut dans certains cas s'avérer trop rigide. Ainsi, les dispositions d'un règlement intérieur en matière de décoration ou de vitrine, peuvent être incompatibles avec les stipulations d'un contrat de franchise. Compte tenu de l'essor fulgurant qu'a connu la franchise, il pourrait être fatal pour un centre commercial d'être contraint de renoncer à intégrer des franchisés pour cette raison. Dans d'autres cas, c'est la nature de l'activité du commerçant qui constitue un obstacle à son intégration au sein d'un magasin collectif. Par exemple le Code de la santé publique interdit aux pharmaciens de faire partie d'une organisation commerciale très contraignante. D'autre part, bon nombre de décisions stratégiques sont adoptées à une majorité en nombre. Aux termes de l'article L.125-10 du Code de commerce « *le contrat constitutif ou les statuts, ainsi que le règlement intérieur, ne peuvent être modifiés que par l'assemblée, ou l'assemblée générale, selon le cas, statuant à la majorité absolue en nombre des membres du groupement ou de la société, ou, si le contrat constitutif ou les statuts le prévoient, à une majorité plus importante. Il en est de même des décisions portant agrément ou exclusion* ». Cette règle de majorité imposée par la loi de 1972 constitue un obstacle majeur au fonctionnement du centre commercial, voire à sa création. En effet, une majorité de galeries marchandes étant créées autour d'un hypermarché, il semble très peu probable qu'un propriétaire d'hypermarché accepte la création d'une galerie marchande s'il sait par avance que, lors du vote des décisions stratégiques, sa voix aura le même poids que celle d'un exploitant d'une petite surface du centre commercial.

En réalité, il existe une fracture très nette entre l'esprit des magasins collectifs de commerçants indépendants et celui des centres commerciaux constitués autour d'un hypermarché. Dans le premier cas, le régime étant basé sur l'idée d'indépendance et d'égalité des commerçants, le principe d'une majorité en nombre est tout à fait conforme à cette philosophie. Au contraire, dans le second cas, il existe une inégalité structurelle profonde entre la position prépondérante de l'hypermarché et celle des commerces installés dans la galerie. Cette prépondérance existe de fait : l'hypermarché offre une surface commerciale sans commune mesure avec celle des commerces de la galerie considérés individuellement. Son potentiel d'attraction d'une clientèle variée et nombreuse est également nettement supérieur. L'hypermarché est d'ailleurs communément désigné dans la pratique sous le terme « *locomotive* ». A l'évidence, le régime des magasins collectifs de commerçants indépendants, profondément égalitaire, n'a pas été conçu pour des centres commerciaux constitués autour d'un hypermarché, mais plutôt pour des structures au sein desquelles tous les commerçants ont sensiblement la même surface commerciale ou le même potentiel d'attraction de la clientèle.

CONCLUSION :

131. Nous emprunterons ces mots de conclusion à Boccara « *La lecture de ces lignes à la lumière du complet échec de la concession immobilière se passe de commentaires et justifie le rapprochement de ces deux échecs cuisants qu'ont été la concession immobilière et la loi sur les magasins collectifs indépendants, avec le succès reconnu des centres commerciaux qui ont permis de créer de nouveaux outils de distribution adaptés à la dynamisation de notre économie sous l'effet des Trente Glorieuses, avec l'aide d'un seul contrat du Code civil : le louage, et d'un peu d'imagination rédactionnelle*²⁵⁷. »

132. Hormis les situations où le bail commercial est volontairement appliqué, compte tenu de l'inadaptation des régimes décrits ci-dessus aux spécificités de l'organisation de l'activité dans un centre commercial, il est des hypothèses où l'application du statut des baux commerciaux est impérative. Le domaine du bail commercial n'est alors plus simplement recherché, mais imposé aux protagonistes du centre commercial.

²⁵⁷ Fascicule « La concession immobilière », Jurisclasseur Construction – Urbanisme, Fascicule 112.

TITRE 2 : LE RECOURS IMPOSÉ AU BAIL COMMERCIAL

133. La supériorité technique du bail commercial sur les droits réels et les autres droits personnels ne suffit toutefois pas à expliquer son succès. En effet, le statut des baux commerciaux est d'ordre public. Toute convention entrant dans son champ d'application a donc vocation à être de plein droit soumise au statut des baux commerciaux. Or, ce champ d'application est étendu.

134. Depuis l'origine, outre l'exigence formelle d'une immatriculation du preneur au registre du commerce (article L. 145-1I, alinéa 1^{er} du Code de commerce)²⁵⁸, deux autres conditions sont requises. La première est l'exigence d'un bail portant sur un local (Chapitre 1) ; la seconde est l'exploitation dans les lieux loués d'un fonds de commerce appartenant au preneur (Chapitre 2). L'analyse du

²⁵⁸ Historiquement, la condition d'immatriculation a été imposée par le législateur dans un but essentiellement fiscal : recenser les redevables des impôts, taxes et charges propres aux commerçants. Cette condition peut paraître anodine dans la mesure où il s'agit d'une simple formalité administrative. Elle a pourtant trouvé une illustration célèbre en matière de centre commercial. En effet, c'est bien pour défaut d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés que la société BRICORAMA s'est vue refuser la protection du statut des baux commerciaux et qu'elle a dû quitter le centre commercial « Les 4 Temps » à la Défense en 1996 sans pouvoir prétendre au versement d'une quelconque indemnité d'immobilisation de la part du bailleur, la société UNIBAIL. En l'espèce, la société UNIBAIL, bailleur, avait délivré un congé avec refus de renouvellement et offre d'une indemnité d'éviction à la SOCIÉTÉ DES NEGOCES DE LA DEFENSE, preneur. Alors que la procédure de fixation de l'indemnité d'éviction suivait son cours, la société BRICORAMA avait absorbé la SOCIÉTÉ DES NEGOCES DE LA DEFENSE et cette dernière avait en conséquence été radiée du registre du commerce et des sociétés sans qu'il soit procédé pour autant à l'immatriculation, par BRICORAMA, de l'établissement qui exploitait le local dans le centre commercial. La condition d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés n'était donc plus remplie et la Cour d'appel de Versailles en avait déduit que la société BRICORAMA ne pouvait prétendre au paiement d'une indemnité d'éviction. Le recours intenté par la société BRICORAMA à l'encontre de cet arrêt avait été rejeté par la Cour de cassation (Cass. 3^{ème} civ. 27 mars 2002, 00-21.685, JCP éd.E, 2002, Panorama rapide 779). Cet événement eût un tel retentissement à l'époque (l'enseigne constituait alors la locomotive du centre commercial) que les commerçants et leurs conseils ne manquent désormais plus de s'assurer que cette formalité a été scrupuleusement respectée, même si la Cour de cassation a quelque peu modulé sa position depuis. Dans un arrêt en date du 29 septembre 2004, la Cour de cassation a considéré que dès lors que la radiation du preneur, survenue suite à un sinistre, est intervenue après la date d'expiration du bail, le bénéfice du statut des baux commerciaux ne pouvait pas lui être dénié (Cass. 3^{ème} civ. 29 septembre 2004, Bull. civ. 2004, III, n°159). Dans un arrêt ultérieur rendu le 18 mai 2005, la Cour de cassation a également rappelé que la condition d'immatriculation doit être remplie à la date de la demande de renouvellement du bail mais pas pendant le cours de la procédure en fixation du loyer du bail renouvelé (Cass. 3^{ème} civ. 18 mai 2005, JCP E 2005, act. 157). Dans un arrêt en date du 29 septembre 2004, la Cour de cassation a considéré que dès lors que la radiation du preneur, survenue suite à un sinistre, est intervenue après la date d'expiration du bail, le bénéfice du statut des baux commerciaux ne pouvait pas lui être dénié (Cass. 3^{ème} civ. 29 septembre 2004, Bull. civ. 2004, III, n°159). Dans un arrêt ultérieur rendu le 18 mai 2005, la Cour de cassation a également rappelé que la condition d'immatriculation doit être remplie à la date de la demande de renouvellement du bail mais pas pendant le cours de la procédure en fixation du loyer du bail renouvelé (Cass. 3^{ème} civ. 18 mai 2005, JCP E 2005, act. 157).

droit positif montre qu'en matière de centre commercial, ces deux conditions sont généralement satisfaites.

CHAPITRE I : LA NECESSITE D'UN BAIL PORTANT SUR UN LOCAL

CHAPITRE II : L'EXPLOITATION D'UN FONDS DE COMMERCE APPARTENANT AU PRENEUR

CHAPITRE 1 – LA NECESSITE D’UN BAIL PORTANT SUR UN LOCAL

135. Derrière cette formule selon laquelle les parties doivent avoir conclu un bail portant sur un local, se cache en réalité une double exigence. Traditionnellement, il importe, certes, que le droit d’occupation porte sur un local, mais il faut aussi que ce droit d’occupation ait la nature juridique d’un bail.

Le plus souvent, ces deux exigences sont satisfaites au sein d’un centre commercial, mais au prix, parfois, d’un aménagement des concepts traditionnels. Cette dernière observation, si elle n’affecte pas l’exigence relative à la nature juridique du droit d’occupation (Section 1), se dégage très nettement à propos de celle relative au « local » mis à disposition (Section 2).

Section 1 – Le bail au sein du centre commercial

136. Parmi les multiples changements qui, au fil du temps, ont jalonné l’évolution du statut des baux commerciaux, la nature requise du droit d’occupation représente une sorte de point fixe. Depuis l’origine, ce droit d’occupation doit juridiquement consister en un bail. Les textes sur ce point sont d’une parfaite clarté. Les dispositions du présent chapitre, énonce l’article L.145-1 I du Code de commerce en forme de principe, s’appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité. De même, doit-on remarquer que les alinéas et articles suivants, s’ils élargissent le champ d’application du statut, en subordonnent tous expressément le bénéfice à l’existence d’un bail²⁵⁹.

²⁵⁹ Art. L. 145-1 I, 1° et 2° ; Art. L. 145-1 III 1^{er} alinéa ; Art. L. 145-2 1°, 2°, 3°, 4°, 5° et 6°.

Cette exigence est très généralement remplie par l'occupant d'un centre commercial (§ 1). Ce n'est qu'exceptionnellement que son droit d'occupation le tient à l'écart du statut (§ 2).

§ 1 – Le contrat d'occupation ouvre juridiquement droit au bénéfice du statut

137. Aux termes de l'article 1709 du Code civil, « *le louage de choses est le contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». Deux éléments caractérisent ainsi le bail. Le premier est la jouissance à laquelle s'oblige le bailleur, le second est l'obligation du preneur au paiement d'un loyer.

Ces deux caractères sont présents dans la majorité des contrats portant concession d'un droit d'occupation au sein d'un centre commercial. S'agissant du premier, l'on sait que les parties entendent essentiellement convenir d'un droit personnel et temporaire de jouissance, à l'exclusion de toute concession d'un droit réel²⁶⁰. S'agissant du second, un loyer est, sous des formes diverses²⁶¹, convenu de façon quasi systématique²⁶².

§ 2 - Le contrat d'exploitation est exceptionnellement écarté du bénéfice du statut

138. Cette situation recouvre, en notre matière, deux réalités profondément différentes. La première est celle dans laquelle le bail conclu déroge valablement au

²⁶⁰ Supra (Titre 1, Chapitre 1).

²⁶¹ Infra (Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1).

²⁶² La pratique révèle qu'exceptionnellement un local peut être prêté à usage au lieu d'être donné à bail. La situation se rencontre en particulier lorsqu'une cellule est momentanément vide et que la commercialité du centre s'en trouve affectée.

statut des baux commerciaux (A). La deuxième est celle dans laquelle le droit d'occupation consenti n'a pas la nature juridique d'un bail (B). L'une comme l'autre de ces situations revêtent cependant un caractère assez marginal.

A – Le bail déroge au statut

139. Exclusions légales. - S'il est vrai que le bénéfice du statut est subordonné à l'existence d'un bail, la loi elle-même prévoit que certains baux en sont écartés alors même que toutes les autres conditions requises pour son application seraient réunies.

Du point de vue du rédacteur d'actes, l'espace de liberté en résultant est souvent considéré comme précieux. Lorsque le régime du bail commercial apparaît à l'une des parties comme excessivement contraignant, la possibilité d'y échapper au moyen d'un bail dérogatoire présente un intérêt inestimable.

Tel n'est pourtant pas le cas dans les centres commerciaux où le recours aux baux dérogatoires est peu répandu.

140. Exclusion du bail emphytéotique. - Il en va d'abord et surtout ainsi pour le bail emphytéotique, à propos duquel l'article L. 145-3 du Code de commerce dispose que « *les dispositions du présent chapitre ne (lui) sont pas applicables, sauf en ce qui concerne la révision du loyer* ». Cette exclusion n'offre en notre matière aucun attrait dans la mesure où les caractères du bail emphytéotique sont, pour la plupart, à l'opposé de ce que recherchent les parties. Outre la durée très longue (de 18 à 99 ans)²⁶³, ce bail se signale en effet par sa libre cessibilité²⁶⁴, une redevance

²⁶³ Article L.451-1 du Code rural.

²⁶⁴ Article L.451-1 du Code rural.

généralement modique²⁶⁵ et plus largement, la volonté des contractants de conférer au preneur un droit réel sur l'immeuble loué²⁶⁶.

141. Exclusion du bail de courte durée. - Tel est, ensuite, et quoi que à un moindre degré, le cas du bail de courte durée prévu par l'article L. 145-5 du Code de commerce. Selon cet article, « *les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux du preneur, déroger aux dispositions du présent chapitre à la condition que la durée totale du bail ou des baux successifs ne soit pas supérieure à trois ans* ». Le problème posé par ce type de bail est en pratique assez semblable à celui posé par la convention d'occupation précaire²⁶⁷. Compte tenu des investissements qu'il réalise, le locataire tient en effet à bénéficier d'une certaine stabilité ; tandis que de son côté le bailleur souhaite le plus souvent que les cellules restent occupées sur une longue période.

Pour toutes ces raisons, le recours au bail de courte durée n'a lieu que de façon marginale. Le bailleur peut y trouver intérêt dans le cadre de l'animation du mail de la galerie marchande²⁶⁸ ou lorsqu'une cellule est et semble devoir rester durablement inoccupée, car mieux vaut en ce cas un local exploité, même temporairement, à une cellule vide. Les locataires peuvent également y trouver intérêt lorsque, avant une éventuelle installation définitive au sein du centre commercial, ils désirent dans un premier temps en tester les attraits.

B - Le contrat d'occupation n'est pas un bail

142. Conventions portant sur des emplacements. - Connues sous des appellations variées évitant toujours soigneusement le terme de « bail », les conventions de « concession d'emplacement », « concession de comptoir »,

²⁶⁵ Dictionnaire Permanent Entreprise Agricole – V° - Bail emphytéotique.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Supra Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

²⁶⁸ Installation d'un manège, exposition de véhicules, de mobilier...

« concession de stand », sont relativement répandues dans les centres commerciaux. Il arrive que le droit d'occupation consenti porte sur une cellule de la galerie marchande. Plus fréquemment, il porte sur un emplacement situé à l'intérieur d'une exploitation plus vaste, accessible du centre commercial, telle que l'hypermarché.

143. Contenu des conventions. - Moins que par la nature de l'emplacement ou du local mis à disposition, ces conventions se caractérisent surtout par la collaboration qu'elles consacrent entre le « concédant » et le « concessionnaire ».

Cette collaboration peut prendre des formes diverses. Il peut s'agir pour l'exploitation concédante d'améliorer le service rendu à sa propre clientèle en ayant recours aux services d'un professionnel spécialisé. Il est fréquent, par exemple, que la vente de produits d'alimentation asiatiques soit confiée à un spécialiste qui, au sein du magasin du concédant, installera et exploitera pour son propre compte, un rayon d'articles correspondants. Afin d'intégrer commercialement le concessionnaire à sa propre exploitation, le concédant aura soin d'encadrer strictement l'exercice de l'activité de son partenaire (identité des horaires d'ouverture, politique de prix et politique promotionnelle cohérente, encaissement commun, assortiment et variété des produits ...).

Il peut s'agir également d'organiser entre les parties un échange de prestations sous une forme originale. Ainsi, l'exploitant d'un hypermarché doté d'un espace de vente d'articles multimédia neufs peut trouver intérêt à concéder à un professionnel de la réparation et de la reprise d'articles multimédia d'occasion, un droit à occupation d'une cellule au sein de la galerie marchande. En vertu du contrat conclu, la grande surface s'oblige à orienter sa clientèle vers son partenaire en l'invitant à recourir aux services de ce dernier lorsqu'elle vend un article multimédia neuf à un acquéreur désireux de se séparer de celui, usagé, ou encore lorsqu'elle est sollicitée pour effectuer une réparation qui relève de l'activité de son partenaire.

De son côté et en contrepartie, le prestataire s'oblige à effectuer les réparations, à racheter les articles multimédia usagés, ainsi qu'à régler le prix de ces derniers au

moyen de bons d'achat utilisables exclusivement auprès du concédant et à acquitter la valeur de ces bons entre les mains de ce dernier.

Pour le concédant, l'avantage est double : outre le chiffre d'affaires représenté par les bons d'achat, il se trouve dispensé d'effectuer lui-même le service après-vente auprès de ses clients. Pour le partenaire, l'avantage réside dans le chiffre d'affaires issu de la préconisation du concédant.

144. Nature des conventions. - Dans des situations de ce type, la jurisprudence refuse à l'occupant le bénéfice du statut des baux commerciaux pour des raisons tirées, le plus souvent, du défaut de clientèle personnelle et/ou d'autonomie d'exploitation²⁶⁹. Mais l'analyse du droit d'occupation conduirait, selon nous, à un résultat identique. De même qu'en matière de crédit-bail immobilier, la jurisprudence, au motif du caractère complexe et indivisible du contrat, refuse à l'utilisateur le droit au statut des baux commerciaux²⁷⁰, serait-il artificiel de rechercher un bail dans les conventions précédemment examinées. Si un droit d'occupation est effectivement consenti, ce droit n'est qu'un moyen ou une composante d'une convention dont l'objet central est autre. C'est à juste titre, selon nous, que dans l'un des contrats du type de ceux examinés, il est écrit : « *Il résulte clairement de la commune intention des parties que le contrat n'est pas un bail, mais un contrat synallagmatique « sui generis » comprenant des droits et obligations réciproques, irréductible à la mise à disposition d'un local en contrepartie du paiement d'un loyer* ».

²⁶⁹ Infra (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B).

²⁷⁰ Cass. 3^{ème} Civ. 10 juin 1980, D. 1980, p. 566, note Y. Guyon ; JCP éd. 4 1981 II, n° 19655 note E-M Bey.

Section 2 – Le local au sein du centre commercial

145. Aux termes de l'article L.145-1 du Code de commerce, le contrat de bail doit porter sur un immeuble ou un local dans lequel un fonds est exploité. Une jurisprudence constante précise qu'il doit s'agir de lieux clos et couverts (§1) permettant d'accueillir la clientèle. Cette définition a toutefois fait l'objet d'aménagements pour tenir compte de la situation des emplacements (§2).

§ 1 - Application du statut aux locaux « clos et couverts »

146. Le statut des baux commerciaux s'applique de plein droit aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité. La notion « d'immeuble » ne soulève pas de difficulté particulière. Restrictive, elle vise toutefois uniquement les bâtiments. Les terrains sont quant à eux spécifiquement cités au 2° de l'article L.145-1 du Code de commerce.

La notion de « local » pose en revanche plus de difficultés. Très tôt, la jurisprudence a défini le local comme « *un lieu clos et couvert dans lequel doit s'exercer la vente* »²⁷¹. Derruppé, dans un ouvrage collectif consacré aux baux commerciaux, écrivait également : « *un local est un espace à trois dimensions. (...) C'est une construction, un lieu clos et couvert susceptible d'accueillir une clientèle donc à échelle humaine* »²⁷².

²⁷¹ Cour d'appel de Paris, 14 novembre 1956, Gaz Pal 1956, 2, p. 401.

²⁷² Jean DERRUPPÉ, Georges BRIÈRE DE L'ISLE, René MAUS, Pierre LAFARGE, Baux commerciaux, manuel Dalloz de droit usuel, 1^{ère} éd. 1979, n° 62 et suivants.

147. Application aux centres commerciaux. – De telles définitions permettent d'exclure par exemple les vitrines d'exposition du statut des baux commerciaux dans la mesure où elles ne permettent pas d'accueillir la clientèle²⁷³.

Qu'en est-il des cellules commerciales installées dans le mail d'un centre commercial ? Elles constituent des locaux clos par des murs et des surfaces de vitrine et couverts par le toit du centre. L'absence fréquente de porte ne fait pas obstacle à la qualification de lieu clos dès lors qu'une grille permet d'en interdire l'accès à la fermeture du magasin. Les cellules commerciales sont incontestablement des lieux clos et couverts permettant d'accueillir la clientèle. Pourvu qu'elles soient affectées à usage commercial, la deuxième condition d'application du statut des baux commerciaux semble remplie. L'application du statut est même étendue aux locaux accessoires à la condition que leur privation soit de nature « à compromettre l'exploitation du fonds et qu'ils appartiennent au propriétaire de l'immeuble où est situé l'établissement principal »²⁷⁴. Tel est le cas par exemple des locaux affectés à la réserve de la cellule, non accessibles à la clientèle.

Concernant les stands ou emplacements la question est en revanche plus délicate.

§ 2 - *Application du statut aux emplacements*

148. Les emplacements ne sont pas des lieux clos et couverts. - Contrairement aux cellules commerciales, les emplacements sont de simples surfaces réservées à un exploitant dans le mail de la galerie marchande. Ils sont généralement délimités par un simple marquage au sol, parfois par des cloisons à hauteur d'homme, mais contrairement aux locaux ils ne constituent pas un volume clos. Compte tenu de

²⁷³ Cass.. 3^{ème} civ., 2 décembre 1987, JCP 1988, IV, 51.

²⁷⁴ Article L.145-1, 1^o C.com. : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent (...) aux baux de locaux ou d'immeubles accessoires à l'exploitation d'un fonds de commerce quand leur privation est de nature à compromettre l'exploitation du fonds et qu'ils appartiennent au propriétaire du local ou de l'immeuble où est situé l'établissement principal. »

cette configuration, les exploitants de ces emplacements pourraient-ils réclamer l'application de plein droit du statut des baux commerciaux ?

Ainsi que l'écrivait Derruppé, « *il est certain qu'en lui-même un emplacement dans un grand magasin (...) ne constitue pas un local à trois dimensions susceptible d'être clôturé. Mais l'ensemble dans lequel il se trouve présente ou peut présenter cette caractéristique. Il paraît dès lors abusif de prétendre que le locataire de cet emplacement ne bénéficie pas d'un local et se trouve privé du bénéfice du décret* »²⁷⁵.

149. Evolution de l'appréciation jurisprudentielle. - La jurisprudence n'est manifestement plus hostile à cette solution. Le premier arrêt marquant dans ce domaine a été rendu par la Cour de cassation le 24 février 1976²⁷⁶. Dans cette espèce, la Société Centre Rennais d'Horticulture avait conclu une convention verbale avec la Société Hyperouest aux termes de laquelle elle était autorisée à occuper un emplacement dans le supermarché, moyennant le paiement d'une redevance mensuelle. La société Centre Rennais d'Horticulture soutenait qu'elle bénéficiait du statut des baux commerciaux dès lors que l'emplacement était destiné à l'exercice d'une activité commerciale propre, quand bien même cet emplacement ne serait pas constitutif d'un local au sens strict du terme. La Cour de cassation, reprenant les énonciations des juges du fond, avait relevé que « *le Centre rennais d'horticulture pouvait seulement se prévaloir de l'occupation d'un emplacement dans le magasin supermarché ... sans autres précisions et que ce magasin avait la possibilité de fixer unilatéralement, faute de clause le lui interdisant, la situation et l'étendue de l'emplacement concédé (...) qu'en raison d'une telle indétermination, l'emplacement litigieux ne pouvait être compris dans la notion de local prévue à l'article 1er du*

²⁷⁵ Jean DERRUPPÉ, Georges BRIÈRE DE L'ISLE, René MAUS, Pierre LAFARGE, Baux commerciaux, manuel Dalloz de droit usuel, 1^{ère} éd. 1979, n° 67.

²⁷⁶ Cass. 3^{ème} civ. 24 février 1976, JCP 1976, II, 18427, note BOCCARA.

Décret du 30 septembre 1953, puisque le prétendu bailleur avait toute latitude, et à tout moment, pour le fixer et le restreindre »²⁷⁷.

A contrario, on peut se demander si la Cour de cassation n'aurait pas conclu à l'existence d'un local si l'emplacement avait été déterminé dès l'origine dans le contrat et que le propriétaire de l'hypermarché n'avait eu aucun pouvoir d'en modifier la situation et l'étendue²⁷⁸. Cette interprétation *a contrario* a d'ailleurs été adoptée par la Cour d'appel de Versailles en 1996 qui a précisé très clairement que « *remplit les conditions lui permettant de revendiquer le bénéfice de la propriété commerciale celui qui exerce une activité commerciale dans une galerie marchande, sur un stand, même de nature mobile, situé dans un emplacement fixe, délimité, matérialisé au sol, parfaitement déterminé, non laissé contractuellement à la discrétion du bailleur mais présentant un caractère permanent, cet emplacement constituant ainsi un local protégé au sens de l'article 1^{er} du Décret du 30 septembre 1953* »²⁷⁹.

Cette position a, plus récemment, été confirmée par la Cour de cassation²⁸⁰. En l'espèce, une SCI avait mis à disposition d'un preneur un emplacement d'une surface d'environ 16 m² situé sur le mail d'un centre commercial et destiné à l'installation d'un manège pour enfants. La convention, initialement conclue pour une durée de

²⁷⁷ Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 20 février 1985. « *Après avoir relevé qu'aux termes de la convention, le découpage, la situation et la surface de l'emplacement concédé étaient laissés à la discrétion de la société SOPARCOP qui pouvait imposer des modifications de surface et d'implantation, la Cour d'appel en a exactement déduit que cet emplacement ne pouvait être considéré comme un local au sens de l'article 1^{er} du Décret du 30 septembre 1953* » - Bull. civ. III, n° 38, page 28.

²⁷⁸ Dans une autre espèce en revanche, la Cour de cassation avait admis l'application du statut des baux commerciaux à un stand installé dans une « *construction permanente, située à l'extérieur du supermarché, adossée au mur de celui-ci et couverte* ». Il est toutefois permis de s'interroger sur la qualification de stand au cas d'espèce. La description des faits contenue dans l'arrêt laisse penser en effet que le statut des baux commerciaux était en l'occurrence applicable, non en raison d'un tempérament jurisprudentiel, mais parce que le stand en question avait en réalité toutes les caractéristiques d'un local au sens de l'article L.145-1 du Code de commerce, c'est-à-dire, d'un lieu clos et couvert permettant d'accueillir la clientèle.

²⁷⁹ CA Versailles, 10 avril 1996, JCPE 1996, Pan. 869.

²⁸⁰ Cass. 3^{ème} Civ. 20 mars 2014, AJDI 2015 p. 359, note Hallard et, dans la même affaire, Cass. 3^{ème} Civ. 15 octobre 2014, D. 2015 p. 1619, note M-P Dumont-Lefrand.

deux ans, avait été renouvelée pendant une dizaine d'années avant que le bailleur signifie qu'il entendait mettre un terme à la mise à disposition. Le preneur revendiqua alors le bénéfice du statut des baux commerciaux. Pour critiquer l'arrêt d'appel qui avait écarté la revendication, le locataire plaidait, notamment, que le caractère démontable du manège ne devait pas occulter le fait qu'il occupait un volume précis au sein du centre commercial. Par un arrêt du 20 mars 2014, la Cour de cassation jugea, suite à une question prioritaire de constitutionnalité du preneur « *qu'il ne semble pas d'une jurisprudence constante que l'application de l'article L. 145-1 du Code de commerce soit soumise à l'exigence d'un local clos et couvert et qu'en soit exclue une surface d'exploitation si l'emplacement concédé est stable et permanent* »²⁸¹.

150. Appréciation de la solution jurisprudentielle. – Cette solution nous paraît non seulement opportune, mais également fondée juridiquement.

La solution nous semble opportune en ce qu'elle évite de refuser à un exploitant la protection du statut des baux commerciaux pour des raisons tenant uniquement à la configuration des lieux. Dès lors que le commerçant jouit d'un emplacement stable et permanent dans lequel il exerce une activité et que cette activité attire une clientèle, sa situation ne nous semble en effet guère différente de celle du commerçant installé dans un local clos et couvert. On ne voit pas bien pour quelle raison le second bénéficierait de la protection du statut des baux commerciaux et pas le premier.

La solution nous semble également fondée juridiquement. Pour justifier sa décision, la Cour d'appel de Versailles retient que l'emplacement est fixe, délimité, matérialisé au sol, parfaitement déterminé et qu'il n'est pas laissé contractuellement à la discrétion du bailleur. Deux éléments retiennent plus particulièrement notre attention.

²⁸¹ Voir également en ce sens, mais dans un secteur étranger aux centres commerciaux : Cass. 3^{ème} civ. 22 mars 2006, JCPE 2006 1802, obs. J. Moneger.

D'une part, l'emplacement doit être permanent. Cette exigence se justifie dans la mesure où le statut spécial des baux commerciaux, particulièrement le droit au renouvellement du bail, a été instauré pour assurer au commerçant une certaine continuité dans l'occupation des lieux. La stabilité de l'emplacement est en effet un des éléments majeurs d'attraction et de préservation de la clientèle. De ce point de vue, la mobilité d'un emplacement semble au contraire incompatible avec le statut des baux commerciaux. Ainsi que l'écrivait Boccara « *au sens du statut, un bail ne se conçoit généralement qu'en faveur d'un emplacement donné, même si l'assiette du bail peut bien évidemment faire l'objet, pendant le cours de son exécution, de toutes sortes d'extensions, ou de restrictions contractuelles ou bilatérales* »²⁸².

D'autre part, la Cour d'appel de Versailles précise que l'emplacement ne doit pas être laissé contractuellement à la discrétion du bailleur. Cette condition se justifie par rapport à la nature même du contrat de bail, convention par laquelle le bailleur est obligé de conférer au preneur la jouissance paisible des lieux²⁸³. Une convention qui permettrait au propriétaire de modifier à sa convenance les modalités de jouissance du bien par l'occupant, en le contraignant par exemple à des déplacements fréquents de son activité et en modifiant l'assiette de l'emplacement, ne pourrait donc être qualifiée de bail²⁸⁴. La condition posée par la jurisprudence est de ce point de vue parfaitement fondée²⁸⁵.

²⁸² Note sous Cass. 3^{ème} civ. 24 février 1976, JCP G 1976, II, 18427.

²⁸³ Article 1719 du Code civil.

²⁸⁴ Ainsi que l'écrit Yves GUYON « *l'indétermination de l'assise territoriale de l'emplacement paraît incompatible avec la notion de local et de louage* », Droit des Affaires, Economica, coll. « Droits des Affaires et de l'Entreprise », série Enseignement, 11^{ème} éd., tome 1, 2001, § 651.

²⁸⁵ On pourrait sans doute se demander si la jurisprudence récente reconnaissant la validité des clauses de « déplacement » ordinairement insérées dans les baux portant sur des cellules du centre commercial n'entre pas en contradiction avec la jurisprudence ci-dessus.

La réponse est selon nous négative. La faculté reconnue au bailleur par la clause de déplacer l'assiette du bail ne peut s'exercer que de façon exceptionnelle à la faveur de travaux de remodelage ou d'extension du centre commercial. « *L'activité du preneur n'a pas à subir des déplacements successifs à l'intérieur du centre au gré du bailleur et à s'exercer dans un endroit non circonscrit et matérialisé, mais est appelée à être exploitée dans un local déterminé, que ce soit le local d'origine ou de remplacement. (Le) changement qui peut se produire au cours des relations contractuelles ne suffit pas à faire perdre au local dans lequel l'activité est exercée son caractère de stabilité et de permanence* » (CA Amiens, 18 octobre 2016, n°15 / 00307).

151. Transition. - S'il est désormais admis que les emplacements peuvent constituer des locaux au sens de l'article L. 145-1 du Code de commerce à condition d'être parfaitement déterminés, stables et de ne pas être laissés à la discrétion du propriétaire, il n'en demeure pas moins que, pour bénéficier du statut des baux commerciaux, ils doivent également constituer le lieu d'exploitation d'un fonds de commerce.

CHAPITRE 2 – L'EXPLOITATION D'UN FONDS DE COMMERCE APPARTENANT AU PRENEUR

152. La condition d'exploitation dans les lieux loués d'un fonds de commerce appartenant au locataire est traditionnellement reprise en jurisprudence pour ouvrir droit au statut des baux commerciaux. Même si la seule lettre du texte ne l'impose pas²⁸⁶, la question n'a jamais fait l'objet d'un véritable débat²⁸⁷.

Moins que la règle elle-même, la question de son application au sein des centres commerciaux a, au cours de ces dernières décennies, été de nature à susciter d'importants contentieux. La contestation ne doit pas étonner. Historiquement, l'indépendance du commerçant a été, à la fois, la cause et la conséquence du statut. Elle en a été la cause dans la mesure où, au sein du patrimoine du commerçant du début du siècle, le fonds de commerce représentait en fait une richesse indiscutable. Elle en a été la conséquence dans la mesure où, en consolidant les droits du preneur, le législateur a renforcé son indépendance, en particulier vis-à-vis du bailleur.

Or, la situation du commerçant exploitant au sein d'un centre commercial atteste de manière privilégiée le déclin de cette indépendance propre au commerçant de la

²⁸⁶ Si l'on se réfère à l'article L. 145-1 du Code de commerce, qui définit le champ d'application du statut, on lit que « *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, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers* ». L'analyse littérale de ce texte révèle ainsi que le champ d'application du statut et les conditions du droit au renouvellement ne se recoupent pas complètement puisque, au contraire, l'article L. 145-8 du Code de commerce énonce très clairement que « *le droit au renouvellement du bail ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds qui est exploité dans les lieux* ».

²⁸⁷ En règle générale, la distinction du champ d'application du statut et des conditions du droit au renouvellement est laissée dans l'ombre. Pour bon nombre d'auteurs en effet, la qualité de propriétaire du fonds exploité serait une condition d'application de l'ensemble du statut. « *Le statut, écrivent par exemple Fau et Debeaurain, ne peut être invoqué que par celui qui est à la fois titulaire du bail et propriétaire du fonds de commerce* » (Petit Guide des Baux Commerciaux, 1980, Ann. Loyers, p. 182, n°40). « *Cette exigence de la double qualité de locataire des locaux et de propriétaire du fonds qui y est exploité, remarque à son tour M. Pédamon, est traditionnelle dans la législation des baux commerciaux : elle résultait jadis des articles 1 et 2 de la loi de 1926 ; elle résulte à l'heure actuelle des articles 1 et 4 du décret de 1953. Elle a pour conséquence d'exclure du champ d'application du statut deux catégories de locataires : ceux qui n'exercent pas d'activité commerciale et donc ne possèdent pas la qualité de commerçant, ce qui les prive nécessairement de tout fonds de commerce – ceux, qui en dépit de leur qualité de commerçant, ne peuvent pas revendiquer la propriété d'un tel fonds* » (Baux commerciaux – Librairies Techniques, 1979, p. 72, n°47). Voir cependant en sens contraire Boccara « *Baux commerciaux : la distinction du champ d'application du statut et des conditions du droit au renouvellement* », JCP 1979, I, 2932, 1014.

première moitié du siècle dernier. C'est au contraire d'une véritable dépendance qu'il s'agit désormais fréquemment. En matière de centre commercial, cette dépendance se vérifie tantôt à l'égard d'un tiers au centre commercial (Section 1), tantôt à l'égard d'un membre du centre commercial lui-même (Section 2).

Section 1 – La dépendance à l’égard d’un tiers au centre commercial

153. Il suffit de parcourir une galerie marchande pour s’apercevoir qu’une fraction significative d’exploitations, parfois même la majorité d’entre elles, sont membres de réseaux de franchise. La raison en est simple : quel qu’il soit, le propriétaire d’un centre commercial recherche toujours la présence d’entreprises de forte notoriété, tandis que, de leur côté, les représentants de ces enseignes sont toujours en quête d’emplacements situés dans des zones de fréquentation importante.

Or, parmi les multiples sources de contentieux que les réseaux de franchise ont dû affronter au cours des deux dernières décennies, l’un – et non le moindre – est relatif à la titularité de la clientèle exploitée par les franchisés²⁸⁸. L’enjeu était, en effet, essentiel. On sait le rôle déterminant de la clientèle dans la construction juridique du fonds de commerce²⁸⁹. Mais à contester qu’une franchise fût titulaire d’une clientèle personnelle (§1), on lui refusait tout droit à la propriété d’un fonds et corrélativement toute vocation au bénéfice du statut des baux commerciaux. Toutefois, plus que la rigueur de l’analyse, c’est bien, selon nous, cette conséquence pratiquement inopportune qui a conduit la jurisprudence à combattre la contestation et à affirmer l’existence d’une clientèle propre au franchisé (§2).

§1 – La contestation de l’existence d’une clientèle propre au franchisé

154. Genèse du critère de personnalité de la clientèle. - L’exigence d’un clientèle, qualifiée selon les cas de « personnelle », d’« autonome » ou encore de

²⁸⁸ CA Paris, 6 février 1996, D. 1997, Somm. P. 57, obs. D. Ferrier, RDI 1996, p. 289 obs. J. Derrupé, JCP G 1997, II, 22818, note Boccara ; Paris 4 octobre 2000, D. 2001, p. 380, obs. A-L Monéger-Dupuis et p. 1718 note H. Kenfack ; Cass. 27 mars 2002, D. 2002, p.2400, obs. H. Kenfack, RTD Com. 2003, p. 273, obs. J. Monéger ; Contrats, concurrence, consommation, 2002, com. 155, L. Leveneur.

²⁸⁹ Cass. Req 15 février 1937, DP 1938, 1, p. 13, S. 1937, 1, p. 169, note Rousseau ; Sur l’ensemble de cette construction juridique et les limites dont elle fait l’objet, voir P. Le Floch *Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel e la notion et ses limites actuelles*, thèse, LGDJ 1986.

« propre » au commerçant, découle en droite ligne de l'analyse juridique traditionnelle de la propriété du fonds de commerce²⁹⁰. « *Les mots, écrit Ripert, donnent confiance. Le droit du commerçant (sur son fonds) a été baptisé propriété. Comme il existait déjà des propriétés incorporelles, l'expression n'a étonné personne* »²⁹¹. Elle n'était désormais plus un raccourci prenant sa source dans la transmissibilité objective du droit du commerçant. Elle reposait, en outre, sur la constatation selon laquelle la création du fonds de commerce s'accompagne toujours plus ou moins d'une activité inventive²⁹². La « propriété du fonds de commerce » désignait ainsi un droit de clientèle²⁹³, droit comparable à celui du titulaire d'un brevet sur son invention, à ceci près, notamment, que la création était, en l'occurrence, celle d'une exploitation commerciale.

Parmi les conséquences attachées à cette analyse, l'une – *a priori* cohérente – est de refuser de reconnaître la propriété d'un fonds de commerce à l'exploitant dont le chiffre d'affaires est essentiellement le fruit du travail et de l'ingéniosité d'un tiers. De très bonne heure, la jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Les premiers litiges sur lesquels elle eût à statuer sur ce sujet opposaient les buffetiers de gare de chemins de fer à la Compagnie des Chemins de Fer elle-même²⁹⁴. Mais par la suite, les tribunaux ont appliqué la même solution à des restaurants situés à l'intérieur d'un club de golf²⁹⁵ ou dépendant d'un grand magasin²⁹⁶, au comptoir de change ouvert dans un hôtel²⁹⁷, au cinéma dépendant d'un établissement thermal²⁹⁸. Dans la plupart

²⁹⁰ P. Le Floch, op cit.

²⁹¹ *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ 1946 p. 180.

²⁹² Voir Escarra et Rault, *Principes de droit commercial*, Sirey 1934 T1, p. 483 n° 463 ; voir également Julliot de la Morandière « La propriété commerciale », Rapport de la Commission d'Etudes Législatives, in *Bulletin d'études législatives* 1922-1923, p. 296.

²⁹³ Voir notamment Roubier, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, Rev. Trim. Dr. Civ. 1935, p. 251s, J. Guyenot, *Cours de droit commercial*, Litec, Paris 1968, n° 34, p. 305 ; Houin et Pedamon, *Droit commercial*, Dalloz 7^{ème} éd., p. 212, n°188.

²⁹⁴ CA Paris, 19 mars 1923, DP 1923.2, p. 61, note EDJ ; Trib. Civ. Seine 10 juin 1929, DP 1929.2, p. 135, note Waline ; Cass. civ. 24 juillet 1941, D.C. 1943, p. 69 note Waline.

²⁹⁵ CA Pau 2 juillet 1959, Gaz Pal 1959.2. somm. p.12.

²⁹⁶ TGI Seine 13 juin 1964, Rev. Loy. 1964, p. 431, obs. Viatte.

²⁹⁷ Trib. Civ. Seine 2 avril 1951, D. 1951, p. 424.

²⁹⁸ CA Dijon, 29 avril 1953, AJPI 1953 II p. 444.

des cas, il s'agissait pour les exploitants de réclamer le bénéfice de la propriété commerciale. Pour le leur refuser, les propriétaires ont toujours relevé qu'ils n'établissaient par avoir personnellement attiré le client et qu'à défaut d'être titulaires d'une clientèle personnelle, ils ne pouvaient prétendre être propriétaires d'un fonds exploité dans les lieux.

155. Exclusion des franchisés sur le fondement de l'absence de clientèle personnelle. - Mais dès lors qu'en droit positif, doit être considéré comme propriétaire du fonds de commerce celui qui par « *son travail, son industrie, son sens des affaires et de la concurrence* »²⁹⁹ a « *inventé l'entreprise* »³⁰⁰, la question de la titularité du fonds de commerce exploité par le franchisé ne pouvait être durablement passée sous silence³⁰¹. Sans doute fallait-il se garder de toute réponse uniforme. Selon que la protection du franchiseur consiste simplement à procurer à son partenaire quelques moyens concurrentiels ou à créer l'exploitation dans l'essentiel de son pouvoir d'attraction de clientèle, la réponse ne doit pas être la même. Mais, précisément, l'analyse de nombreux contrats de franchise, ainsi que celle de leur exécution montre qu'il n'est nullement exceptionnel qu'un franchiseur puisse être regardé comme l'inventeur ou le créateur du point de vente exploité par son franchisé³⁰².

Ces considérations avaient autrefois trouvé un écho favorable en droit positif. Un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier, en date du 19 janvier 1962³⁰³ avait refusé à

²⁹⁹ Cass. com. 3 février 1970, Bull. civ. IV p.42 n°42, D. 1970 p.626.

³⁰⁰ Cass. 3^e civ. 25 avril 1972, Bull. civ. III n° 252, p. 180.

³⁰¹ Pendant de nombreuses années, la question a été tranchée par voie de simple affirmation. Voir par exemple A. Rolland, *La situation des concessionnaires et des franchisés membres d'un réseau commercial*, Thèse Rennes 1976 : « *La reconnaissance de la propriété du fonds au profit des concédants et des franchiseurs équivaudrait à priver (...) les concessionnaires et les du bénéfice de la propriété commerciale. Le fait que les concessionnaires et les franchisés soient titulaires d'un droit au bail ne doit pas être remis en cause par la conclusion d'un contrat de distribution exclusive. Dans cette hypothèse, la propriété du fonds doit être considérée comme un fait tangible.* », p.116, note I.

³⁰² Derrière la concession du droit à l'enseigne, le franchiseur met le plus souvent à disposition du franchisé l'ensemble de son savoir-faire caractéristique du concept de point de vente : sélection et aménagement du local, politique de prix et de communication, formation et recrutement du personnel, méthodes de production et de vente des biens et/ou des services, solutions financières...

³⁰³ D. 1963, p. 172.

l'exploitant d'un établissement scolaire, porteur de l'enseigne et des méthodes d'enseignement Pigier, le droit au renouvellement de son bail au motif que « *ne pouvant invoquer sur cette clientèle ni le droit du créateur ni celui de l'acquéreur définitif, (le locataire) ne pouvait à défaut de la propriété de cet élément incorporel essentiel à l'existence d'un fonds de commerce, en l'occurrence d'un établissement d'enseignement, qu'est la clientèle ou l'achalandage, se dire juridiquement propriétaire de l'établissement litigieux ni avoir vocation au renouvellement du bail des locaux où il s'abrite* ». En son temps, la décision ne suscita qu'assez peu de commentaires et finit même par tomber plus ou moins dans l'oubli³⁰⁴.

Un arrêt plus récent de la Cour d'appel de Paris renoua cependant avec éclat avec cette jurisprudence de la Cour d'appel de Montpellier. Dans cette affaire, la Cour de Paris refusa à son tour à un franchisé Avis le bénéfice du statut des baux commerciaux, au motif qu'en l'espèce, l'intéressé avait une clientèle totalement dépendante du franchiseur. « *Ce qui, pour la Cour de Paris, attire la clientèle d'un prestataire de service franchisé ou concessionnaire, c'est la « charte » de la marque, qui se traduit par la proposition de contrats-type qui garantissent le principe d'une exécution sans aléa* »³⁰⁵.

Cette décision fit l'objet de critiques quasi unanimes de la doctrine³⁰⁶ et donna très rapidement lieu à un revirement complet de jurisprudence.

³⁰⁴ Voir cependant F. Givord, note sous la décision D. 1963, p. 172. Il faut aussi reconnaître que s'agissant d'un établissement d'enseignement, point n'était besoin d'entrer dans le débat relatif à la propriété du fonds de commerce pour reconnaître à l'exploitant un droit au statut. Ce droit s'évince tout simplement de la lettre de l'article L. 145-2 qui énonce, sans autre condition, que le statut s'applique aux « *baux des locaux ou immeubles abritant des établissements d'enseignement* ».

³⁰⁵ CA Paris 6 février 1996, JCP 1997 II 22818, note B. Boccara.

³⁰⁶ Voir notamment B. Boccara, précité ; D. Ferrier D. 1997, somm. p. 57 ; J. Derruppe RDI 1996, p. 289 « *le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ?* » ; AJPI 1997, p. 1002 ; RTD Com 1006, p. 237 ; D. Baschet, *La franchise est en deuil.*, Gaz Pal 31 mai 1996.

§ 2 – *L'affirmation de l'existence d'une clientèle propre au franchisé*

156. Revirement jurisprudentiel. - Dès l'année 2000, la Cour d'appel de Paris, dans deux décisions du même jour³⁰⁷, donna le signal du revirement. Celui-ci atteint cependant son point culminant avec un arrêt de la Cour de cassation en date du 27 mars 2002, dans lequel la Haute Assemblée décida très clairement, à propos d'un franchisé Conforama, que celui-ci était en droit de bénéficier du renouvellement de son bail³⁰⁸.

157. Appréciation de la décision sur le plan de l'opportunité. - En termes d'opportunité, la décision fut saluée à juste titre par l'ensemble de la doctrine. Sur un plan général en effet, il n'est pas juste qu'un commerçant franchisé puisse se voir refuser le renouvellement de son bail alors que ce droit est reconnu à un quelconque boutiquier. En outre et sur le terrain particulier de la franchise, l'attribution au franchiseur de la propriété du fonds exploité par le franchisé ne permet pas d'attribuer au premier le bénéfice du statut des baux commerciaux, puisqu'il n'est pas titulaire du bail.

Même si la solution ne semble désormais remise en cause pour personne, on peut se demander si son intérêt pratique n'est pas son principal – voire son seul – mérite. Dans l'ordre juridique, en effet, la motivation de l'arrêt ne paraît ni entièrement convaincante, ni de nature à justifier la confiance affichée par la doctrine³⁰⁹ quant à sa portée générale.

³⁰⁷ CA Paris 4 octobre 2000, D. 2001 p. 1718 note H. Kenfack et p. 301 obs. D. Ferrier ; J. Raynaud, *La franchise sort du coma*, AJDI 2001, p. 502.

³⁰⁸ Cass. 3^{ème} civ. 27 mars 2002, D. 2002, p. 2400 note H. Kenfack.

³⁰⁹ Voir par exemple D. Alfroy Jel Entreprise individuelle, fasc. 1250 n°77 ; DPDA V Baux commerciaux n°75 ; B. Boccara, *Régime locatif des franchisés et renouvellement des concepts sur le fonds de commerce : la fin d'une controverse ?*, AJDI 2002, p. 502.

158. Appréciation de la décision sur le plan juridique. - En premier lieu, la Cour de cassation affirme l'existence d'une clientèle propre au franchisé en distinguant une clientèle nationale « *attachée à la notoriété de la marque du franchiseur* », d'une « *clientèle locale* » qui n'existe et n'est créée que par « *l'activité (du franchisé) avec des moyens que, contractant à titre personnel avec les fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls* ». Cette première motivation suggère, au plan juridique, une double observation. D'une part la référence à une exploitation aux « *risques et périls* » du franchisé manque, selon nous, de pertinence. Un gérant libre de fonds de commerce exploite lui aussi à ses « *risques et périls* » sans que, par hypothèse, la propriété d'un fonds lui soit reconnue. D'autre part, en faisant état d'une « *clientèle locale* » créée par le franchisé, les juges renvoient à une vision de la clientèle consistant à l'identifier, selon l'expression de Savatier, à « *un peuple d'hommes et de femmes* »³¹⁰, c'est-à-dire à un ensemble de personnes humaines, comme telles insusceptibles de « *faire partie* »³¹¹ d'un quelconque fonds de commerce.

En second lieu, la simple lecture de l'arrêt montre qu'au soutien de la solution adoptée, la Cour de cassation énonce, en forme de deuxième motif, qu'en l'espèce, « *le franchiseur reconnaissait (aux franchisés) le droit de disposer des éléments constitutifs de leur fonds* ». La précision est importante. Il est réaliste de considérer que lorsqu'un commerçant détient le droit de disposer des éléments attractifs de clientèle, il est titulaire d'un fonds de commerce. Qu'en est-il, en revanche, lorsque tel n'est pas le cas ? La question pourrait sembler d'autant plus préoccupante qu'il est rare, en pratique, que les droits et obligations attachés à un contrat de franchise soient librement transmissibles³¹². Force est cependant de constater que ce deuxième volet

³¹⁰ *L'introduction et l'évolution du bien clientèle dans la construction du droit positif français*, in Mélanges Maury 1960, T II p. 559.

³¹¹ C. cass. civ. 27 mars 2002 précité. A la vérité, la construction juridique traditionnelle identifiant la clientèle à un « *droit de clientèle* » n'est pas plus à l'abri de la critique. Voir sur ce point P. Le Floch op cit, p. 135 et 98. Mais on aurait tort de considérer que l'arrêt de 2002 représente un progrès dans l'ordre juridique.

³¹² La transmissibilité du contrat est un minimum et de façon quasi systématique subordonné à un agrément du franchiseur. Cette exigence repose sur le caractère « *intuitus personae* » de la franchise. Elle est, en outre, conforme aux dispositions de l'article 1216 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

de la décision de la Cour de cassation n'a, depuis, guère connu de développement significatif. Tout se passe, en réalité, comme si, dans le droit de la franchise, la question de la propriété du fonds de commerce représentait une sorte de boîte de Pandore que chacun souhaite désormais voir définitivement refermée.

Si tel est le cas, la dépendance éventuelle d'un commerçant à l'égard d'un franchiseur n'est donc plus un obstacle à ce qu'il bénéficie du statut des baux commerciaux. Il n'en va pas tout à fait de même lorsque cette dépendance s'exprime à l'égard d'un membre du centre commercial, même si dans ce domaine, une évolution du même type semble s'être dessinée.

Section 2 – La dépendance à l’égard d’un membre du centre commercial

159. Il n’est guère contestable qu’à l’intérieur d’un centre commercial, chacun dépend plus ou moins des autres. Le courant de clientèle drainé par l’hypermarché, les moyennes surfaces, la notoriété très forte d’une enseigne... profite à chacun des exploitants. Inversement, le non respect par tel ou tel des règles communes (horaires d’ouverture, de livraison, propreté...) porte préjudice à tous.

Cette interdépendance des membres d’un centre commercial n’a toutefois jamais conduit la doctrine ou la jurisprudence à douter de l’appropriation par chacun d’un fonds de commerce. Ce consensus général n’a rien d’étonnant. A la différence du concept de « magasin collectif d’indépendants »³¹³, le centre commercial n’instaure jamais une intégration ou une discipline telle que l’on puisse être tenté d’y voir une sorte d’« établissement enseigne ».

160. La situation n’est pas très différente lorsque la dépendance d’un ou de plusieurs membres du centre à l’égard d’un autre membre se révèle marquée. De ce point de vue, le rôle de « locomotive » ordinairement prêté à l’hypermarché n’a, à lui seul, jamais suggéré que les exploitants de la galerie marchande n’étaient titulaires d’aucun fonds. S’ils trouvent généralement profit de leur voisinage avec la grande surface, liberté leur est laissée de conquérir et de développer une clientèle personnelle. Même si la remarque relève plutôt de l’ordre de la contestation, Marie-Laurence Sainturat a raison de distinguer selon que le commerçant est implanté à l’extérieur ou à l’intérieur d’un autre établissement³¹⁴. En droit positif, ce n’est, en pratique, que dans ce dernier cas que la contestation de la propriété d’un fonds de commerce s’est développée.

³¹³ Supra. Il y a, à cet endroit, lieu de rappeler que nonobstant la situation de quasi intégration caractéristique du concept, le législateur affirme que les membres du magasin collectif sont propriétaires de leur fonds de commerce (article L. 125-1 du Code de commerce)

³¹⁴ *Propriété commerciale et établissements inclus*, AJDI 2004, p. 355.

A cette fin, la jurisprudence prend appui sur deux fondements³¹⁵. Le premier, relativement original, est tiré de l'absence d'autonomie de gestion (§1) ; le second, beaucoup plus classique, est tiré de l'absence de clientèle personnelle (§2). Longtemps confondus, ces deux fondements apparaissent désormais distincts l'un par rapport à l'autre. Mais si l'interprétation du premier semble devoir être assez vague, celle du deuxième se révèle aujourd'hui plutôt favorable au locataire.

§ 1 – L'exigence d'une autonomie de gestion

161. Une exigence récente. - La mise en relief de l'absence d'autonomie de gestion des locataires au soutien du refus du droit au statut n'est pas très ancienne en jurisprudence. Initialement, elle pouvait d'ailleurs sembler n'être qu'un moyen de preuve de l'absence de clientèle propre. Comment, en effet, un commerçant peut-il attirer une clientèle personnelle s'il ne dispose d'aucun moyen à cette fin ? Depuis un arrêt du 5 février 2003, la condition d'une autonomie de gestion apparaît en revanche assez clairement comme étant constitutive d'une exigence distincte³¹⁶. Bien que sa raison d'être soit à vrai dire très peu explicitée, il semble qu'elle se rattache à l'idée selon laquelle une activité doit, pour être véritablement commerciale et conférer à celui qui l'exerce la qualité de commerçant, revêtir un caractère d'indépendance suffisant.

162. Appréciée sévèrement par les juges. - Dans l'appréciation de l'autonomie de gestion, la jurisprudence s'est souvent montrée plutôt sévère. Ainsi a-t-elle refusé le bénéfice du statut à un marchand de crêpes exerçant dans un stand

³¹⁵ Auxquels s'ajoute celui relatif à l'emplacement, cf. supra.

³¹⁶ Cass. 3^{ème} civ. 5 février 2003, n° 01-16672, « *Le statut des baux commerciaux, indique la Cour, est applicable nonobstant la qualification que les parties ont donnée au contrat, à tout local stable et permanent disposant d'une clientèle personnelle et régulière et jouissant d'une autonomie de gestion.* » D. 2003, p. 973, note Y. Rouquet ; RTD com 2003, obs. J. Moneger.

installé sur la terrasse couverte d'un café³¹⁷. Sans doute le bailleur était-il, en l'espèce, propriétaire du matériel d'exploitation du preneur. De même fournissait-il l'eau et les ingrédients nécessaires à la préparation des crêpes. Mais il était à notre sens excessif d'affirmer sans nuance que l'intéressé ne jouissait d'« *aucune autonomie de gestion* » alors que, d'une part, le preneur pouvait vendre les crêpes aux passants de la rue et non seulement aux clients du café ; d'autre part que la gestion d'une exploitation comporte d'autres versants (politique de prix, gestion financière, ressources humaines...) que ceux mis en avant par la Cour de cassation.

Peut-être faut-il y voir la raison pour laquelle l'expression « autonomie de gestion » n'a plus cours depuis quelques années, mais est remplacée par celle de « *contraintes incompressibles avec le libre exercice* » de l'activité³¹⁸. La formulation fait, en effet, une meilleure place à la liberté du juge. Rien, cependant, ne permet de voir dans ce glissement sémantique une évolution favorable ou défavorable au locataire³¹⁹.

Tel n'est pas le cas de l'exigence traditionnellement requise d'une clientèle personnelle.

§ 2 – L'exigence d'une clientèle personnelle

Sauf à remettre en cause la construction juridique du fonds de commerce, l'exigence d'une clientèle personnelle du locataire n'est pas en elle-même critiquable. Autre chose est, en revanche, de démontrer concrètement que cette exigence est satisfaite. L'analyse des nombreuses décisions rendues au cours du siècle passé témoigne de la difficulté.

³¹⁷ Cass. 3^{ème} civ. 1^{er} octobre 2003, D. 2003 p. 2576 ; JCP E 2003, 1665 note J. Monéger.

³¹⁸ Cass. 3^{ème} civ. 14 janvier 2005, JCP E 2005, 826, n° 13 obs. H. Kenfack ; D. 2006 p. 926 obs. L. Rozes.

³¹⁹ Voir par exemple Cass. 3^{ème} civ. 5 septembre 2012, RTD com 2013, p. 62 obs. F. Kenderian.

163. Démonstration de l'existence d'une clientèle personnelle. -

L'inclusion matérielle du point de vente au sein d'un établissement plus vaste peut conduire le commerçant à vivre une sorte de « symbiose parasitaire »³²⁰. Mais il arrive que la clientèle s'adresse au sous-exploitant en raison du talent personnel mis en œuvre pour la conquérir. Pour pouvoir trancher, la jurisprudence était ainsi conduite à dresser un « bilan » recensant les éléments favorables ou défavorables au locataire. A l'encontre de ce dernier, elle relevait par exemple l'absence de liberté pour conquérir le client³²¹, ou l'absence d'usage de cette liberté³²². Témoignaient au contraire, en sa faveur, la présence d'éléments d'individualisation de l'exploitation³²³, ainsi que l'existence d'une situation de concurrence observée entre l'exploitation principale et la sous-exploitation.

L'on mesure néanmoins les limites de l'exercice. La première réside dans la difficulté d'établir le bilan lui-même. Comment, en effet, être certain d'avoir correctement recensé les éléments de comparaison ? Sans doute, en cas de litige, appartient-il aux parties de faire valoir leurs arguments respectifs. Mais une deuxième limite résulte de l'hypothèse dans laquelle l'examen comparatif fait apparaître une situation de quasi-équilibre. Ce cas n'est probablement pas rarissime car nul ne peut prétendre mesurer avec précision le poids respectif des éléments retenus.

164. Introduction puis abandon du critère de prépondérance. -

Campée sur une ligne sévère reposant sur le caractère dérogoire et donc d'application étroite du statut, la Cour de cassation exigeait depuis 1970 que le locataire établisse l'existence, non seulement d'une « clientèle propre », mais aussi « prépondérante » par rapport à celle de l'établissement principal.

³²⁰ Boccara, note sous Cass. Ass. plén. 24 avril 1970, JCP 1970 II 16489.

³²¹ Interdiction de toute apposition d'enseigne, assujettissement à des normes d'aménagement précises, identité des horaires d'ouverture... ; voir par exemple Cass. 3^{ème} civ. 9 juillet 1979, D. 1980, p. 64.

³²² Cass. com 3 février 1970 D. 1970, p. 626.

³²³ Spécialisation très poussée de l'activité, enseigne propre... Voir par exemple CA Paris 17 décembre 1981, RDI 1983, p. 115.

Cette preuve d'un caractère prépondérant de la clientèle propre au sous-locataire n'a plus désormais à être apportée. Dans un arrêt du 19 mars 2003, la Cour de cassation dispense expressément les juges d'avoir « *à rechercher si (la) clientèle personnelle dont (ils) constataient souverainement l'existence était prépondérante* »³²⁴.

La décision a très généralement été approuvée par la doctrine³²⁵ et saluée comme une « bouffée d'oxygène » pour les sous-exploitants. Qu'importe, en effet, que le courant de clientèle personnelle soit important ou marginal. Concrètement, il est même possible de se demander s'il ne suffit pas qu'il soit concevable en-dehors de l'établissement principal.

³²⁴ Cass. 3^{ème} civ. 19 mars 2003, D. 2003 p.2749, note H. Kenfack ; RTD com 2003 p. 276, obs. J. Moneger.

³²⁵ H. Kenfack précité

CONCLUSION :

165. Le bail commercial est la convention la plus répandue dans les centres commerciaux. Cette position hégémonique s'explique par le fait qu'il constitue à notre sens l'outil juridique d'organisation le plus approprié, comparé aux droits réels et aux autres droits personnels. Après avoir démontré, par l'analyse du fonctionnement de la copropriété et de la division en volumes, que les attributs du droit de propriété sont sources de blocages et de contraintes incompatibles avec le fonctionnement d'un centre commercial, et que le bail commercial par sa souplesse, sa stabilité et son statut organisé, est incontestablement mieux adapté que la concession immobilière, la convention d'occupation précaire et l'attribution en jouissance, nous comprenons qu'il soit particulièrement recherché.

Mais nous avons également pu démontrer que le succès du bail commercial dans les centres commerciaux est aussi le résultat d'un droit impératif, dont le domaine a été progressivement élargi par les textes et la jurisprudence.

Ce succès n'eût toutefois pas été possible si le régime du bail commercial n'avait pas été adapté aux spécificités des centres commerciaux.

Partie 2 - Le régime dérogatoire du bail commercial dans les centres commerciaux

166. Le statut des baux commerciaux tel qu'il résulte des articles L.145-1 et suivants du Code de commerce n'a pas vocation à régir l'ensemble des relations entre bailleur et preneur. En 1926³²⁶, l'objectif principal du législateur était d'éviter que le locataire perde son fonds de commerce en étant privé de la jouissance du local dans lequel il exerçait son activité. Au cours des décennies qui suivirent, le législateur instaura de nouvelles règles spécifiques, propres aux baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel, telles que le droit au renouvellement, les règles de fixation et de révision du loyer, le régime de la résolution ou encore certaines règles relatives à l'activité exercée dans les locaux loués (déspecialisation). Mais en-dehors de ces dispositions particulières - et impératives pour la plupart - les baux commerciaux relèvent du régime de droit commun du louage d'ouvrage prévu par les articles 1709 et suivants du Code civil.

167. Avant d'entamer l'étude du régime du bail commercial dans les centres commerciaux et pour en comprendre les enjeux, il faut rappeler que les intérêts de chacune des parties sont, en première approche, très différents. Ceux du bailleur sont centrés sur l'immeuble dont il a confié la jouissance à un tiers et dont il attend un revenu certain, tandis que ceux du locataire sont focalisés sur son activité, le local mis à sa disposition constituant son outil de travail, dont il espère lui aussi tirer un revenu.

³²⁶ Le statut spécifique des baux commerciaux est apparu sous l'empire de la loi du 30 juin 1926 qui avait vocation à régir les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel.

Cette forme de bipolarité nous conduit à étudier le régime du bail commercial dans les centres commerciaux autour de deux axes, en analysant dans un premier temps les règles afférentes à l'immeuble du bailleur (titre I) et dans un second temps celles afférentes à l'activité du preneur (titre II).

TITRE I : LES REGLES AFFERENTES A L'IMMEUBLE DU BAILLEUR

TITRE II : LES REGLES AFFERENTES A L'ACTIVITE DU PRENEUR

TITRE I - LES REGLES AFFERENTES A L'IMMEUBLE DU BAILLEUR

168. Le législateur n'a pas prévu de règles spécifiques à l'immeuble du bailleur. Les rédacteurs de baux commerciaux ont donc essentiellement recours aux règles du Code civil, dont les dispositions sont, pour la plupart, supplétives de volonté.

Dans les centres commerciaux, cette liberté contractuelle a été essentiellement mise à profit pour alléger les obligations du bailleur (Chapitre 1), en aggravant celles qui incombent au preneur (Chapitre 2).

CHAPITRE I : L'ALLEGEMENT DES OBLIGATIONS DU BAILLEUR

CHAPITRE II : L'AGGRAVATION DES OBLIGATIONS DU PRENEUR

CHAPITRE 1 - L'ALLÈGEMENT DES OBLIGATIONS DU BAILLEUR

169. L'article 1719 du Code civil met à la charge du bailleur trois obligations essentielles : délivrer la chose louée, l'entretenir en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée et en faire jouir paisiblement le preneur. L'article 1721 y ajoute une obligation de garantie des vices cachés. Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, les obligations de délivrance et d'entretien énoncées à l'article 1719 étaient, avec la garantie de jouissance paisible du locataire, de l'essence du contrat de bail. Le législateur de l'époque avait d'ailleurs insisté sur le caractère essentiel de ces obligations en précisant que le bailleur y est « *obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière* ». Ces trois obligations sont donc, en principe, caractéristiques du contrat de bail.

Pourtant, dans les baux conclus dans les centres commerciaux, ces obligations font généralement l'objet d'un allègement, voire d'un transfert sur le locataire dans des conditions admises par le juge. Une telle situation engendre plusieurs questions sur la nature et la portée de ces obligations. Des obligations qui découlent, par nature, du contrat de bail sont-elles toujours essentielles alors même qu'elles peuvent être allégées, voire écartées ? Toutes les obligations énoncées à l'article 1719 du Code civil ont-elles la même nature et la même portée ? Le contrat de bail conclu en centre commercial est-il un contrat classique ou un contrat *sui generis* ? Afin de pouvoir répondre à ces questions, il convient d'analyser chacune des obligations du bailleur, et l'allègement dont elles font l'objet, à la lumière de la pratique des centres commerciaux et des décisions de la Cour de cassation. Nous envisagerons dans un premier temps l'allègement des obligations de délivrance et d'entretien (Section 1) et dans un second temps, celui de l'obligation de garantie (Section 2).

Section 1 – L’allègement des obligations de délivrance et d’entretien du bailleur

170. L’obligation de délivrance consiste, pour le bailleur, à mettre à la disposition du preneur la chose louée et les accessoires nécessaires à son usage. L’obligation d’entretien impose quant à elle au bailleur d’entretenir la chose louée en état de servir à l’usage pour lequel elle a été louée pendant toute la durée du contrat de bail. Dans la théorie classique du droit du bail, l’obligation d’entretien, obligation continue, prend le relais de l’obligation de délivrance, qui serait une obligation à exécution instantanée, imposée au bailleur au stade de la prise d’effet du bail et de l’entrée en jouissance du locataire. Traditionnellement, dans les baux conclus dans les centres commerciaux, ces deux obligations faisaient l’objet d’un allègement important, les locataires se voyant transférer la charge de la majorité, voire de la quasi-totalité des travaux. Si l’allègement des obligations de délivrance et d’entretien demeure une caractéristique forte des centres commerciaux, la jurisprudence et la loi du 18 juin 2014 dite Pinel³²⁷ ont conduit à un encadrement plus important de ces mécanismes d’allègement.

§ 1 - L’allègement de l’obligation de délivrance du bailleur

171. Contexte. - L’obligation de délivrance ne figure pas dans le Code de commerce. Elle résulte du droit commun du louage et plus spécifiquement de l’article 1719-1° du Code civil, qui dispose 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* ». L’article 1720 ajoute un second élément. « *Le bailleur est tenu de délivrer une chose en bon état de réparations de toute espèce* ». L’obligation

³²⁷ Loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l’artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

de délivrance n'est pas propre au bailleur. Elle est d'ailleurs définie aux articles 1604 et suivants du Code civil relatifs à la vente.

Traditionnellement, l'exécution de l'obligation de délivrance s'appréciait uniquement au moment de l'entrée en jouissance du locataire. Or, depuis quelques années, nombreux sont les locataires qui, sous l'effet de la pression législative croissante en matière d'environnement, d'hygiène, de sécurité et de salubrité notamment, ont cherché à obtenir du bailleur qu'il prenne en charge ces travaux en cours de bail, en se fondant sur l'obligation d'entretien, mais également sur l'obligation de délivrance. Compte tenu des coûts engendrés par la mise en conformité des locaux, la question a donné lieu à de nombreux contentieux, qui ont constitué autant d'opportunités pour la Cour de cassation de faire évoluer le contenu et la portée de l'obligation de délivrance.

Cette évolution est particulièrement stratégique dans les centres commerciaux. En effet, même si la loi du 18 juin 2014 dite loi Pinel a fortement limité cette pratique, les baux qui y sont conclus mettent généralement à la charge des locataires la très grande majorité des coûts liés à l'immeuble, qu'il s'agisse des frais liés à l'aménagement des locaux ou des frais qui naissent en cours de bail, ce qui suppose que l'obligation de faire les travaux ou de les prendre en charge puisse être transférée au locataire. Il est donc primordial de déterminer avec précision le contenu, la nature (A) et la portée (B) de l'obligation de délivrance du bailleur pour pouvoir procéder à la répartition des coûts entre le bailleur et le locataire.

A - L'évolution de l'obligation de délivrance du bailleur

1°) Les composantes de l'obligation de délivrance du bailleur

172. L'obligation de délivrance est définie dans le Code civil aux articles 1604 et suivants relatifs à la vente. Elle consiste en la remise matérielle d'un bien conforme à sa destination et en bon état de réparations. Ces trois éléments (remise matérielle, conformité et état du bien) sont transposables au contrat de louage.

173. La remise matérielle du bien. – En premier lieu, l'obligation de délivrance a pour objet un acte matériel. L'article 1604 du Code civil dispose ainsi que « *la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* ». Le bailleur doit mettre la chose louée à disposition du locataire afin que celui-ci puisse en avoir la jouissance. En pratique, la remise matérielle s'opère par la remise des clés du local et s'accompagne désormais obligatoirement d'un état des lieux contradictoire³²⁸. L'article 1615 du Code civil ajoute que « *l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel* ». Bien que cette précision ne soit pas rappelée dans les articles du Code civil relatifs au louage, il va de soi que cette disposition lui est également applicable. Pour permettre au locataire d'avoir la jouissance pleine et entière de la chose louée, encore faut-il qu'il puisse utiliser les accessoires nécessaires à son usage. Dans un centre commercial, constituent par exemple des accessoires des locaux loués les parties communes et équipements d'intérêt commun (les accès, mails, parkings, réserves, locaux techniques et équipements techniques tels que la climatisation, le groupe électrogène, etc.).

³²⁸ Le caractère obligatoire de l'état des lieux résulte de l'article L. 145-40-1 du Code de commerce introduit par la loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite loi Pinel.

Condition nécessaire à l'entrée en jouissance du locataire, la remise matérielle du bien loué constitue une obligation essentielle du contrat de bail sans laquelle le contrat ne saurait exister. Plus précisément, il s'agit d'une obligation qualifiante du contrat, qui justifie que le locataire puisse demander la résiliation du bail si elle n'est pas exécutée par le bailleur.

174. La conformité du bien loué à la destination convenue. – Le local doit être conforme à la destination convenue. Cette exigence n'est certes pas libellée de façon aussi claire par l'article 1719-1° du Code civil, mais elle résulte d'une interprétation jurisprudentielle constante, fondée sur l'idée que « *la délivrance consiste à transférer un bien apte à remplir sa destination* »³²⁹. A défaut, le bail pourrait ne pas avoir d'intérêt – ou un intérêt moindre – pour le locataire. La chose louée doit donc avoir les qualités attendues. De ce point de vue, la conformité d'un bien à sa destination est très variable, dans la mesure où elle dépend des spécificités que les parties auront fait entrer dans le champ contractuel. La rédaction de la clause relative à la désignation des locaux et à leur destination doit donc être particulièrement soignée. Elle constituera le point de référence pour apprécier la conformité ou non des locaux loués.

En matière commerciale, cette obligation a sans doute une portée plus large qu'en matière d'habitation. Au-delà de la conformité fonctionnelle des locaux, il existe en effet une exigence de conformité administrative liée à certaines réglementations spécifiques aux établissements recevant du public (ERP), aux installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), à la réglementation sanitaire et parfois vétérinaire, dont le non respect peut être sanctionné par la fermeture administrative de l'établissement. Parmi ces règles, certaines sont applicables à l'immeuble, d'autres relèvent uniquement de l'activité du locataire. Au-delà de l'obligation de délivrer des locaux conformes à la description contractuelle (surfaces, emplacement, accessoires), le bailleur doit donc également mettre à disposition du locataire un local conforme

³²⁹ R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois 2008 n°425.

aux normes applicables à l'immeuble, eu égard à la destination convenue. L'obligation du bailleur est en revanche limitée à l'immeuble, le locataire devant quant à lui faire son affaire des éventuelles autorisations requises pour l'exploitation.

Prenons l'exemple d'un bail commercial consenti pour une activité de restauration. Ce type d'établissement doit être équipé d'une gaine d'extraction permettant d'évacuer les odeurs et fumées vers l'extérieur. Si la destination de restaurant est bien spécifiée dans le bail, les juges décident que le bailleur, tenu de mettre à disposition du locataire un local lui permettant d'exercer cette activité spécifique, devra s'assurer que cette gaine est bien installée³³⁰. Si la destination de restaurant n'est pas spécifiée, le bailleur sera en revanche dispensé de cette obligation. De son côté, quelle que soit l'hypothèse retenue, le locataire sera responsable de l'obtention des licences éventuellement nécessaires à l'exercice de son activité.

Autre exemple, assez fréquent pour les locaux commerciaux situés en pied d'immeuble en centre-ville : les locaux doivent être conformes aux règles gouvernant la copropriété. Préalablement à la signature du bail commercial, le bailleur, tenu de délivrer au locataire un local conforme à la destination convenue, doit ainsi vérifier que la destination de l'immeuble dans son ensemble ne s'oppose pas à l'exploitation de l'activité visée au bail³³¹. La destination de l'immeuble résulte des stipulations du règlement de copropriété ou bien des caractères de l'immeuble (standing) et de sa situation (quartier, environnement...) et s'impose à tous les copropriétaires. Il est certes aujourd'hui admis de réputer non écrites les clauses manifestement abusives eu égard à la nécessaire évolution de certains immeubles et au droit des copropriétaires

³³⁰ Cass. 3^e civ. 13 juillet 2010, n° 09-15409 « *Ayant retenu qu'il n'était établi ni que le contrat de bail ait transféré au preneur la charge de réaliser le dispositif d'extraction des fumées, nécessaire aux termes de la réglementation, à l'exploitation des locaux conformément à leur destination, ni que le preneur ait été informé des difficultés techniques qui devaient s'attacher à la conduite de tels travaux dans les lieux loués, la Cour d'appel a pu en déduire que la bailleuse avait manqué à son obligation de délivrance et que la société O'Restauration pouvait valablement invoquer l'exception d'inexécution* ».

³³¹ Il a ainsi été jugé que devait être résilié aux torts exclusifs du bailleur le bail commercial qui autorise l'activité de restauration rapide alors que le règlement de copropriété interdit l'exploitation d'un commerce bruyant et malodorant (Cass. 3^e civ. 3 mars 2009, AJDI juin 2010, p. 456).

de jouir librement de leurs lots. Néanmoins, en présence d'un règlement de copropriété interdisant expressément toute activité de restauration dans l'immeuble, il ne peut qu'être recommandé au bailleur d'obtenir la modification du règlement avant la signature du bail, afin de délivrer au locataire un local conforme à la destination convenue, plutôt que de laisser au juge le pouvoir d'apprécier la situation a posteriori.

Outre le problème de destination des locaux, le bailleur doit également s'assurer que les travaux nécessaires à l'installation du locataire pour l'exploitation de son activité ne nécessitent pas une autorisation préalable des copropriétaires. Il a ainsi été jugé que manque à son obligation de délivrer un local conforme à la destination de restaurant prévue au bail, le bailleur qui n'a pu obtenir l'autorisation d'installer une gaine d'extraction à l'arrière de l'immeuble³³².

Dernier exemple, celui de la conformité à la réglementation sur l'urbanisme commercial. Depuis 1973 en effet, l'implantation des surfaces commerciales est réglementée³³³. Lors de la construction d'un centre commercial et en cas d'évolutions ultérieures, les surfaces de vente nouvelles ou modifiées doivent faire l'objet d'une autorisation si elles dépassent les seuils réglementaires. La conformité des surfaces exploitées par rapport à celles autorisées est un élément fondamental de l'obligation de délivrance du bailleur dans les centres commerciaux. En effet, l'exploitation de surfaces de vente non autorisées peut être sanctionnée par la fermeture au public de ces surfaces, au motif que l'exploitation d'un commerce dans une situation illicite constitue une faute génératrice d'un trouble commercial pour les concurrents³³⁴. Le défaut de conformité des locaux en raison de l'absence de droits d'exploitation attachés peut être soulevé par un locataire, notamment pour négocier un loyer plus avantageux. En effet, si la surface de vente exploitée est supérieure à celle autorisée, il faut soit obtenir une nouvelle autorisation pour régulariser la situation, soit réduire

³³² Cass. 3^{ème} civ., 26 mars 1997, Bull. civ. III n°70, D.1997, somm. 325, obs. Atias.

³³³ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite loi Royer.

³³⁴ Cass. Com. 28 novembre 1995, RJDA 1996 n°298.

contractuellement la surface de vente louée à celle strictement autorisée. À l'inverse, la surface de vente exploitée peut être inférieure à celle autorisée. Le risque est alors celui de la péremption de l'autorisation pour les surfaces de vente non exploitées pendant plus de trois ans³³⁵. Par conséquent, le bailleur doit vérifier que l'exploitation par un précédent locataire n'a pas eu pour effet d'affecter les surfaces de vente³³⁶.

La délivrance d'un bien conforme à sa destination est une condition essentielle à l'entrée en jouissance du locataire. Le bien mis à disposition du locataire doit à la fois être apte matériellement et juridiquement à recevoir la destination convenue et permettre au preneur d'exercer son activité de manière régulière. Déterminantes pour le locataire, ces conditions découlent également de la nature du contrat de bail, de sorte que l'obligation de délivrer un bien conforme, c'est-à-dire un bien « *apte à recevoir la destination convenue* », est à notre sens une obligation manifestement essentielle du bailleur³³⁷.

175. La remise d'un bien en bon état de réparations de toute espèce. – Conformément à l'article 1720, alinéa 1^{er} du Code civil, le local loué doit enfin être « *délivré en bon état de réparations de toute espèce* ». Au stade de la prise d'effet du bail, le bailleur doit en principe remettre au locataire un bien en bon état, ce qui lui impose de procéder, en amont, à toutes les réparations et à tous les travaux nécessaires pour parvenir à cet état. À ce stade, il n'est fait aucune distinction en fonction du type de réparations. Le bailleur doit donc les supporter toutes, y compris celles réputées locatives, qui incomberont ensuite au locataire en cours d'exécution du bail³³⁸.

³³⁵ Article L.752-1-6° C. com.

³³⁶ La vérification des surfaces de vente peut être effectuée par comparaison entre les plans et tableaux de surfaces annexés à la demande d'autorisation d'exploitation commerciale avec des plans et tableaux de la surface de vente existante réalisés par un géomètre.

³³⁷ Selon la formule consacrée par le Professeur Cyril GRIMALDI dans un article intitulé *Les clauses portant sur une obligation essentielle*, Revue des contrats, décembre 2008, p. 1095s.

³³⁸ L'article 1720, alinéa 2 du Code civil impose en effet au bailleur de « *faire, pendant toute la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives* ».

Contrairement aux deux premières composantes de l'obligation de délivrance, l'obligation de remettre un bien en bon état de réparations ne conditionne pas l'entrée en jouissance du locataire. Sauf gravité particulière, le défaut d'exécution de cette obligation ne remet pas en cause le bail et ne saurait être sanctionné par la résiliation du contrat. En effet, à la différence de l'article 1719, l'article 1720, alinéa 1^{er} du Code civil n'érige pas cette obligation au rang de celles qu'exige la nature du contrat. Le locataire pourra en revanche, si cette obligation n'est pas remplie par le bailleur, user des moyens de droit pour agir en exécution forcée et obtenir des dommages-intérêts le cas échéant.

176. Synthèse – Le raisonnement le plus éclairant sur la détermination du contenu de l'obligation de délivrance est à notre sens celui proposé par le Professeur Cyril Grimaldi³³⁹. L'auteur analyse en effet l'obligation de délivrance sous une double dimension : objective et subjective. Envisagée dans sa dimension objective, la délivrance se limiterait à la remise matérielle du bien, tandis que dans sa dimension subjective, elle impliquerait la remise d'un bien apte à servir pour l'usage auquel il est conventionnellement destiné, c'est-à-dire un bien qui, « *dans sa nature, est adapté à la destination conventionnellement fixée*³⁴⁰ ». La dimension subjective comporterait elle-même deux sous-dimensions : le local devrait être à la fois *susceptible de recevoir la destination convenue* et *en état de permettre la réalisation de la destination convenue*. Dans les développements qui suivent, ce raisonnement nous sera très utile à la compréhension de l'obligation de délivrance dans le bail d'un local commercial.

³³⁹ Cyril GRIMALDI, « *La clause de prise des locaux loués en l'état à l'aune de l'obligation de délivrance* », Note sous Cass.3^{ème} civ. 20 janvier 2009, Revue des contrats 2009, p. 1495s.

³⁴⁰ R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois 2008, n°426.

2°) *L'obligation de délivrance du bailleur, une obligation continue*

177. Analyse classique. - Pendant longtemps, on a considéré que l'obligation de délivrance était à exécution instantanée. Le bailleur devait mettre à disposition du locataire un bien conforme à sa destination et en bon état de réparations. Mais cette obligation s'appréciait uniquement lors de la prise d'effet du bail. Ensuite, l'obligation d'entretien prenait le relais³⁴¹ en cours de bail. Cependant, dans un contexte d'inflation des normes environnementales, d'hygiène et de sécurité, la question de la prise en charge des travaux lors de l'entrée en vigueur d'une norme nouvelle s'est posée et a engendré une réflexion nouvelle sur la nature de l'obligation de délivrance et son utilité par rapport à l'obligation d'entretien.

Sur cette question, la position de la Cour de cassation a évolué au cours des dernières décennies. Dans un premier temps, les décisions mettant à la charge du bailleur des travaux de mise aux normes en cours de bail étaient fondées tantôt sur l'obligation de délivrance, tantôt sur l'obligation d'entretien, voire sur les deux. Dans un arrêt désormais ancien du 18 mai 1980, la Cour de cassation a ainsi décidé que *« l'exécution des travaux imposés par l'administration est de l'essence de l'obligation de délivrance du bailleur compte tenu de la destination contractuelle et que ces travaux sont à sa charge qu'il s'agisse de travaux initiaux ou de travaux imposés en cours de contrat en fonction de l'évolution de la réglementation, le bailleur étant tenu d'entretenir la chose en l'état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée »*. Ce double visa de l'obligation de délivrance et de l'obligation d'entretien est perturbant à première lecture.

³⁴¹ Note Christine QUEMENT, Jurisclasseur notarial répertoire, 30 janvier 2004, Fascicule 1275 – Bail commercial – Obligations des parties, n°9 (à propos de l'obligation de délivrance) : *« Il faut toutefois noter que cette obligation doit s'exécuter à la date de prise d'effet du bail et ne concerne pas l'exécution ultérieure du contrat et donc n'empêche pas le preneur de demander l'exécution des réparations dont la nécessité est apparue en cours de bail. Ainsi, c'est au moment de la conclusion du contrat que s'apprécie l'obligation de délivrance. »* Nous ne partageons pas cette analyse.

Il est néanmoins possible de l'expliquer par l'interprétation classique des articles 1719-1° et 1719-2° du Code civil. Rappelons qu'aux termes de ces articles, le bailleur est obligé, par la nature du contrat et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, tant de « *délivrer au preneur la chose louée* », que « *d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée* ». En décidant que les travaux imposés par l'administration sont de l'essence de l'obligation de délivrance du bailleur, compte tenu de la destination contractuelle, la Cour de cassation fait référence à la notion de conformité du local à sa destination, qui est au cœur de l'obligation de délivrance, ainsi que nous l'avons évoqué plus haut. Et en décidant que ces mêmes travaux sont à la charge du bailleur, tenu d'entretenir la chose en l'état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée « *qu'il s'agisse de travaux initiaux ou de travaux imposés en cours de contrat en fonction de l'évolution de la réglementation* », la Cour fait à notre sens une stricte application de la conception classique. Conception toutefois insuffisante en présence d'une évolution des normes applicables à l'immeuble en cours de bail.

178. Insuffisance de l'analyse classique en présence d'une évolution normative. – Dans la conception classique, l'obligation d'entretien prendrait, en cours de bail, le relais de l'obligation de délivrance lorsque des travaux sont nécessaires. Or, à notre sens, ce relais ne peut être que partiel. S'il est vrai que l'obligation d'entretien du bailleur prend le relais de l'obligation de délivrance quant à l'état du bien, elle ne peut en revanche justifier que des travaux de mise en conformité soient mis à la charge du bailleur. Si le bien n'est plus apte à remplir sa destination en raison d'une évolution des normes, la question de l'état du bien n'est pas en jeu. L'état du bien ne s'est pas dégradé mais, du fait d'une évolution des textes, le locataire ne peut plus exploiter le bien conformément à sa destination. La mise en conformité implique non pas des travaux de réparation, mais des travaux d'adaptation. Au surplus, l'évolution d'une norme peut imposer plus que de simples travaux. Elle peut par exemple imposer que le bailleur obtienne une autorisation pour permettre la poursuite de l'exploitation par le locataire. Une telle autorisation ne relève pas non plus de l'obligation d'entretien. La distinction est au fond la même que celle qui est opérée au stade de l'entrée en jouissance entre le bien *en état* de

permettre la réalisation de la destination convenue, qui relève de l'article 1720 du Code civil et le bien *susceptible* de recevoir la destination convenue, qui relève de l'obligation essentielle de délivrance de l'article 1719.

Cette nouvelle lecture de l'article 1719-1° du Code civil implique que l'obligation de délivrance soit une obligation à exécution continue et non une obligation à exécution instantanée comme cela a longtemps été soutenu. Or cette interprétation se justifie pleinement au regard de la théorie générale des obligations et de la thèse causaliste défendue notamment par Capitant³⁴². Selon cet auteur, ce que recherche une partie à un contrat synallagmatique est l'exécution par l'autre de son obligation³⁴³. Que cette obligation cesse d'être exécutée et l'obligation de l'autre partie n'a plus de cause³⁴⁴. Dans un bail, contrat synallagmatique, le bailleur s'engage parce qu'il compte sur le paiement d'un loyer ; le locataire s'engage quant à lui car il entend pouvoir jouir d'un local dans lequel il pourra exploiter son activité pendant une durée déterminée. La particularité du contrat de bail réside toutefois dans le fait qu'il s'agit d'un contrat à exécution successive. Envisagé du côté du locataire, le paiement du loyer aux échéances convenues ne constitue pas une modalité de paiement d'un capital fixé à l'origine. Il s'agit bien de l'exécution d'une obligation à exécution successive. La continuité de l'exécution de l'obligation du locataire a donc pour corollaire indispensable la continuité de l'exécution, par le bailleur, de ses obligations, dont celle, essentielle, de délivrance. Si l'obligation de délivrance du vendeur est une obligation à exécution instantanée, celle du bailleur est au contraire une obligation continue à exécution successive.

³⁴² Henry CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, Paris Librairie Dalloz, 1923 ; Arnaud CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, Thèse de doctorat en Droit, sous la direction de Jacques MESTRE, PUAM 2001

³⁴³ « *La cause ou, en d'autres termes, le but poursuivi, c'est l'exécution de la prestation promise par l'autre contractant* ».

³⁴⁴ L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a supprimé toute référence à la cause des obligations. Le raisonnement peut néanmoins être maintenu puisque la réforme a conservé les éléments du régime de la cause, en particulier les sanctions telles que l'exception d'inexécution et la résolution du contrat, qui trouvent leur fondement dans la notion de cause-contrepartie.

179. Application par la Cour de cassation. – Dans un arrêt isolé de 1989³⁴⁵, la Cour de cassation avait déjà semblé adopter le raisonnement que nous développons aujourd’hui. En l’espèce, la Cour avait à connaître d’un bail portant sur des locaux à usage de café-restaurant-hôtel. Le bail stipulait que le locataire ne pouvait exiger du bailleur aucune réparation de quelque nature que ce soit, ni travaux quelconques pendant le cours du bail. Or, suite à une visite de la commission de sécurité ayant prescrit des travaux de mise aux normes, le locataire avait assigné le bailleur en exécution desdits travaux. Considérant que les travaux imposés par l’administration en raison de la nature de l’activité exercée dans les lieux ne pouvaient être assimilés à des réparations rendues nécessaires par la force majeure et qu’il ne correspondaient pas non plus à des travaux que le bail mettait à la charge du propriétaire, la Cour d’appel avait débouté le locataire de sa demande. La Cour de cassation a censuré ce raisonnement au motif que la Cour d’appel n’avait pas recherché si « *eu égard à la destination des lieux prévue au bail, l’exécution des travaux imposés par l’administration n’était pas rattachable à l’obligation de délivrance de la chose louée* ». La Cour de cassation faisait ainsi déjà appel à l’obligation de délivrance et non à celle d’entretien pour justifier la réalisation de travaux en cours de bail à la charge du bailleur.

180. Transition. - Face à l’émergence des normes en matière de sécurité et d’environnement, les décisions de la Cour de cassation ont ainsi permis une nouvelle lecture des articles 1719-1° et 1719-2° du Code civil. En cours de bail, l’obligation de délivrance ne disparaît pas au profit de l’obligation d’entretien. Obligation à exécution continue, elle conserve son autonomie et son efficacité en cours de bail, au même titre que l’obligation d’entretien.

³⁴⁵ Cass. 3^{ème} civ. 19 avril 1989, n° 87-14942, Bull. civ. III, n°83.

B - L'encadrement des mécanismes contractuels d'allègement de l'obligation de délivrance

181. Enoncé du problème. - Dans un contexte d'inflation législative en matière environnementale, sanitaire et de sécurité, la question de la répartition des coûts afférents aux locaux loués entre le bailleur et le locataire est source de nombreux contentieux. Classiquement, les bailleurs, en particulier les institutionnels propriétaires de centres commerciaux, souhaitent alléger au maximum les charges liées à l'immeuble en transférant une partie, voire la totalité parfois, des coûts sur les locataires. Un tel transfert n'est toutefois possible que dans la mesure où l'obligation de procéder aux travaux ou d'en assumer la charge est elle-même transférable sur les locataires, il s'est posé la question de savoir si, et dans quelle mesure, le bailleur pouvait s'exonérer de l'obligation de délivrance ou bénéficier d'un allègement.

Au cours des dix dernières années, la jurisprudence et la loi ont conduit à un contrôle et un encadrement plus forts de ces mécanismes d'allègement. Cet encadrement diffère toutefois selon que l'on se trouve au stade de la prise d'effet du bail (2°) ou en cours d'exécution du bail (3°). Dans ce contexte d'évolution, il nous semble important de débiter par une analyse « *in abstracto* » de l'obligation de délivrance et des aménagements contractuels dont elle peut faire l'objet (1°).

1°) L'obligation de délivrance du bailleur peut-elle être aménagée ?

182. Solutions variables compte tenu de l'hétérogénéité de l'obligation de délivrance. - L'article 1719-1° du Code civil dispose que le bailleur est tenu « *par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, de délivrer au preneur la chose louée* », tandis que l'article 1720 du Code civil indique simplement que « *le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce* ». Ainsi que nous venons de le voir, l'obligation de délivrance, obligation hétérogène, doit être analysée en distinguant ses trois composantes. Prise

dans sa dimension objective (la remise matérielle de la chose), l'obligation de délivrance ne peut faire l'objet d'aucun aménagement. Cette appréciation ne fait d'ailleurs aucun doute en doctrine et en pratique, tant il semble « *inconcevable que le propriétaire puisse s'exonérer de cette obligation, sans quoi le contrat perdrait en tant que tel toute utilité économique* »³⁴⁶. L'obligation du bailleur est ici une obligation essentielle, qualifiante du contrat de bail. Le raisonnement diffère en revanche en ce qui concerne la dimension « subjective » de l'obligation de délivrance. Selon le Professeur Cyril Grimaldi³⁴⁷, aucune clause ne devrait permettre d'alléger l'obligation du bailleur de mettre à disposition du preneur un local *susceptible* de recevoir la destination convenue, une telle obligation étant manifestement essentielle. En revanche, le bailleur pourrait tout à fait s'exonérer de son obligation de mettre à disposition du preneur un local *en état* de permettre la réalisation de la destination convenue. Plus précisément, le bailleur pourrait parfaitement mettre à disposition du locataire un local nécessitant une remise en état, dès lors que ce local est susceptible de recevoir la destination convenue.

Pour illustrer ce raisonnement, prenons l'exemple d'un local non aménagé, situé dans un immeuble en copropriété, que le locataire destine à une activité de restauration et dont l'exploitation nécessite la réalisation d'une gaine d'extraction conformément aux règles de sécurité et de salubrité applicables à ce type d'établissement. Distinguons à présent deux situations : dans le premier cas, le bailleur a obtenu l'autorisation de l'assemblée générale des copropriétaires de procéder au percement d'un mur donnant sur l'extérieur (parties communes), afin de permettre l'installation de la gaine d'extraction. Dans le second cas, le bailleur n'a pas obtenu cette autorisation, peu important à cet égard qu'il ne l'ait pas requise ou qu'elle lui ait été refusée par les autres copropriétaires. Dans les deux cas, les travaux de réalisation de la gaine n'ont pas été effectués. Toutefois, dans la première hypothèse, le local est bien *susceptible*

346 R. BOFFA, op.cit., n°425.

347 Cyril GRIMALDI, « *La clause de prise des locaux loués en l'état à l'aune de l'obligation de délivrance* », Note sous C.cass.3ème civ., 20 janvier 2009, Revue des contrats 2009, p.1495s.

de permettre la réalisation de la destination convenue, mais il n'est pas *en état* de l'être, faute de gaine. Le bailleur a donc bien rempli son obligation de remettre à la disposition du locataire un bien susceptible de recevoir la destination convenue. L'article 1720 du Code civil étant supplétif de volonté, le bailleur est autorisé à mettre conventionnellement à la charge du locataire les travaux de percement du mur et d'installation de la gaine d'extraction. Dans le second cas en revanche, le bailleur ne peut transférer au locataire la charge de réaliser ces mêmes travaux sans avoir, au préalable, obtenu l'autorisation de l'assemblée générale des copropriétaires, une telle autorisation ne pouvant en effet être réclamée et obtenue que par le bailleur en sa qualité de copropriétaire.

183. Précisions sur l'obligation de mettre à disposition un bien susceptible de recevoir la destination convenue. - À notre sens, un local devrait être réputé *susceptible* de recevoir la destination convenue dès lors qu'il est, soit doté de toutes les autorisations adéquates, soit que le locataire est en mesure de les obtenir lui-même. Ainsi, dès lors qu'il n'existe aucun obstacle physique ou juridique à l'exploitation des lieux par le locataire, dont la solution échapperait au locataire, le bailleur devrait pouvoir être dispensé de cette branche de l'obligation de délivrance.

Une telle dispense suppose toutefois que deux conditions cumulatives soient remplies : le locataire doit avoir qualité pour obtenir seul, ou avec l'accord du bailleur, les autorisations requises et le bail doit stipuler clairement l'objet de la non conformité, ainsi que le transfert de l'obligation au locataire, ce dernier devant l'accepter expressément afin d'éviter toute difficulté d'interprétation ultérieure. À titre d'exemple, un tel transfert ne nous paraît pas envisageable en matière de copropriété, dans la mesure où le locataire ne peut obtenir seul l'autorisation de faire les travaux, faute d'avoir la qualité de copropriétaire³⁴⁸. En revanche, il nous semble

³⁴⁸ Cass.3^{ème} civ., 3 mars 1999, « SARL Pag c/ Syndicat des copropriétaires Tours Gramma Paris 12^{ème} », JCP éd. E. 1999, p.1868 : dans cet arrêt, une assemblée générale de copropriétaires avait refusé d'autoriser les travaux dans les parties communes nécessaires à l'exploitation du fonds de commerce du locataire. Le copropriétaire bailleur avait en conséquence refusé de payer un arriéré de charges en prétextant qu'il devait y avoir compensation avec la perte de loyers subie du fait du

tout à fait envisageable de prévoir que le locataire fera son affaire personnelle de l'obtention d'un permis de construire par exemple, dès lors que le bailleur l'autorise à en faire la demande.

184. Synthèse. – En tant qu'elle consiste en la remise matérielle d'un bien *susceptible* de recevoir la destination convenue au sens ci-dessus défini, l'obligation de délivrance du bailleur, obligation essentielle, est, selon nous, intangible et ne saurait faire l'objet ni d'un allègement, ni d'un transfert sur le locataire. Le bailleur se doit en effet de tout mettre en œuvre pour que le locataire puisse exploiter les locaux loués de façon régulière, en lui garantissant que les locaux sont dotés de toutes les autorisations requises que le bailleur est seul habilité à obtenir. En revanche, peuvent être transférées au locataire l'obligation de procéder aux travaux nécessaires pour que le bien soit *en état* de recevoir la destination convenue, ainsi que l'obligation de recueillir toutes autorisations nécessaires à l'utilisation du bien conformément à sa destination dès lors que ces autorisations peuvent être obtenues par le locataire seul. Il en va ainsi notamment des autorisations requises pour l'exercice de son activité dans les locaux loués.

Si l'obligation de délivrance peut, sous certaines conditions, être contractuellement aménagée, les parties devront tenir compte du caractère continu de l'obligation de délivrance pour couvrir toute la durée du bail.

Cette analyse de l'obligation de délivrance et des aménagements contractuels dont elle peut faire l'objet n'a toutefois pas été retenue par le législateur en 2014, qui lui a préféré un critère plus technique et factuel conduisant à créer une distinction artificielle entre la phase de prise d'effet du bail et la phase d'exécution.

refus d'autoriser les travaux. La Cour de cassation rappelle à cette occasion « *qu'il incombe au copropriétaire bailleur de sélectionner ses locataires en s'assurant que leurs activités sont compatibles avec l'état des locaux commerciaux proposés ou que ceux-ci pourront être rendus conformes à ces activités.* »

2°) *L'aménagement de l'obligation de délivrance du bailleur lors de la prise d'effet du bail*

185. Rappels des principes. – En ce qu'elle porte sur l'obligation de remise matérielle du bien, l'obligation de délivrance n'est guère aménageable. La clause litigieuse pourrait donc être réputée non écrite si le contrat a été conclu après le 1^{er} octobre 2016³⁴⁹. En pratique, de telles situations sont exceptionnelles. Il arrive néanmoins que le bailleur soit sanctionné car il ne s'acquitte que partiellement de son obligation de délivrance. Tel est le cas lorsqu'il ne met pas à disposition du preneur les accessoires du bien loué³⁵⁰, ou lorsque les locaux ne sont pas libres de toute occupation à la date de prise d'effet du bail³⁵¹.

De la même manière, le bailleur ne peut se décharger de l'obligation de remettre un bien susceptible de recevoir la destination convenue. Ainsi que nous l'avons déjà évoqué, il n'est pas possible de déroger à l'obligation de délivrance lorsque la destination contractuelle est incompatible avec les autorisations administratives régissant l'immeuble³⁵², ou lorsque l'exploitation par le preneur dépend d'une situation matérielle ou juridique qu'il ne peut maîtriser seul³⁵³.

Sous cette réserve, les parties sont libres de prévoir que les travaux d'aménagement et les travaux nécessaires à l'exploitation des locaux loués seront à la charge exclusive du preneur. S'agissant de clauses dérogatoires aux dispositions de l'article 1719 du Code civil, elles devront être rédigées avec soin, sachant que le juge en fera une

³⁴⁹ En application du nouvel article 1170 du Code civil « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

³⁵⁰ Cass. 3^{ème} civ. 5 mars 1894, DP 1894, 1, 509 : le bailleur s'était engagé à construire et à mettre à disposition du preneur un hangar. Faute d'avoir respecté cet engagement, le bailleur devait supporter une baisse corrélative du loyer : « la dette du fermier (devait) subir une diminution proportionnelle, correspondant à la valeur locative de la chose louée dont celui-ci n'avait pas été mis en possession ».

³⁵¹ Cass. 3^{ème} civ. 28 septembre 2005 : le précédent locataire, dont le bail avait été résilié, n'avait pas quitté les lieux, empêchant l'installation du nouveau preneur.

³⁵² Lorsque l'activité prévue est interdite par le document d'urbanisme par exemple.

³⁵³ Lorsque l'activité de restauration nécessite une gaine d'extraction dont l'installation suppose l'accord des copropriétaires par exemple.

interprétation restrictive et en faveur du locataire en cas de doute³⁵⁴. La Cour de cassation est d'ailleurs particulièrement vigilante sur la portée des clauses dérogatoires insérées dans les baux commerciaux. La clause dite de « prise des biens en l'état » a notamment fait l'objet de nombreuses décisions destinées à en limiter la portée.

186. Portée limitée de la clause de « prise des biens en l'état ». - Les baux portant sur des locaux situés dans des centres commerciaux prévoient généralement que « *le preneur prend les locaux loués dans l'état dans lequel ils se trouvent au jour de la remise des clés, sans pouvoir exiger du bailleur aucun remplacement ou aménagement, ni aucune indemnité, diminution de loyer sous quelque forme que ce soit* ». Par cette clause, les bailleurs entendent faire obstacle à tout recours ultérieur du locataire sur l'état du bien mis à sa disposition. Or, selon la formule désormais consacrée par la Cour de cassation, « *la clause par laquelle le locataire prend les lieux dans l'état où ils se trouvent ne décharge pas le bailleur de son obligation de délivrance*³⁵⁵ ». Quel est le sens d'une telle formule ?

Littéralement, la clause de prise des biens en l'état permet au bailleur de se décharger de son obligation de remettre au preneur un bien en bon état de réparations de toute espèce, obligation qui constitue une composante de l'obligation de délivrance dont le caractère supplétif n'est pas contesté³⁵⁶. Dès lors que l'on admet l'hétérogénéité de l'obligation de délivrance, il est clair que la simple stipulation de la clause de prise des biens en l'état, qui ne porte que sur l'une des composantes accessoires de l'obligation, ne suffit pas à décharger le bailleur de la totalité de l'obligation de délivrance. En particulier, une telle clause ne saurait décharger le bailleur de son

³⁵⁴ Article 1190 du Code civil : « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ».

³⁵⁵ Cass.3^{ème} civ. 5 juin 2002, Bull. 2002, III n°123, p.109.

³⁵⁶ Même s'il n'est pas clairement exprimé dans l'article 1720 du Code civil, ce caractère supplétif résulte du caractère accessoire de cette branche de l'obligation de délivrance, comparé aux deux autres et de l'absence de référence à la « nature du contrat » qui est quant à elle clairement exprimée à l'article 1719 du Code civil.

obligation de remettre un bien conforme à l'usage auquel il est destiné contractuellement. À titre d'illustrations, on peut citer deux arrêts en ce sens de la Cour de cassation, en date du 10 décembre 2008³⁵⁷ et du 20 janvier 2009³⁵⁸.

Dans la première espèce, une commune avait loué un hangar à un exploitant de karting en intérieur. Suite au recours exercé à son encontre par un voisin qui l'enjoignait d'exécuter des travaux d'insonorisation, le locataire avait assigné la commune en garantie. S'appuyant sur le constat, fait par les juges du fond, selon lequel le local ne comportait aucun dispositif d'insonorisation spécifique et que des travaux importants s'imposaient, compte tenu de l'inadaptation du hangar à l'activité envisagée, la Cour de cassation avait condamné le bailleur. Celui-ci « *est obligé notamment de délivrer au preneur la chose louée et (...) que la clause par laquelle le locataire prend les lieux dans l'état où ils se trouvent ne décharge pas le bailleur de son obligation de délivrance* ». En l'espèce, l'insuffisance du dispositif d'insonorisation rendait le local non conforme à sa destination contractuelle et la clause de prise des biens en l'état ne permettait pas d'exonérer le bailleur de son obligation de procéder à la réalisation des travaux ou d'en assumer le coût.

Dans la seconde espèce, un locataire avait pris à bail des locaux présentant de graves défaillances de l'installation électrique et assigné le bailleur pour le voir condamner à réaliser les travaux nécessaires. La Cour de cassation avait accédé à sa demande en décidant que « *la clause selon laquelle le preneur prend les lieux dans l'état où ils se trouvent ne décharge pas le bailleur de son obligation de délivrance* ». En l'espèce, la défaillance de l'installation électrique s'apparentait à un défaut de conformité par rapport aux normes de sécurité.

³⁵⁷ Cass. 3ème civ. 10 décembre 2008, « *Commune de Valenciennes c/ Société Val Karting* », Juris-Data n°2008 – 046248, Loyers et Copro n°3, mars 2009, com. 54, obs. Vial-Pedroletti.

³⁵⁸ Cass. 3ème civ. 20 janvier 2009, « *Eurl amp C/ sarl Elastipark* », Juris-Data n°2009-046681 ; Loyers et copropriété n°3, mars 2009, com. 63, E. Chavance.

Dans ces deux arrêts, qui ne constituent pas des espèces isolées³⁵⁹, les travaux demandés constituaient de véritables travaux de mise en conformité du bien à sa destination contractuelle et la Cour de cassation, écartant la clause de « *prise des biens en l'état* », a considéré qu'il appartenait au bailleur de les prendre en charge. Faut-il en déduire que la jurisprudence refuse tout transfert au locataire des travaux de mise en conformité à la destination contractuelle ? Nous ne le pensons pas et l'analyse des arrêts qui suivent en donne une illustration.

187. Alternative à la clause de prise des biens en l'état en présence de travaux de mise en conformité avec la destination contractuelle. - Dans un premier arrêt en date du 2 juillet 2003³⁶⁰, la Cour de cassation se prononçait dans une affaire opposant un bailleur, qui avait consenti un bail à la société Pechiney, auquel était annexé un rapport amiante concluant à l'absence d'amiante dans l'immeuble. Or, dans le cadre des travaux d'aménagement, la société Pechiney avait découvert la présence d'amiante et assigné le bailleur en remboursement de la totalité des travaux de désamiantage. Le bailleur avait refusé, au motif qu'il résultait des clauses du bail que toutes les obligations de réparation du bailleur en matière d'hygiène et de sécurité avaient été transférées au preneur. La Cour de cassation avait refusé cette analyse et condamné le bailleur au paiement des travaux au motif que « *les travaux de désamiantage dont il s'agissait auraient dû être réalisés par le bailleur avant l'entrée en jouissance* » et que « *l'obligation de délivrance n'avait pas été entièrement satisfaite* ». Soulignons que dans cette espèce, non seulement le preneur n'avait pas été informé de l'existence d'amiante mais en outre, le bail ne prévoyait de dispense que pour les travaux qui seraient rendus nécessaires ultérieurement à l'entrée en jouissance. En l'absence d'information précise du preneur sur l'existence de cette non conformité (en présence d'amiante, l'immeuble ne pouvait être utilisé immédiatement

³⁵⁹ Voir notamment, pour d'autres exemples : Cass. 3^{ème} civ. 1^{er} juin 2005, RJDA 10/05 n°1071 ; Cass. 3^{ème} civ. 9 juillet 2008 RJDA 11/08 n°1092.

³⁶⁰ Cass. 3^{ème} civ. 2 juillet 2003, Bull.civ. III, n°141 p.126.

en l'état) et de clause spécifique imposant au locataire de réaliser les travaux de désamiantage, l'obligation ne pouvait être valablement transférée au preneur.

La décision de la Cour de cassation aurait-elle été différente si le rapport amiante avait révélé l'existence d'amiante et que les parties avaient expressément mis les travaux de désamiantage à la charge du locataire ? Deux arrêts nous permettent de le penser.

Dans un premier arrêt en date du 2 mars 2005³⁶¹, la Cour d'appel de Paris devait se prononcer sur un cas de non conformité d'un hôtel aux normes de sécurité. Aux termes d'un protocole d'accord conclu entre le bailleur et le locataire, stipulé indivisible du bail, le bailleur avait clairement indiqué que « *le fonds de commerce d'hôtel n'était plus classé et que la société n'avait jamais exploité ce fonds, lequel n'était pas inscrit à la Préfecture de Police et que le preneur devait faire son affaire, à ses frais, de ce classement éventuel et de la visite de la Commission de sécurité et des travaux à réaliser à la demande de divers organismes habilités à donner des avis ou des autorisations concernant la réception au public dans les hôtels, restaurants de manière à mettre, si besoin en était, les locaux en conformité avec les règles en vigueur.* » Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris avait refusé de mettre les travaux de mise en conformité à la charge du bailleur, en précisant qu'il « *n'entre pas dans l'obligation du bailleur de délivrer le fonds de commerce litigieux en état de travaux de conformité, son obligation de délivrance se trouvant, dans la commune intention des parties, remplie par la seule remise des locaux dans l'état où ils se présentaient au jour de la signature du bail. La clause du bail délimitant ainsi l'obligation de délivrance du bailleur ne vaut suppression de cette obligation et cette clause est valable, les parties étant libres de prévoir des dispositions restrictives à cet égard, dans la mesure où les dispositions légales relatives à l'obligation de délivrance ne sont pas d'ordre public. Dans ces conditions, il n'y a pas eu, en l'espèce,*

³⁶¹ CA Paris, 2 mars 2005, Deloge c/ LD, AJDI Juillet-Août 2005, p. 574.

manquement à l'obligation de délivrance du bailleur ». Soulignons que dans cet arrêt, la Cour d'appel retient également que le locataire n'était pas « *profane en la matière* ». Il résulte de la lecture de cet arrêt très détaillé que dès lors que le locataire, non profane, était informé avec précision du caractère non conforme des locaux et que les autorisations nécessaires pouvaient valablement être demandées par le locataire, le bail pouvait parfaitement prévoir que le locataire prenne à sa charge les travaux de mise en conformité, sans que cela constitue un manquement du bailleur à son obligation de délivrance. Selon notre analyse, un tel transfert est possible car en réalité, les locaux n'étaient certes pas en état de permettre la réalisation de la destination convenue, mais ils étaient bien « *susceptibles* » de l'être par la réalisation de travaux et l'obtention d'autorisations par le locataire.

Le second arrêt, rendu par la Cour de cassation le 5 juin 2002³⁶², concerne également un hôtel donné à bail en mauvais état. En l'espèce, le bail stipulait que « *le bénéficiaire prendra les lieux dans l'état où ils se trouvent au jour de l'entrée en jouissance, les ayant visités à plusieurs reprises et ayant reçu du promettant deux rapports sur les travaux nécessaires à l'exploitation dans lesdits locaux d'un commerce d'hôtel* ». Or, les travaux réalisés par le locataire s'étaient révélés insuffisants pour la mise en conformité de l'hôtel, de sorte que le locataire avait demandé au bailleur de lui rembourser le montant des travaux supplémentaires. La Cour de cassation a fait droit à cette demande et décidé que « *la clause par laquelle le locataire prend les lieux dans l'état où ils se trouvent ne décharge pas le bailleur de son obligation de délivrance.* » La décision peut sembler sévère dans la mesure où le bailleur, en transmettant des rapports relatifs à l'état du bien, avait fait preuve de transparence à l'égard du locataire. La solution se justifie néanmoins dans la mesure où le transfert au locataire de la charge de réaliser les travaux de conformité suppose son information complète. Dans cet arrêt, la Cour de cassation fait une exacte application de ce raisonnement en condamnant le bailleur au paiement des travaux

³⁶² Cass. 3^{ème} civ., 5 juin 2002, « *Société Hotel de France* », N°00-19037.

supplémentaires non prévus dans les rapports remis au locataire. Restait au bailleur à exercer, le cas échéant, un recours à l'encontre de l'auteur de ces rapports.

188. Synthèse. – À la lumière de la jurisprudence actuelle, l'obligation de délivrance du bailleur au stade de l'entrée en jouissance pourrait être synthétisée comme suit. Tout d'abord, en aucun cas, le bailleur ne peut se dispenser de mettre matériellement le bien à disposition du locataire (première composante de l'obligation de délivrance). En second lieu, s'agissant de l'obligation du bailleur de mettre à disposition du locataire un bien conforme à la destination convenue (deuxième composante de l'obligation de délivrance), il convient de distinguer. Si le bien n'est pas conforme au moment de l'entrée en jouissance du locataire, la question se pose de savoir s'il est *susceptible* de l'être. Dans la négative, le bailleur ne pourra pas louer le bien pour la destination convenue³⁶³. S'il n'est pas conforme mais qu'il est néanmoins susceptible de l'être, soit en obtenant les autorisations adéquates, soit en procédant à des travaux, le bailleur pourra transférer la charge de la mise en conformité au locataire, mais à condition que ce dernier soit informé le plus précisément possible du vice de conformité, le caractère profane ou non du locataire pouvant à cet égard être pris en considération, et que le bail indique clairement que le locataire en fera son affaire. Un tel transfert ne sera toutefois pas possible s'il s'avère que le bailleur a seul qualité pour obtenir l'autorisation (en matière de copropriété par exemple). Enfin, s'agissant de l'obligation du bailleur de mettre à disposition du preneur un bien en bon état de réparations de toute espèce (troisième composante de l'obligation de délivrance), il ne nous semble pas que soit contestée aujourd'hui la possibilité pour le bailleur de s'en exonérer par une simple clause de prise des biens en l'état, dès lors que les travaux ne consistent pas en une mise en conformité du bien à la destination convenue. La loi du 18 juin 2014 dite Pinel et son décret d'application sont sans effet sur ces dispositions. En effet, les nouvelles dispositions

³⁶³ Il a ainsi été jugé que manque à son obligation de délivrance conforme, le bailleur qui consent un bail commercial sur un local destiné à l'exploitation d'un débit de boissons, alors que ce local est situé à proximité d'un édifice religieux (CA de Paris, 23ème chambre B, 31 mai 2000, Juris-Data n° 2000-109431).

affectent le transfert des charges locatives, problématique circonscrite à la période d'exécution du bail et n'ayant pas vocation à régir sa prise d'effet. De tels aménagements sont d'ailleurs notamment prévus dans les baux conclus pour des locaux situés dans des centres commerciaux en cours de construction.

189. Pratique de l'obligation de délivrance dans les centres commerciaux en cours de construction - Les baux conclus dans les centres commerciaux prévoient généralement des aménagements contractuels permettant d'alléger au maximum l'obligation de délivrance du bailleur. Cet allègement est particulièrement important lorsque les baux sont conclus alors que le centre commercial est en cours de construction. Dans ce cas, les parties conviennent le plus souvent que le local sera mis à disposition du locataire « brut de béton », afin de permettre à ce dernier de réaliser lui-même les travaux d'aménagement intérieur. À titre d'exemple, il est fréquent de rencontrer la clause suivante : « *le bailleur livrera au preneur un local, murs, plafonds et sols bruts, sprinklé mais ni clos, ni aménagé, ni raccordé à aucun réseau, les canalisations d'eau, d'électricité et de téléphone étant en attente* ».

Cet allègement de l'obligation de délivrance du bailleur est extrême comparé à ce qui serait exigé en matière de baux d'habitation ou à ce qui est généralement pratiqué dans les baux commerciaux traditionnels. En matière de bail d'habitation, l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989, dont les dispositions sont d'ordre public, impose au bailleur de « *délivrer au locataire le logement en bon état d'usage et de réparation ainsi que les équipements mentionnés au contrat de location en bon état de fonctionnement* ». Cette disposition impose au bailleur de livrer un local entièrement aménagé, équipé et en bon état de fonctionnement. Dans les baux commerciaux de type traditionnel (conclus pour un commerce situé en centre-ville par exemple), le contrat stipule le plus souvent que le bailleur s'engage à délivrer un local, certes pas forcément équipé et aménagé, mais clos, couvert et raccordé aux différents réseaux de fluides.

Dans les baux commerciaux conclus pour des locaux situés dans des centres commerciaux en cours de construction, la situation est différente. Dans une telle

configuration, la conformité du local ne se mesure pas tant à la destination finale du bien qu'aux stipulations contractuelles. Il s'agira essentiellement d'une conformité du local aux plans et notices descriptives. Dans certains cas, le local n'est même pas clos au moment de la livraison. Une fois le local livré, il appartient au preneur de le rendre conforme à sa destination finale. Dans de telles hypothèses, l'obligation du bailleur de délivrer un bien conforme à sa destination et en bon état de réparations est allégée à l'extrême. Certes, le bien est délivré conformément à sa désignation contractuelle, mais en pratique, l'obligation de réaliser les travaux d'aménagement est entièrement transférée au locataire, qui en assumera la charge et le coût seul, dans un certain délai et en respectant certaines règles précises, ainsi que nous le verrons ultérieurement. Si cet allègement de l'obligation du bailleur peut surprendre, il convient de rappeler que, lors de la construction d'un centre commercial, le bailleur s'engage à construire l'ensemble immobilier, à aménager la galerie marchande, ainsi que les abords (parkings, voies d'accès le cas échéant) et à installer les éléments d'équipement communs à l'ensemble des commerçants du centre. Il existe en réalité une répartition des travaux qui justifie que l'obligation de délivrance des cellules commerciales soit allégée. En outre, même en centre commercial, le bailleur reste tenu de s'assurer que le local est doté de toutes les autorisations nécessaires à l'exercice de l'activité contractuellement prévue et que le bailleur seul est habilité à obtenir³⁶⁴. En revanche, il est prévu que le preneur fera son affaire personnelle de toutes les autorisations nécessaires à son activité, prescrites par la législation en vigueur.

3°) L'aménagement de l'obligation de délivrance du bailleur en cours de bail

190. Contexte. – L'hypothèse la plus fréquente de recours à l'obligation de délivrance en cours de bail est liée à la mise en conformité des locaux loués. Lorsque le local n'est plus apte à remplir la destination convenue en cours de bail, il

³⁶⁴ On pense en particulier à l'obtention de l'autorisation d'urbanisme commercial et au permis de construire.

appartient en principe au bailleur d'y remédier conformément à son obligation de délivrance

191. Situation antérieure à la loi Pinel. – Une clause transférant expressément au locataire la charge de réaliser les travaux de mise aux normes en cours de bail était donc valable sous certaines réserves. D'une part, comme toute clause dérogatoire, la clause de transfert devait être rédigée de façon très précise. D'autre part, comme en matière de transfert de l'obligation au stade de la prise d'effet du bail, il convenait selon nous de distinguer selon la nature et la finalité des travaux. Ainsi, si la mise aux normes était rendue nécessaire uniquement du fait de l'activité du locataire et/ou qu'elle n'impliquait pas la délivrance d'autorisations que seul le bailleur était habilité à obtenir, la clause de transfert était valable. En revanche, si la mise aux normes nécessitait l'obtention d'autorisations spécifiques du bailleur, le transfert n'était pas envisageable, car le bailleur restait tenu, pendant toute la durée du bail, de délivrer au preneur un bien susceptible de recevoir la destination convenue.

192. Modification apportée par la loi Pinel. – La loi du 18 juin 2014 dite Pinel, complétée par le décret du 3 novembre 2014, a toutefois modifié cette répartition en introduisant un dispositif spécifique aux charges et travaux. L'article R. 145-35-2° du Code de commerce dispose en effet que ne peuvent plus être imputées au locataire « *les dépenses relatives aux travaux ayant pour objet 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 de l'article 606 du Code civil* ».

193. Impacts de la modification apportée par la loi Pinel. – Compte tenu de l'impact financier de tels travaux, on peut tout d'abord regretter que le législateur ait adopté la référence à l'article 606 du Code civil, dont on sait le contentieux qu'il a

généralisé³⁶⁵. Certes, depuis 2005, les travaux visés par l'article 606 du Code civil bénéficient d'une définition prétorienne. La Cour de cassation a en effet décidé que constituent des grosses réparations « *celles qui intéressent l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale* »³⁶⁶. Il n'en demeure pas moins que cette définition suscitera probablement également des contentieux sur la qualification de la nature des travaux.

Ensuite, la question se pose de savoir si tous les travaux de mise en conformité ne relevant pas de l'article 606 du Code civil incomberont nécessairement au preneur par une application a contrario de l'article R. 145-35 2° du Code de commerce ? Il est permis d'en douter. En effet l'article R. 145-35-2° du Code de commerce n'a pas pour objet de répartir les travaux entre le bailleur et les locataires, mais d'interdire au bailleur de transférer certaines charges sur les locataires. Il nous paraît donc essentiel de prévoir clairement dans le bail que le preneur conservera la charge des travaux ayant pour objet de mettre le bien loué en conformité avec la réglementation, dès lors que ces travaux ne relèvent pas des grosses réparations de l'article 606 du Code civil.

Enfin, la portée du nouveau texte est grande. Elle entraîne en effet un élargissement important de l'obligation de délivrance du bailleur, car le texte ne distingue pas selon que les travaux de mise en conformité sont liés à une obsolescence de l'immeuble ou bien qu'ils sont dus à l'activité du preneur. Rappelons que dans le régime antérieur à la loi Pinel il était usuel de mettre à la charge du locataire les travaux de mise aux normes rendus nécessaires du fait de son activité. Désormais, si de tels travaux relèvent des grosses réparations de l'article 606 du Code civil, ils incomberont définitivement au bailleur. Dans le régime antérieur, il était également possible de transférer au locataire la charge de la totalité des travaux par une clause expresse et non équivoque, dès lors que par ailleurs le local était « *susceptible de recevoir la*

³⁶⁵ Jusqu'à l'arrêt rendu le 13 juillet 2005, en l'absence de définition légale des grosses réparations, la Cour de cassation interprétait de façon restrictive les clauses contractuelles définissant les grosses réparations par référence à l'article 606 du Code civil, ce qui générait un important contentieux au fond sur l'interprétation des clauses contractuelles.

³⁶⁶ Cass. 3^{ème} civ. 13 juillet 2005, n° 04-13.764.

destination convenue ». Une telle clause ne serait aujourd’hui plus admise si les travaux considérés constituent de grosses réparations au sens de l’article 606 du Code civil.

194. Conclusion. – L’obligation de délivrance, obligation essentielle du contrat de bail, est sans doute l’obligation qui a le plus évolué au cours des dernières décennies. Dans l’appréciation de sa nature tout d’abord. A la différence de l’obligation de délivrance du vendeur, dont elle est inspirée, l’obligation de délivrance du bailleur est une obligation continue, dont le preneur peut invoquer l’exécution pendant toute la durée du bail, en particulier lorsque l’Administration impose des travaux de mise aux normes des locaux. Obligation hétérogène de par la nature des obligations qui la composent, elle l’est aussi dans sa portée. L’évolution conjuguée de la jurisprudence et de la loi³⁶⁷ aboutissent à un constat paradoxal : longtemps ignorée pendant la durée du bail, l’obligation de délivrance du bailleur y est désormais beaucoup plus large. Procéder aux grosses réparations de l’article 606 du Code civil en cours de bail est aujourd’hui devenu, pour le bailleur, une obligation essentielle au même titre que la remise matérielle du bien. En revanche, au stade de l’entrée en jouissance, le bailleur peut imposer au locataire la réalisation des travaux de mises aux normes du local par une clause expresse et non équivoque. En effet, les nouvelles dispositions de la loi Pinel et de son décret d’application portent sur le transfert des charges locatives, problématique circonscrite à la période d’exécution du bail. Elles n’ont pas vocation à régir la prise d’effet du bail, de sorte que les pratiques contractuelles antérieures d’allègement de l’obligation de délivrance ne devraient à notre sens pas être remises en cause.

³⁶⁷ Loi du 18 juin 2014 dite Pinel et son décret d’application.

§ 2 - *L'allègement de l'obligation d'entretien du bailleur*

195. Le bailleur est traditionnellement tenu d'une obligation d'entretien et de réparation des locaux loués. À l'instar de l'obligation de délivrance, cette obligation ne figure pas non plus dans le Code de commerce, mais dans le Code civil.

Après avoir rappelé brièvement le contenu de l'obligation d'entretien (A), nous étudierons comment elle fait l'objet d'un allègement dans les baux commerciaux portant sur des locaux situés dans un centre commercial (B).

A – Le contenu de l'obligation d'entretien

1°) Le contenu traditionnel de l'obligation d'entretien du bailleur

196. Une obligation duale. - Dans le régime de droit commun du Code civil, l'obligation d'entretien du bailleur comporte une obligation générale d'entretien et une obligation de réparation.

L'obligation générale d'entretien est prévue par l'article 1719-2° du Code civil : « *Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière (...) d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée* ». Cette obligation présente un caractère permanent. Le bailleur a l'obligation de veiller, pendant toute la durée d'exécution du contrat de bail éventuellement prorogé ou renouvelé, à l'entretien normal du local, de sorte que celui-ci puisse être utilisé par le locataire conformément à l'usage auquel il est

destiné. Cette obligation incombe au bailleur, censé connaître l'état du bien, sans avoir à être informé par le locataire³⁶⁸.

L'obligation de réparation est prévue quant à elle par l'article 1720, alinéa 2 du Code civil. Elle impose au bailleur de « *faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives* ». Dans un arrêt désormais ancien³⁶⁹, la Cour de cassation a distingué l'obligation d'entretien, qui consiste à « *réparer les outrages naturels du temps et de l'usure normale due à l'action des éléments* », de l'obligation de réparation, qui ne vise que la « *réparation des accidents qui peuvent survenir en-dehors même de l'usure normale* ». L'obligation de réparation est plus ponctuelle. Elle intervient, par définition, pour réparer un dommage causé au bien et implique moins de vigilance de la part du bailleur. Au contraire, la jurisprudence³⁷⁰ impose au preneur, tenu d'user de la chose « *raisonnablement*³⁷¹ », de prévenir le bailleur des dommages survenus au bien afin que ce dernier puisse procéder aux réparations qui lui incombent³⁷². Tenu d'une obligation de réparation, le bailleur n'est en revanche pas obligé de reconstruire le bien en cas de destruction partielle ou totale, sauf si la perte du bien loué est due à un défaut d'entretien de sa part. L'hypothèse de destruction du bien est en effet régie par l'article 1722 du Code civil³⁷³ et ne relève pas de l'obligation de réparation du bailleur.

³⁶⁸ Sauf si l'usure des locaux ne peut être décelée qu'en étant dans les lieux. Ainsi, dans un arrêt en date du 9 février 2005 (03-19609, Bull. III n°32, p.27), la Cour de cassation a rejeté un pourvoi exercé contre un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens qui, « *ayant relevé que les preneurs avaient attendu au moins huit ans avant d'avertir les bailleuses de l'affaissement des planchers, a pu en déduire que les locataires avaient commis une faute ayant contribué à la réalisation des désordres et qu'il convenait de les condamner à prendre en charge, dans une proportion qu'elle a souverainement appréciée, la remise en état des planchers hauts du rez-de-chaussée et du premier étage* ».

³⁶⁹ Cass. soc. 21 février 1959, n° 57-10.867 ; Bull. civ. IV n°286.

³⁷⁰ Cass. req. 23 juin 1924, Sirey 1925, chr. p.381.

³⁷¹ Article 1728-1° du Code civil.

³⁷² Sauf urgence, le locataire est tenu de demander l'autorisation au bailleur avant de réaliser des travaux de réparation. A défaut, le bailleur n'est pas tenu de lui en rembourser le montant.

³⁷³ « *Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement* ».

197. Une obligation commune au bailleur et au locataire. - Le locataire est tenu d'une obligation de conservation qui résulte à la fois des articles 1728 à 1735 du Code civil, dispositions générales sur le bail et des articles 1754 et 1755 du même Code, dispositions particulières aux baux à loyer. Cette obligation fait directement écho à l'obligation de restitution du bien loué en fin de bail. En effet, dès lors que le locataire est tenu de « *rendre la chose telle qu'il l'a reçue* »³⁷⁴, il doit nécessairement la conserver en l'état pendant toute la durée du bail. Il en résulte que, pendant la durée du bail, bailleur et locataire sont tous deux tenus d'une obligation d'entretenir les biens loués. Or, compte tenu de l'augmentation des dépenses afférentes à l'entretien des immeubles, notamment en raison de l'inflation des normes relatives à la sécurité des personnes, les contentieux portant sur la répartition des travaux entre bailleur et locataire sont devenus très abondants.

198. Principes légaux de répartition des travaux d'entretien et de réparation entre bailleur et locataire. – En application des règles du Code civil qui viennent d'être rappelées, le bailleur est tenu d'entretenir le bien en état de servir à l'usage pour lequel il a été loué et de faire toutes les réparations autres que locatives³⁷⁵, y compris celles causées par la vétusté ou la force majeure³⁷⁶. Le locataire n'est quant à lui tenu que des réparations locatives ou de menu entretien³⁷⁷. Raisonnant par analogie avec la répartition des travaux entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, la pratique a traditionnellement recours à l'article 606 du Code civil pour définir les grosses réparations imputables au bailleur. Au sens de cet article, constituent des grosses réparations « *celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières. Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier. Toutes les autres réparations sont d'entretien.* » Jusqu'à une période récente, la Cour de cassation considérait cette

³⁷⁴ Article 1730 du Code civil.

³⁷⁵ Article 1720, alinéa 2 du Code civil.

³⁷⁶ Article 1755 du Code civil.

³⁷⁷ Article 1754 du Code civil.

énumération comme limitative³⁷⁸, de sorte que les travaux constitutifs de grosses réparations, à la charge du bailleur, étaient restreints. Or, par un arrêt en date du 13 juillet 2005, la Cour de cassation a mis fin à cette interprétation.

2°) L'impact de la jurisprudence du 13 juillet 2005 sur la définition des grosses réparations

199. Dans un arrêt rendu le 13 juillet 2005, la Cour de cassation a décidé « *qu'au sens de l'article 606 du Code civil, les réparations d'entretien sont celles qui sont utiles au maintien permanent en bon état de l'immeuble tandis que les grosses réparations intéressent l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale*³⁷⁹ ». La Cour de cassation substitue à l'inventaire, certes obsolète mais néanmoins précis et limitatif, de l'article 606 une définition large dont l'application concrète relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Ce revirement de jurisprudence a eu pour effet d'étendre la notion de grosses réparations. Certes, des travaux tels que la réfection totale de la toiture, ou le

³⁷⁸ C.cass. 3ème civ., 25 octobre 1983 (82-11261) : « *Attendu que les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières, celui des digues et des murs de soutènement et de clôture, que toutes les autres réparations sont d'entretien ; Attendu que, pour condamner la société Compagnie Française d'Assurances GAN-VIE, bailleuse, à supporter le coût du remplacement des chaudières de chauffage central exposé par la locataire, la société d'Éditions Afrique Asie Amérique Latine, l'arrêt attaqué (Paris, 10 décembre 1981) énonce que l'énumération des grosses réparations faite à l'article 606 du Code civil est énonciative et non limitative et que constitue une grosse réparation la dépense afférente à un élément d'équipement nécessaire pour maintenir les locaux loués dans un état conforme à l'usage auquel ils sont destinés et satisfaire ainsi à l'une des obligations essentielles contractées par le bailleur ; qu'en statuant ainsi alors que l'article 606 du Code civil énumère limitativement les grosses réparations, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».*

³⁷⁹ C. cass. 3ème civ., Bull. 2005, III n°155, p. 144. Dans cet arrêt, le bailleur reprochait à la Cour d'appel d'Orléans de l'avoir condamné à payer au locataire « *des sommes au titre des travaux de réparation et au titre du préjudice de jouissance subi par le preneur alors, selon le moyen, que le contrat de bail (...) stipulant que le preneur prendrait à sa charge toutes les réparations à faire pendant la durée du bail à la seule exception des grosses réparations visées par l'article 606 du Code civil, soit les réparations qui sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières, celui des digues et des murs de soutènement et de clôture entier, la cour d'appel ne pouvait, sans dénaturer le contrat qui s'imposait à elle, imputer (au) bailleur, des réparations qui ne sont pas les grosses réparations énumérées limitativement par l'article 606 du Code civil ; qu'en mettant à la charge du bailleur les travaux de remise en état après inondations, ceux de nature à limiter le risque d'inondation, la mise en conformité de la toiture et la réfection de l'installation électrique, ainsi que la reprise d'une fuite d'eau en cave, la réparation d'une canalisation détruite par le gel et la remise en état de la couverture d'un appentis, la cour d'appel qui a imputé au bailleur des réparations qui ne sont pas visées par l'article 606 du Code civil et qui a dispensé le preneur des réparations d'entretien qui lui incombent en exécution du bail et pendant sa durée a, en statuant ainsi, méconnu la volonté des parties et violé l'article 1134 du Code civil ».*

ravalement de l'immeuble s'il touche à l'étanchéité, déjà constitutifs de grosses réparations sous l'empire de la jurisprudence antérieure, le restaient après le 13 juillet 2005 puisqu'ils intéressent l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale. En revanche d'autres travaux, auparavant qualifiés d'entretien, pouvaient désormais entrer dans la catégorie des grosses réparations. Dans l'arrêt du 13 juillet 2005, la Cour de cassation décidait ainsi que « *les travaux de réfection de l'installation électrique et la réparation d'une canalisation détruite par le gel en raison d'un manque de calorifugeage concernaient la structure et la préservation de l'immeuble* » et devaient incomber au bailleur.

200. L'arrêt du 13 juillet 2005 a également impacté la rédaction des baux. A la suite de cet arrêt, il était notamment recommandé d'éviter les clauses qui mettaient auparavant à la charge du bailleur les travaux portant sur le « *clos et le couvert* », la notion étant trop vague puisqu'elle couvrait à la fois des éléments assurant la structure et la solidité générale de l'immeuble (toiture) et des menus ouvrages (portes, fenêtres) qui n'assuraient pas cette fonction.

201. Synthèse. - Dans le droit commun du bail, l'obligation d'entretien, commune au bailleur et au locataire, impose au premier de supporter les réparations intéressant l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale, ainsi que celles causées par la vétusté et la force majeure. Le locataire est quant à lui tenu des travaux d'entretien qui sont utiles au maintien permanent en bon état de l'immeuble. Ce dispositif légal de nature supplétive, favorable au locataire, a été battu en brèche par la pratique, qui a élaboré un système largement dérogoire dans les centres commerciaux.

B – L’allègement de l’obligation d’entretien du bailleur dans les baux de centres commerciaux

202. L’objectif du bailleur de centre commercial : un loyer net de toutes charges et impôts. – Les propriétaires de centres commerciaux sont généralement des investisseurs soucieux d’une garantie de rentabilité minimale, qui souhaitent que le loyer perçu des locataires soit « *net de toutes charges et impôts* », c’est-à-dire qu’ils n’entendent assumer aucune dépense de réparation et d’entretien. Dans cette perspective, la totalité des travaux et des charges de l’immeuble doivent être assumés par l’ensemble des locataires, tant pour les locaux qu’ils occupent individuellement que pour les parties communes du centre commercial.

203. L’obligation d’entretien et l’ordre public. – Il est aujourd’hui établi que les dispositions des articles 1719-2° et 1720 du Code civil ne sont pas d’ordre public et qu’il peut y être dérogé par des conventions particulières³⁸⁰. Les clauses transférant au preneur la charge des réparations autres que locatives, incombant en principe au bailleur en application des dispositions légales, sont tout à fait licites en matière de bail commercial. Si l’obligation d’entretien n’est pas d’ordre public, la répartition des charges entre bailleur et locataire a en revanche été strictement encadrée par la loi du 18 juin 2014 dite Pinel.

1°) Le transfert contractuel des travaux sur les locataires avant la loi Pinel

204. Transfert au preneur de l’obligation d’entretien dans les baux commerciaux traditionnels. – Même avant l’entrée en vigueur de la loi Pinel, rares étaient les baux prévoyant que le preneur ne serait tenu que des « *réparations locatives* » ou de menu entretien visées à l’article 1754 du Code civil. Le plus

³⁸⁰ Cass. 3^{ème} civ. 7 février 1978, pourvoi n° 76-14214 : l’article 1720 du Code civil « qui met à la charge du bailleur toutes les réparations, autres que locatives, de la chose louée qui peuvent devenir nécessaires n’est pas d’ordre public » ; C. cass. Com. 9 avril 1964 : « *si le bailleur est tenu d’entretenir la chose louée en état de servir à l’usage auquel elle est destinée, il ne lui est nullement interdit de s’affranchir contractuellement de cette obligation* ».

souvent, les baux stipulaient que le preneur « *aura la charge des toutes les réparations, à la seule exclusion des grosses réparations de l'article 606 du Code civil* », favorisant ainsi un transfert optimal des travaux à l'exception des grosses réparations, conservées par le bailleur.

Ces clauses étaient validées par la jurisprudence dès lors qu'elles étaient stipulées de façon claire et non équivoque et qu'elles reflétaient la volonté commune des parties au contrat. Les clauses dérogatoires étaient interprétées de façon stricte par les juges. Il avait par exemple été jugé que le bailleur ne pouvait être exonéré de l'obligation d'entretien de l'immeuble au motif qu'il se serait réservé les grosses réparations de l'article 606 du Code civil³⁸¹.

Les baux commerciaux traditionnels prévoyaient certes un allègement de l'obligation d'entretien du bailleur, mais c'est surtout dans les baux commerciaux conclus pour des locaux situés dans des centres commerciaux que cet allègement a été poussé à son maximum.

205. Transfert de l'obligation d'entretien dans les centres commerciaux (parties privatives). – Afin de permettre au bailleur du centre commercial de percevoir des loyers nets de toutes charges, les baux obligeaient le plus souvent les locataires à tenir les lieux loués en bon état et à faire effectuer, à leurs frais et pendant toute la durée du bail, toutes les réparations nécessaires, en ce compris les grosses réparations intéressant l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale et y compris celles causées par la vétusté.

Il convenait toutefois de veiller à la rédaction de ces clauses, qui devaient refléter la volonté expresse des parties, être dépourvues d'ambiguïté et étaient interprétées strictement dès lors qu'elles dérogeaient aux règles fixées par le Code civil. La Cour

³⁸¹ CA Paris, 26 novembre 1996, Administrer avril 1997, p. 33, obs. B. Boccara, D. Lipman-Boccara et M-L Sainturat.

de cassation avait notamment eu l'occasion de le préciser au sujet de la vétusté. Dans son rapport annuel pour 2008, la Haute Juridiction avait ainsi rappelé que « *le bailleur répond en principe de la vétusté quand bien même la charge des grosses réparations de l'article 606 du Code civil serait, par une clause du contrat de bail qui ne peut être qu'interprétée strictement, mise à la charge du preneur. La vétusté est, en effet, le résultat d'un manque d'entretien des locaux par son propriétaire, résultant d'une faute ou d'un défaut d'attention et doit être soigneusement distinguée, aux termes de l'article 606, des grosses réparations. Mais les parties sont libres de déroger à ce principe et la clause du bail mettant expressément à la charge du locataire toutes les réparations ou remises en état que requerrait l'état des locaux, y compris celles nécessitées par la vétusté ou l'usure, exonère le bailleur*³⁸²(...). Ainsi, la clause du bail selon laquelle le preneur prend les locaux loués dans l'état où ils se trouvent au moment de l'entrée en jouissance ne dispense pas le bailleur des travaux occasionnés par la vétusté. En revanche, en pareil cas, le bailleur ne peut être tenu, hors la vétusté, de supporter le coût des travaux de réfection rendus nécessaires par l'état des locaux ».

Pour être pleinement efficace, la clause « Entretien – Travaux » d'un bail de centre commercial prévoyait expressément que le preneur ferait effectuer, ou supporterait la charge, des travaux et réparations de toute nature, gros ou menus, y compris ceux intéressant l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale, tout comme ceux rendus nécessaires par la vétusté et la force majeure.

206. Transfert de l'obligation d'entretien dans les centres commerciaux (parties communes). – Un centre commercial est un immeuble qui comprend des locaux commerciaux dont l'occupation par les locataires est privative et des parties

³⁸² Cass. 3^{ème} civ. 2 juin 1999, pourvoi n°97-17156 « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'aux termes du bail la locataire s'était engagée à faire, dès son entrée dans les lieux, toutes les réparations et remises en état que requerrait l'état des locaux, y compris celles nécessitées par la vétusté ou l'usure, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...)* » ; Cass. 3^{ème} civ., 16 mai 2000, pourvoi n° 98-20555 « *En retenant qu'en dépit de la clause mettant à la charge du locataire les réparations visées par l'article 606 du Code civil, qui est d'interprétation stricte, les preneurs n'étaient pas tenus de refaire la couverture atteinte par la vétusté et que le bailleur n'était pas exonéré de la réfection totale de la toiture* » ; Civ. 3^{ème}, 3 avril 2001 « *Sauf convention particulière, le bailleur répond de la vétusté* ».

communes (*mail*, parking, aires de livraison, sanitaires publics, locaux techniques, etc...), dont l'utilisation est collective. La gestion, la maintenance et l'entretien de ces parties communes engendrent des charges qui étaient cofinancées par l'ensemble des preneurs afin d'assurer au bailleur la perception de loyers nets de toutes charges. La prise en charge par les preneurs de frais afférents à des locaux autres que ceux objet de leur bail est une spécificité des centres commerciaux.

207. La clause « charges », complément indispensable du transfert de l'obligation d'entretien. - Dans les centres commerciaux, le transfert de l'obligation d'entretien concernant à la fois les locaux loués et l'ensemble immobilier dont ils dépendent, est traité de façon indirecte par le biais de la clause relative aux charges. Afin de résister au contrôle exercé par le juge, de telles clauses étaient généralement très détaillées et les rédacteurs prenaient soin de préciser que la liste des charges dites « *recupérables* » sur les locataires n'était pas limitative. Relevaient ainsi de cette catégorie les dépenses d'entretien des parties communes (*mail*, parking, sanitaires publics, locaux poubelles, locaux techniques, cages d'escalier, monte-charges, ascenseurs), de remplacement d'équipements collectifs dont la durée de vie est limitée ou nécessitant une intervention régulière (peinture des parkings, ravalement des bâtiments, asphaltage des parkings, etc...), ainsi que les grosses réparations rendues nécessaires par l'exploitation du centre commercial. En relevaient également, pour ce qui concernait les locaux loués, les charges directement afférentes à l'exploitation de l'activité du locataire et à la jouissance des lieux loués, qu'elles concernent la consommation privative d'eau, d'électricité, de téléphone, de maintenance de ses équipements propres et les vérifications réglementaires, ainsi que la charge des réparations, grosses ou menues, afférentes aux locaux loués.

Ce système de répercussion des charges communes du centre commercial sur les locataires s'avérerait parfois très coûteux pour ces derniers et avait fait l'objet de critiques de la part de certains locataires convaincus « *d'assumer pleinement et*

*entièrement le coût financier de la valorisation du patrimoine immobilier de leur bailleur*³⁸³», bien qu'à l'évidence, un centre commercial entretenu contribue sans conteste à créer un environnement favorable à l'exploitation de l'activité des locataires. En outre, ce système permettait également au bailleur de réaliser d'importantes économies d'échelle, économies qui bénéficiaient donc directement aux locataires dans la mesure où les coûts à partager étaient moins élevés.

Dès lors qu'elle était clairement stipulée dans le bail, la clause transférant directement ou indirectement aux locataires la charge de l'entretien à la fois des parties privatives et des parties communes du centre commercial était admise par la jurisprudence. Cependant, le coût de ces charges ayant fortement augmenté notamment sous la pression normative liée à la sécurité et au développement durable, les locataires avaient tenté de limiter la portée de ce type de clause et de cantonner les travaux et réparations pouvant leur être transférés.

208. Les limites au transfert de l'ensemble des travaux d'entretien sur les locataires avant la loi Pinel. - Consciente de la recrudescence des contentieux relatifs aux clauses de travaux et suite aux contestations virulentes de certains locataires, la jurisprudence et les organismes professionnels ont réagi.

La Cour de cassation exerçait un contrôle rigoureux des clauses d'allègement. Les articles 1719-2° et 1720 du Code civil n'étant pas d'ordre public, les parties sont libres d'y déroger, à condition toutefois que la clause reflète la « *commune intention des parties*³⁸⁴ », étant précisé que « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé*³⁸⁵ ». Ces règles d'interprétation, réécrites dans le cadre de la réforme du droit des contrats, mais dont le sens a été maintenu, étaient scrupuleusement

³⁸³ Procos, Livre blanc des baux commerciaux, juin 2003, p.8.

³⁸⁴ Article 1188 nouveau du Code civil.

³⁸⁵ Article 1190 nouveau du Code civil.

appliquées par les juges du fond et constamment rappelées par la Cour de cassation³⁸⁶. Un tel contrôle imposait aux rédacteurs de baux une extrême précision et permettait de s'assurer que les clauses étaient effectivement débattues entre les parties³⁸⁷.

Au-delà du rôle modérateur exercé par les juges, les organismes professionnels avaient également contribué à un encadrement des clauses de transfert sur les locataires. Il convient de souligner que de nombreuses clauses figurant dans les baux conclus par les bailleurs institutionnels et identifiées comme litigieuses par certains praticiens, ont très souvent été débattues et travaillées en concertation avec des représentants de locataires au sein d'organismes professionnels tels que le Conseil National des Centres Commerciaux (CNCC)³⁸⁸. Concernant la question de la gestion des charges par exemple, la charte du CNCC datant de juin 2005 avait ainsi proposé que « *les entreprises prestataires soient sélectionnées, dans la mesure du possible, sur appel d'offres, avec le souci d'obtenir le meilleur prix pour les niveaux de qualité et de sécurité recherchés* ». Le travail de concertation au sein d'organismes professionnels complétait à notre sens utilement, en amont, le contrôle exercé par les juges, dans la mesure où il traitait de la dimension à la fois économique et juridique de la problématique du transfert des travaux.

³⁸⁶ Cass. 3^{ème} civ. 22 février 2005, pourvoi n° 03-19.715 : la clause du bail selon laquelle le preneur prend les locaux loués dans l'état où ils se trouvent au moment de l'entrée en jouissance ne dispense pas le bailleur des travaux occasionnés par la vétusté.

³⁸⁷ Dans un article intitulé *Entretien, réparations et mises en conformité de l'immeuble et du local loué*, Administrer 2006 n° 391, p. 17, Maître Marie-Laurence SAINTURAT a pleinement approuvé le contrôle exercé par les juges du fond, le qualifiant de « *véritable droit d'ingérence jurisprudentiel (qui) se conçoit d'autant plus que de nombreux baux consentis par des bailleurs institutionnels constituent de véritables contrats d'adhésion dont les clauses n'ont en réalité pas pu être véritablement discutées par le preneur* ».

³⁸⁸ Le CNCC regroupe les principaux partenaires (promoteurs, bailleurs, commerçants gestionnaires) des centres commerciaux français. Il a notamment pour objet « *d'être un organe de concertation entre les secteurs professionnels présents dans les centres commerciaux* », ainsi que de « *définir toutes chartes de nature à améliorer dans les centres commerciaux la qualité professionnelle et à y développer la pratique d'une bonne déontologie* » (article 2 des statuts du CNCC).

2°) *Le transfert contractuel des travaux sur les locataires après la loi Pinel*

209. Modification apportée par la loi Pinel. - L'article R. 145-35 du Code de commerce dispose désormais que « *les dépenses relatives aux grosses réparations mentionnées à l'article 606 du Code civil ainsi que, le cas échéant, les honoraires liés à la réalisation de ces travaux* » ne peuvent être imputés aux locataires. De même, les dépenses relatives aux travaux ayant pour objet de remédier à la vétusté ou de remettre en conformité les locaux loués, dès lors qu'ils relèvent des grosses réparations, ne peuvent plus être imputées aux preneurs. Ces dispositions sont d'ordre public.

210. Impacts de la modification apportée par la loi Pinel. – Le premier impact est de nature économique. Les grosses réparations étant les plus coûteuses, le bailleur doit désormais supporter un poids financier plus important, tandis que les charges locatives devraient diminuer. Certes, ces nouvelles dispositions ne sont applicables qu'aux baux conclus ou renouvelés après le 5 novembre 2014³⁸⁹, ce qui permet de lisser l'impact économique. Mais cette période intermédiaire a aussi pour effet de créer un déséquilibre entre les locataires au sein du centre commercial.

Le deuxième impact est juridique et concerne la répartition des travaux d'entretien entre bailleur et locataires. En apparence, le critère retenu par le législateur semble plus simple et plus cohérent. Les travaux qui intéressent la structure et la solidité générale de l'immeuble permettent d'en assurer la conservation et servent ainsi, à terme, l'intérêt du propriétaire dont le droit sur le bien n'est pas limité dans le temps. Les faire peser sur le seul propriétaire ne semble pas, en soi, infondé. Le critère retenu par le législateur n'est pas sans rappeler l'arrêt de la Cour de cassation du 9 janvier 2008, afférent à une problématique de vétusté. La Cour maintenait à la charge

³⁸⁹ Le 5 novembre 2014 est la date d'entrée en vigueur du décret du 3 novembre 2014, pris en application de la loi du 18 juin 2014 dite Pinel

du bailleur les travaux rendus nécessaires par les vices affectant la structure de l'immeuble, alors même qu'une stipulation du bail mettait les grosses réparations de l'article 606 à la charge du locataire³⁹⁰. La Cour considérait ainsi que les travaux visant à réparer un vice de structure de l'immeuble ne pouvaient être valablement transférés aux locataires. Ce raisonnement n'a plus d'intérêt aujourd'hui, le critère étant celui des travaux intéressant la structure et la solidité générale de l'immeuble, peu important qu'ils trouvent leur origine dans un vice de structure.

L'application du nouveau texte n'échappe toutefois pas aux problématiques de qualification. Ainsi que le souligne Maître Marie-Odile Vaissié, ce texte « *promet de nombreux contentieux en perspective afin de déterminer les conditions dans lesquelles ces différents travaux relèvent des grosses réparations de l'article 606 du Code civil* »³⁹¹. De ce point de vue, la jurisprudence rendue depuis le 13 juillet 2005 devrait continuer à s'appliquer. Mais il s'agit toujours d'une référence prétorienne, dont l'application est laissée à l'appréciation des juges du fond, ce qui ne manquera pas de soulever des difficultés en pratique. Pour pallier ces difficultés d'interprétation, il nous paraît utile que des organismes professionnels tels que le CNCC mettent à jour les listes de travaux incombant au bailleur ou au locataire à la lumière des nouveaux textes. Cela permettrait probablement de faciliter et d'harmoniser l'interprétation des clauses par les juges du fond.

211. Conclusion. – Traditionnellement supplétive, l'obligation d'entretien du bailleur a été modifiée par la loi du 18 juin 2014 dite Pinel et son décret d'application. Désormais, le bailleur peut s'exonérer de cette obligation en transférant

³⁹⁰ Cass. 3^{ème} civ. 9 juillet 2008, n° 07-14631 : « *attendu que 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'immeuble ; qu'ayant retenu que les clauses du contrat de bail ne dégageaient pas le propriétaire de son obligation de participer aux réparations rendues nécessaires en raison de la vétusté de l'immeuble et qu'il restait tenu des vices structurels de l'immeuble* ».

³⁹¹ Les baux commerciaux après la loi Pinel, Lexis Nexis Actualité, éd. 2015-152.

au preneur la charge des travaux et réparations de toute nature, y compris ceux causés par la vétusté, mais sous réserve qu'ils ne constituent pas de grosses réparations au sens de l'article 606 du Code civil, c'est-à-dire qu'ils ne portent pas sur la structure et la solidité de l'immeuble. La capacité d'allègement est donc amplement réduite.

En cours de bail, l'obligation de délivrance et l'obligation d'entretien ont désormais la même portée juridique dès lors qu'il s'agit de procéder à des travaux intéressant la structure et la solidité de l'immeuble. On observe d'ailleurs que très souvent, sur la question des travaux en cours de bail, les décisions de la Cour de cassation sont rendues sur le double fondement de l'obligation de délivrance et de l'obligation d'entretien³⁹².

Appliquée aux centres commerciaux, cette évolution bouleverse non seulement les pratiques contractuelles, mais aussi et surtout le modèle économique du bail de centre commercial, dont l'une des pièces maîtresses était le loyer « net de charges ». Si les bailleurs de centres commerciaux sont aujourd'hui particulièrement touchés par cette réforme, c'est sans doute parce qu'elle leur était directement destinée. En témoigne l'analyse des rapports de la Commission des Affaires Economiques à l'Assemblée Nationale à l'occasion des débats sur le vote de la loi Pinel³⁹³. Certes, la jurisprudence de la Cour de cassation et son contrôle rigoureux de la clarté des clauses de transfert permettaient de corriger certains excès. Toutefois, ces contrôles n'intervenaient qu'*a posteriori*, et pour des cas isolés. Le dispositif instauré par la Loi dite Pinel a donc l'avantage d'harmoniser le régime du bail dans les centres commerciaux. Cependant, la question des travaux étant avant tout économique, il est à craindre que certains bailleurs renoncent à mettre en œuvre des programmes de travaux importants de restructuration du centre commercial au détriment direct des

³⁹² Cass. 3^{ème} civ. 19 novembre 2003, n°02-14605 et Cass. 3^{ème} civ. 14 février 2012 n° 11-10243.

³⁹³ Rapport n°1739 fait par Monsieur Fabrice VERDIER, Député, au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi « *Le projet de loi a pour ambition de rééquilibrer les relations contractuelles qui depuis un peu plus d'une décennie ont trop souvent évolué vers une sorte de contrat d'adhésion mettant l'intégralité des suggestions à la charge des locataires, ce que la pratique traduit par l'expression de loyer triple net* ».

locataires et de l'attractivité du centre, ou que l'on assiste à un rééquilibrage par le biais de hausses de loyers.

Section 2 – L’allègement de l’obligation de garantie du bailleur

212. Les baux conclus dans les centres commerciaux comportent des spécificités en raison soit de la qualité des propriétaires bailleurs, soit des nécessités d’organisation de ce type d’ensemble immobilier. Les propriétaires bailleurs sont, de plus en plus souvent, des investisseurs soucieux de la rentabilité économique du centre commercial. Ayant porté le risque du projet et supporté, notamment, les coûts de construction, de développement et de commercialisation, ils entendent limiter au maximum les garanties qu’ils pourraient avoir à consentir aux locataires.

Afin de pouvoir apprécier la validité des pratiques contractuelles dans les centres commerciaux (§2), il convient d’analyser le régime de droit commun de l’obligation de garantie du bailleur, pour en déterminer le contenu et la portée (§1).

§ 1 – Le régime de droit commun et la pratique traditionnelle de l’obligation de garantie du bailleur

A – Le contenu de l’obligation de garantie du bailleur

213. Dans le droit commun du louage, le bailleur doit d’une part garantir le preneur contre les vices affectant le bien loué (1°) et d’autre part lui garantir une jouissance paisible du bien (2°).

1°) La garantie contre les vices affectant le bien loué

214. L’article 1721 du Code civil dispose qu’il est dû « *garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l’usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail. S’il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l’indemniser.* » Cette garantie s’apparente à celle imposée au vendeur par l’article 1641 du Code civil. Elle nécessite la preuve par le locataire d’un vice affectant soit les locaux loués eux-

mêmes, soit leurs accessoires, dans la mesure où ils contribuent à l'usage des locaux loués.

Bien que l'article 1721 du Code civil ne le précise pas, la jurisprudence a limité cette garantie aux vices cachés³⁹⁴. L'article 1721 prévoit en outre que le vice doit « empêcher l'usage » du bien. Cette caractéristique relève de l'appréciation des juges du fond qui se montrent, en ce domaine, assez restrictifs. Ils n'exigent certes pas que le vice rende l'usage du bien totalement impossible, mais ils veillent à distinguer la véritable entrave à la jouissance du bien, de l'usage simplement incommode.

215. Étant donné que le contrat de bail est un contrat à exécution successive, le locataire peut invoquer cette garantie en cours de bail, sans être limité par le bref délai prévu en matière de vente (article 1648 du Code civil). Dès lors que le locataire prouve l'existence d'un lien de causalité entre le vice et le préjudice subi, celui-ci doit être réparé intégralement. Le bailleur peut alors être condamné à procéder à une réparation en nature (exécution des travaux) ou par équivalent (diminution de loyer proportionnelle à la privation de jouissance ou dommages-intérêts). Dans certains cas, notamment lorsque le vice rend les locaux loués inexploitable, le juge peut également décider de prononcer la résiliation du bail.

2°) *La garantie de jouissance paisible*

216. Le bailleur est tenu de « *faire jouir paisiblement le preneur (de la chose louée) pendant la durée du bail* ». Cette obligation lui impose non seulement de garantir le locataire de tout fait personnel qui pourrait nuire à la jouissance de la chose louée, mais également de répondre des agissements des tiers au contrat de bail.

³⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ. 12 octobre 1959 n° 57-10.359.

217. La garantie du fait personnel du bailleur a été définie par la Cour de cassation en 1962 comme l'obligation de « *s'abstenir de tout fait de nature à priver le preneur de tout ou partie des avantages qu'il tient du bail*³⁹⁵ ». En-dehors de l'article 1723 du Code civil, qui interdit au bailleur de « *changer la forme de la chose louée* » pendant la durée du bail et de l'article 1724 qui encadre les conditions dans lesquelles le bailleur peut y effectuer des réparations, le législateur n'a pas défini les troubles susceptibles d'engager la garantie du bailleur. Il appartient donc aux juges du fond d'apprécier souverainement les cas dans lesquels ces troubles sont caractérisés.

En premier lieu, le bailleur ne doit pas changer la forme de la chose louée. Cette obligation porte à la fois sur le local loué et ses accessoires, tels « *les entrées et couloirs d'accès dont le preneur a l'usage concurremment avec les autres locataires*³⁹⁶ ». Ont ainsi été jugées contraires à l'article 1723 du Code civil la suppression d'un escalier³⁹⁷, la suppression d'une « *vue sur le jardin* »³⁹⁸, ou l'obturation des ouvertures existantes nécessaires à la ventilation et à l'éclairage des lieux, quand bien même le bail stipulait que le preneur devrait souffrir sans indemnité l'exécution de tous travaux estimés utiles ou simplement convenables par le propriétaire³⁹⁹. Ont en revanche été admises les modifications destinées à mettre les locaux loués aux normes ou à les améliorer.

La sanction, pour le bailleur qui ne respecterait pas l'obligation de maintenir les lieux loués dans leur forme initiale, est particulièrement lourde. S'agissant essentiellement d'une obligation de ne pas faire, elle constitue une obligation de résultat, de sorte que le bailleur est présumé contractuellement fautif si le preneur prouve que le résultat n'a pas été atteint. Le bailleur ne peut combattre cette présomption de faute qu'en démontrant qu'il a été empêché de satisfaire à son obligation pour une cause

³⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ. 8 octobre 1962.

³⁹⁶ Cour d'appel de Paris 31 octobre 1957, Gaz Pal 1957, 2, 397.

³⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ. 14 octobre 1964 JCP 1965, II, 14189, note R.D.

³⁹⁸ Cour d'appel de Paris 20 octobre 1960, Gaz Pal 1961, 1, 65.

³⁹⁹ Cass. 3^{ème} civ. 23 juin 1993, 91-14.333, Loyers et copropriété 1993, 387.

étrangère. S'il n'y parvient pas, les juges le condamnent à une remise en l'état initial des locaux et non uniquement à des dommages et intérêts⁴⁰⁰.

En second lieu, l'article 1724 du Code civil encadre rigoureusement les conditions dans lesquelles le bailleur peut imposer au locataire la réalisation de travaux sans engager sa responsabilité à raison des troubles de jouissance que ce dernier pourrait subir du fait des travaux. La première condition porte sur la nature des travaux. Le bailleur ne peut entreprendre que les « *réparations urgentes et qui ne peuvent être différées jusqu'à la fin du bail* ». La seconde condition concerne la durée des travaux. S'ils durent plus de quarante jours, le locataire est en droit de prétendre à une diminution proportionnelle du loyer. Dans le droit commun du louage, les possibilités offertes au bailleur pour réaliser des travaux dans les locaux sans devoir indemniser le locataire du trouble causé sont donc limitées.

218. **La garantie du fait des tiers** constitue le second volet de la garantie de jouissance paisible due par le bailleur. Elle est organisée par les articles 1725 à 1727 du Code civil et vise à la fois les troubles de fait et les troubles de droit.

En principe, le bailleur n'est pas tenu « *de garantir le preneur du trouble que des tiers apporteraient par des voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée.* » Ainsi en va-t-il par exemple en cas de vols ou de dégradations causés par des tiers dans les lieux loués. Le bailleur n'est alors pas responsable et le preneur doit agir personnellement en responsabilité civile contre les auteurs des dommages.

Le bailleur doit uniquement garantir le preneur contre les troubles de droit provenant de tiers. En pareil cas, l'article 1726 du Code civil prévoit que si le locataire a été troublé dans sa jouissance « *par suite d'une action concernant la propriété du fonds, il a droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire* ». L'article 1727 du Code civil ajoute

⁴⁰⁰ Cass. 3^{ème} civ. 3 avril 1996, n°94-14.485.

que si des voies de fait sont commises par des tiers qui prétendraient « *avoir quelque droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie (...)* ». Ainsi par exemple, si un tiers revendique un droit de jouissance concurrent de celui du preneur sur le bien loué, le locataire pourra appeler le bailleur à l'instance afin de régler la question des droits sur le bien. S'il s'avère que le tiers a effectivement un droit concurrent et que celui-ci lui a été consenti par le bailleur lui-même, le locataire évincé aura droit à une diminution proportionnée du loyer. Cependant, si le trouble entraîne une éviction totale du preneur, le bail sera résilié par suite de la disparition de son objet.

Il convient toutefois de préciser que la Cour de cassation a étendu sur ce point la garantie due par le bailleur, en limitant la notion de tiers. Ainsi, ne sont pas considérés comme tiers au sens de l'article 1725 du Code civil, les autres occupants de l'immeuble auxquels le bailleur a consenti un bail, ni les préposés du bailleur⁴⁰¹. Le bailleur sera donc également tenu à garantie uniquement si ces personnes commettent des troubles de fait de nature à porter atteinte à la jouissance du bien par le locataire. La situation est sensiblement différente si le trouble est causé par un acte de l'Administration (interdiction d'exploiter ou ordre de démolir l'immeuble par exemple). Un tel trouble s'apparente en effet à un trouble causé par un tiers. Le trouble se résout alors de la façon suivante : ou bien l'acte de l'Administration ne se rattache à aucun texte légal, et dans ce cas le trouble est un trouble de fait dont le bailleur n'est pas responsable ; ou bien l'acte se rattache à un texte légal, et dans ce cas, il s'agit d'un cas de force majeure. Dans ce second cas, le bailleur n'est donc pas tenu à garantie, à moins que le preneur ne prouve que l'acte de l'Administration a été provoqué par sa négligence ou son fait.

⁴⁰¹ Cass. 1^{ère} civ. 13 octobre 1987, Bull. civ. I n° 262 : le concierge, préposé du bailleur, n'étant pas un tiers, la clause d'exonération de responsabilité était écartée.

B – La portée de l’obligation de garantie du bailleur

1°) La portée de l’obligation de garantie contre les vices affectant le bien loué

219. Tempéraments légaux et jurisprudentiels de la garantie du bailleur.

- Indépendamment d’éventuels aménagements conventionnels dont il sera question ci-après, la garantie du bailleur contre les vices affectant le bien loué peut être écartée dans plusieurs hypothèses. Elle l’est tout d’abord lorsqu’il s’avère que le vice n’était pas caché, soit parce que le locataire en avait connaissance avant la conclusion du bail⁴⁰², soit parce que le vice était apparent. Cette garantie ne peut non plus être invoquée lorsque le locataire a commis une faute à l’origine des désordres ou de leur aggravation. Ainsi en va-t-il par exemple lorsque le locataire n’informe pas le bailleur de l’affaissement des planchers et que les juges du fond en déduisent que ce défaut d’information a contribué à la réalisation des désordres, de sorte qu’il y avait lieu à un partage de responsabilité entre le bailleur et le preneur⁴⁰³. L’obligation de garantie peut également être exclue en cas de force majeure ou de cas fortuit, dès lors que le bailleur prouve le caractère imprévisible, irrésistible et extérieur du dommage. Étant précisé que l’existence d’un vice caché ne peut, en soi, être assimilée à un cas de force majeure, en raison du fait que celle-ci doit nécessairement avoir une cause extérieure à la chose louée⁴⁰⁴.

220. Aménagements conventionnels de la garantie du bailleur. – L’article 1721 du Code civil n’étant pas d’ordre public, les parties peuvent, par une clause du bail, prévoir d’aménager ou d’écarter totalement la garantie des vices due par le bailleur⁴⁰⁵.

⁴⁰² Cass. 1^{ère} civ. 12 octobre 1959, n° 57-10.359.

⁴⁰³ Cass. 3^{ème} civ. 9 février 2005, n° 03-19.609.

⁴⁰⁴ Cass. 3^{ème} civ. 2 avril 2003.

⁴⁰⁵ Cass. 3^{ème} civ. 11 juillet 1972 n°71-11.196, Bull. civ. III, n°454 p. 330 « *Mais attendu que le bailleur peut stipuler qu’il ne devra pas sa garantie pour les vices de la chose, même cachés* ».

Cette clause, dérogoire du droit commun, est interprétée de façon stricte par les juges et doit donc être précise et expresse. Il est ainsi régulièrement jugé que la clause par laquelle le locataire déclare prendre les biens en l'état ne suffit pas à exonérer le bailleur de la garantie des vices cachés⁴⁰⁶. Une telle solution s'explique aisément. Pour décider de faire son affaire personnelle de l'état des biens, encore faut-il que le locataire le connaisse effectivement, ce qui est incompatible avec l'existence même des vices cachés. En outre, l'efficacité de la clause est subordonnée à l'absence de dol ou de faute lourde de la part du bailleur⁴⁰⁷.

221. Garantie des vices cachés et obligation de délivrance. – Dans les développements qui précèdent, il a été démontré que l'obligation de délivrance impose au bailleur de maintenir à la disposition du preneur un bien apte à servir pour l'usage auquel il est conventionnellement destiné, y compris pendant l'exécution du contrat. Dès lors que le bien est frappé d'un défaut en empêchant l'usage, il pourrait être soutenu que celui-ci n'est plus apte à servir pour l'usage convenu. Le locataire pourrait-il alors fonder un recours contre le bailleur en invoquant un manquement à l'obligation de délivrance, plutôt que la garantie des vices cachés ? La décision de la Cour de cassation, dans l'arrêt du 9 juillet 2008⁴⁰⁸ que nous avons analysé plus haut, semble corroborer cette thèse. Pour mémoire, la Cour avait décidé que le bailleur était tenu, en vertu de l'obligation de délivrance, d'assumer le coût des travaux rendus nécessaires par les vices affectant la structure de l'immeuble.

⁴⁰⁶ Cour d'appel de Paris, 7 juin 1995, Loyers et copropriété 1996, 468.

⁴⁰⁷ Cass. 3^{ème} civ. 5 avril 2011, n°10-15.475 : le bailleur ne pouvait invoquer la force majeure, pourtant exonératoire, dès lors que le rapport d'expertise démontrait que le défaut d'entretien du bailleur était à l'origine du vice.

⁴⁰⁸ Cass. 3^{ème} civ. 9 juillet 2008, n° 07-14631 : « attendu que 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'immeuble ; qu'ayant retenu que les clauses du contrat de bail ne dégageaient pas le propriétaire de son obligation de participer aux réparations rendues nécessaires en raison de la vétusté de l'immeuble et qu'il restait tenu des vices structurels de l'immeuble ».

Il pourrait en être de même dans l'hypothèse où l'utilisation de l'immeuble ne serait pas autorisée pour l'usage convenu. L'évolution de la jurisprudence en ce domaine est marquante, ainsi que le démontre la comparaison de deux arrêts. Dans le premier, rendu le 14 décembre 1989⁴⁰⁹, la Cour d'appel de Versailles avait prononcé la résiliation du bail aux torts du bailleur, qui n'avait pas informé le locataire du caractère inconstructible du terrain objet du bail, rendant impossible l'édification d'un local commercial. Le bail stipulait que le locataire faisait son affaire personnelle des autorisations administratives. À l'époque, le commentateur précisait que « *c'était la garantie des vices ou défauts de la chose loué qui en empêchent l'usage qui était en cause (article 1721 du Code civil) et non un défaut de délivrance (article 1719, 1^o du Code civil)*. En effet, le bien loué correspondait bien à ce qui avait été convenu et d'ailleurs la délivrance avait eu lieu ». Au contraire, dans le second arrêt, rendu le 2 juillet 1997⁴¹⁰, la Cour de cassation approuvait la Cour d'appel de Versailles d'avoir sanctionné le bailleur de locaux commerciaux qui n'avait pas vérifié si la chose louée pouvait être affectée à l'usage prévu au bail et ainsi manqué à son obligation de délivrance. En l'espèce, le preneur s'était en effet trouvé dans l'impossibilité d'exercer dans les lieux loués l'activité prévue au bail (vente en gros et demi-gros et de détail de matériels et mobiliers pour l'équipement du bâtiment), le plan d'occupation des sols de la ville ayant classé le secteur d'implantation du bâtiment en zone non constructible, exclusivement réservée à l'agriculture.

Dès lors qu'en cours de bail, le bailleur peut être tenu, sur le fondement de l'obligation de délivrance, d'assumer les travaux de réparation des vices qui, soit affectent la structure de l'immeuble, soit le rendent inapte à remplir la destination convenue, on peut légitimement s'interroger sur l'utilité de la garantie des vices cachés. L'élargissement de l'obligation de délivrance en cours de bail n'a-t-il pas pour conséquence de réduire la portée de la garantie des vices cachés ? Rappelons

⁴⁰⁹ Cour d'appel de Versailles, 12^{ème} chambre, 14 décembre 1989, « *Deschamps c/Sté Plaisir des Années 30* », D. 1990, som. p. 259.

⁴¹⁰ Cass. 3^{ème} civ. 2 juillet 1997, Bull. 1997, III, n^o159 p.107.

que, pour engager la responsabilité du bailleur, le vice caché ne doit pas simplement rendre l'usage du bien moins commode ou plus onéreux. Il doit effectivement entraver la jouissance du bien. Mais s'il affecte sa structure ou le rend inapte à sa destination, le vice engage cette fois la responsabilité du bailleur sur le fondement de l'obligation de délivrance. La garantie des vices cachés serait donc désormais cantonnée aux vices ne portant pas sur la structure du bien et qui en entraveraient la jouissance, mais sans le rendre inapte à sa destination.

Les juges du fond étant toutefois souverains dans l'appréciation du vice et de ses caractéristiques, il nous semble que les locataires ont néanmoins intérêt à exercer leurs recours sur le double fondement de l'obligation de délivrance et de la garantie des vices cachés⁴¹¹, sous réserve bien entendu que le bailleur n'ait pas exclu la garantie des vices, celle-ci étant supplétive de volonté.

2°) La portée de l'obligation de garantie de jouissance paisible

222. La possible exonération de la garantie pour les troubles causés par le bailleur. – L'obligation de garantie du bailleur de son fait personnel n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent donc prévoir un allègement, voire une exonération totale. Cependant, comme pour toute clause visant à restreindre ou exclure la responsabilité du débiteur, les juges veillent à ce qu'elle soit suffisamment claire et précise, afin de s'assurer qu'elle a été pleinement acceptée par le créancier⁴¹². Le bailleur ne peut en effet s'exonérer de la garantie de manière générale. Par sécurité, le bail doit donc préciser clairement les actes dont le bailleur sera ou non responsable. Il peut par exemple être prévu que le bailleur ne sera pas responsable en cas de dégâts causés aux lieux loués et aux objets ou marchandises s'y trouvant, par suite de fuites,

⁴¹¹ Sous réserve que la garantie des vices cachés n'ait été expressément écartée, comme c'est le cas de nombreux baux commerciaux.

⁴¹² Cass. 1^{ère} civ. 4 juillet 1967 ; Gaz Pal 1967, 2, 133.

d'infiltrations, d'humidité ou autre circonstance⁴¹³. Classiquement, ces clauses sont toutefois écartées en cas de dol ou faute lourde du bailleur à l'origine du dommage ou de son aggravation.

Par dérogation à l'article 1724 du Code civil⁴¹⁴, il est également possible de prévoir que « *le preneur devra souffrir sans indemnité ni réduction de loyer, toutes réparations, tous travaux d'amélioration que le bailleur se réserve de faire exécuter, quels qu'en soient les inconvénients et la durée, cette dernière excédât-elle quarante jour* ». Cette clause, désormais usuelle dans les baux commerciaux, est interprétée strictement par les juges et n'a ainsi pas pour effet d'exonérer le bailleur de sa responsabilité personnelle, ni de celle des entrepreneurs pour les fautes commises dans l'exécution de ces travaux⁴¹⁵.

223. Obligation de ne pas changer la forme de la chose louée : l'exonération en question. - L'obligation de ne pas changer la forme de la chose louée pendant la durée du bail peut-elle faire l'objet d'aménagements conventionnels ? Rappelons que deux types d'aménagements sont envisageables : les clauses portant sur l'obligation et les clauses portant sur la responsabilité du débiteur. Les premières ont pour objet d'exclure ou d'alléger l'obligation ; les secondes d'alléger, voire d'écartier toute sanction en cas de non exécution - ou de mauvaise exécution - de l'obligation par le débiteur. Si de telles clauses sont en principe jugées valables en application du principe général de liberté contractuelle, l'article 1170 du

⁴¹³ Cass. 3^{ème} civ. 5 juin 2002, n° 00-21519, « *Sté Foncière Saint-Amour c/ Sté Royale & Sun Alliance* ».

⁴¹⁴ Article 1724 du Code civil : « *Si, durant le bail, la chose louée a besoin de réparations urgentes et qui ne puissent être différées jusqu'à sa fin, le preneur doit les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il soit privé, pendant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée. Mais, si ces réparations durent plus de quarante jours, le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il aura été privé. Si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille, celui-ci pourra faire résilier le bail* »

⁴¹⁵ Cass. 3^{ème} civ. 27 novembre 1974, Bull. civ. III n°443, p. 342.

Code civil réputé non écrite « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur* »⁴¹⁶.

En l'absence de faute du bailleur, la question se pose de savoir si l'obligation de ne pas changer la forme de la chose louée est une obligation essentielle du contrat de bail. L'obligation essentielle n'est pas définie dans le Code civil et à notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée précisément. Selon le Professeur Thomas Genicon⁴¹⁷, il est « *difficile de démêler (cet) écheveau, la césure en « une » obligation essentielle et « des » obligations accessoires n'étant pas dépourvue d'artifice : de près ou de loin, toutes les obligations du contrat peuvent être considérées comme partie intégrante de l'obligation essentielle, car elles sont toutes mises au service de la pleine réalisation de l'objet de la convention. En somme, ce que l'on appelle l'obligation essentielle (et à supposer, justement, que l'emploi du singulier soit vraiment réaliste...), bien loin d'être d'un seul tenant, fait davantage penser, trivialement, à un oignon : une succession d'enveloppes s'enrobant les unes les autres, sans que l'on sache vraiment à quel instant arrêter l'épluchage pour trouver, enfin, le cœur du pacte. Et c'est très exactement pour cette raison que les qualifications jurisprudentielles sont aussi imprévisibles et variables : tout dépend de l'instant où l'on décide d'arrêter d'« éplucher » le contrat...* ». Le référentiel de l'obligation essentielle ne serait pas pertinent et il conviendrait avant tout de prendre en compte l'équilibre général du contrat pour vérifier si la clause a effectivement privé de sa substance l'obligation du débiteur.

D'autres auteurs ont cherché à donner une définition plus précise de l'obligation essentielle, permettant tout à la fois de préserver le principe de liberté contractuelle, qui impose de reconnaître la validité des clauses de responsabilité et de garantir le

⁴¹⁶ Le nouvel article 1170 du Code civil, issu de la réforme du droit des contrats, reprend ici la formulation employée par la Cour de cassation dans l'arrêt n°93-18.632 du 22 octobre 1996 « Chronopost » : « *en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* ».

⁴¹⁷ *Le régime des clauses limitatives de responsabilité : état des lieux et perspectives*, Revue des contrats 2008, p. 982s.

respect de l'ordre public et l'économie du contrat. À cet égard, la définition proposée par le Professeur Cyril Grimaldi⁴¹⁸ nous semble particulièrement éclairante. Dans un article intitulé « *Les clauses portant sur une obligation essentielle* », l'auteur distingue l'obligation subjectivement essentielle et l'obligation objectivement essentielle. L'obligation subjectivement essentielle, ou obligation déterminante, serait celle qui a « *déterminé le consentement de la partie qui s'est engagée, qui constitue pour elle le cœur de l'engagement contractuel* ». Une telle obligation pourrait être valablement écartée par les parties (clause de non obligation), car si les parties acceptent de contracter en l'absence de cette obligation, c'est que celle-ci ne serait en réalité pas déterminante de leur consentement. En revanche, une telle obligation ne pourrait souffrir une clause limitative ou évasive de responsabilité qui aurait pour effet de lui retirer plus ou moins son caractère contraignant. En effet, « *on ne peut pas, à la fois, s'engager et ne pas s'engager, sous peine de porter atteinte au principe de la bonne foi et d'introduire dans un contrat une dose de potestativité trop contraire au principe « pacta sunt servanda »*⁴¹⁹ ».

L'obligation objectivement essentielle serait quant à elle « *l'obligation essentielle à un contrat donné, plus précisément à un contrat nommé* ». Selon le Professeur Cyril Grimaldi, il existerait deux types d'obligations objectivement essentielles : « *les obligations essentielles à la qualification d'un contrat nommé. Ce sont les obligations qui sont nécessaires au rattachement d'un contrat à une catégorie donnée* » et « *les obligations essentielles au régime d'un contrat nommé. Ce sont les obligations impérativement rattachées à tel contrat.* » Ces obligations sont dites statutaires. L'effet des clauses de non obligation ou des clauses relatives à la responsabilité différerait selon que l'on est en présence d'une clause qualifiante ou statutaire. Dans le premier cas, la stipulation d'une clause de non obligation serait valable, mais elle aurait pour effet de disqualifier le contrat. Dans le second cas, la clause de non obligation serait valable si l'obligation statutaire, c'est-à-dire inhérente

⁴¹⁸ *Les clauses portant sur une obligation essentielle*, Revue des contrats 2008, p. 1095s.

⁴¹⁹ Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, Dalloz 9^{ème} éd., 2005, n°610

au régime du contrat, est supplétive. Si l'obligation est impérative dans le régime du contrat considéré, elle est en revanche réputée non écrite.

224. Nature de l'obligation de ne pas changer la forme de la chose louée.

- Il convient à présent d'analyser l'obligation de ne pas changer la forme de la chose louée à l'aune de ce raisonnement. Aux termes de l'article 1709 du Code civil, « *le louage de choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix, que celle-ci s'oblige de lui payer.* » L'obligation caractéristique du contrat de louage, contrat nommé, consiste, pour le bailleur, à conférer la jouissance du bien au preneur. Cette obligation est dite qualifiante du contrat de louage. Qu'en est-il de l'obligation de ne pas changer la forme de la chose louée ? À l'évidence, cette obligation n'est pas qualifiante en ce sens que si le bailleur modifie la forme de la chose louée, il n'en demeure pas moins que le locataire bénéficie toujours d'un droit de jouissance, de sorte que le contrat demeure un contrat de bail. Il s'agit en revanche d'une obligation statutaire puisque l'article 1723 du Code civil dispose expressément que « le bailleur ne peut, pendant la durée du bail, changer la forme de la chose louée ». En effet, en matière de louage, la chose louée constitue l'objet de l'obligation du bailleur, au même titre que le loyer constitue l'objet de l'obligation du preneur de payer un certain prix en contrepartie de la jouissance. Modifier la forme de la chose louée, dès lors que cette modification est substantielle, revient donc à modifier unilatéralement l'objet de l'obligation du bailleur, ce à quoi l'article 1101 du Code civil s'oppose.

Cette obligation est-elle impérative ? L'obligation de garantie du bailleur de son fait personnel n'est pas d'ordre public. Elle peut donc être aménagée par les parties par une clause claire et précise du bail. Pour les raisons qui viennent d'être évoquées, l'exonération de la garantie du bailleur ne saurait être ni générale, ni illimitée. Le bail devra donc prévoir les cas dans lesquels le bailleur sera autorisé à modifier la forme des locaux loués. En outre, la clause ne pourra avoir pour effet de « *supprimer la*

*garantie du bailleur dans tous les cas*⁴²⁰ ». Enfin, la clause sera également privée d'effet en cas de dol ou faute lourde du bailleur.

§ 2 – La pratique de l'obligation de garantie dans les centres commerciaux

225. Dans les centres commerciaux, les contentieux relatifs à l'obligation de garantie du bailleur se concentrent sur trois questions : le bailleur de centre commercial doit-il garantir aux locataires un environnement commercial favorable (A), est-il tenu de leur garantir un emplacement déterminé (B) ou l'exclusivité de leur activité (C) ?

A - Le bailleur de centre commercial doit-il garantir un environnement commercial favorable ?

226. Éléments de contexte. - La rentabilité d'un centre commercial est un pari tant pour le bailleur que pour les locataires, particulièrement au démarrage du centre. Ainsi qu'il a été souligné par la Cour d'appel de Paris, « *le lancement d'un centre commercial et sa réussite sont basés sur un pari économique que gèrent tous les partenaires, les risques et les aléas financiers étant acceptés dans la perspective d'une opération bénéfique à court ou moyen terme* »⁴²¹.

Pour les locataires, l'installation dans le centre commercial représente un investissement lourd, car ils sont tenus de réaliser, préalablement à toute exploitation commerciale lucrative, des travaux d'aménagement et d'équipement conséquents, sans être assurés de bénéficier, un jour, d'un « *retour sur investissements* ». Le bailleur est également intéressé par la rentabilité des locaux loués, dans la mesure où

⁴²⁰ Cass. Soc. 25 novembre 1946, « *France Mutualiste c/ Mitre* ».

⁴²¹ CA Paris, 16^{ème} ch. A, 1^{er} février 1983, A.J.P.I. 1983, p. 394.

les loyers qu'il perçoit sont souvent composés d'un loyer minimum, indexé sur la superficie et d'un loyer variable assis sur le chiffre d'affaires réalisé par le locataire. La perception de ces loyers lui permet également de rembourser les éventuels emprunts contractés pour financer la construction du centre commercial.

Cette spécificité des centres commerciaux justifie-t-elle que les obligations assumées par le bailleur soient différentes de celles d'un bailleur ordinaire ? Notamment, l'obligation de garantie du bailleur doit-elle aller jusqu'à donner aux locataires l'assurance que le centre commercial attirera une clientèle nombreuse et variée ? Un locataire constatant que le chiffre d'affaires qu'il réalise est inférieur à celui qu'il escomptait peut-il agir contre le bailleur pour obtenir le remboursement des travaux effectués dans le magasin et l'indemnisation des pertes subies ?

Une telle action a été intentée par certains locataires sur deux fondements distincts : les vices du consentement et l'obligation de garantie du bailleur.

227. Actions intentées par les locataires sur le fondement d'un vice du consentement. - Les actions intentées sur le fondement de l'erreur, vice du consentement⁴²², sont susceptibles d'aboutir, à condition que le locataire prouve qu'il s'est trompé « *sur les qualités essentielles de la prestation* »⁴²³. L'article 1133 du Code civil précise que « *les qualités essentielles sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté* ». La sanction conduit à l'annulation du contrat, éventuellement assortie de dommages et intérêts, à moins que l'« *errans* » ne préfère se contenter de dommages et intérêts. L'erreur a ainsi été reconnue par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 30 octobre 1984 et le bailleur condamné à réparer le préjudice causé aux locataires auxquels il avait remis, avant la conclusion du contrat, une brochure publicitaire vantant les

⁴²² Articles 1130 et suivants du Code civil.

⁴²³ Article 1110 du Code civil.

qualités du futur centre commercial (présence de commerces « *locomotives* » à tous les niveaux, parking réservé aux commerçants et à leurs clients), sans préciser le caractère prévisionnel de ces renseignements. La Cour d'appel a jugé que la brochure était entrée dans le champ contractuel et que les éléments qu'elle contenait avaient été déterminants du consentement des locataires à contracter. Il y avait donc lieu de sanctionner le bailleur qui n'avait pas respecté ses engagements⁴²⁴. Toutefois, l'erreur ne peut être sanctionnée si elle porte sur la valeur de la prestation, dont le preneur aurait fait une appréciation économique inexacte sans se tromper sur les qualités essentielles⁴²⁵. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 15 janvier 1987⁴²⁶ illustre cette règle. En l'espèce, les promoteurs d'un centre commercial avaient effectué des études préalables sur la clientèle potentielle du centre, études dont les résultats s'étaient révélés inexacts. La Cour d'appel de Paris avait refusé d'annuler le bail commercial au motif que cette inexactitude avait uniquement induit en erreur les souscripteurs sur la valeur de la chose louée et non sur ses qualités substantielles. Les conditions de mise en œuvre de l'action en nullité pour erreur tant particulièrement strictes, les locataires ont tenté d'agir sur le fondement de la garantie de jouissance paisible.

228. Actions intentées par les locataires sur le fondement de la garantie de jouissance paisible. - Dans le droit commun du contrat de louage, le bailleur doit garantir le locataire contre tout trouble de jouissance du bien loué. Lorsque le locataire se trouve confronté à une désertion du centre commercial engendrant des pertes d'exploitation, peut-il appeler le bailleur en garantie en arguant que la baisse d'activité entrave la jouissance paisible des locaux loués ?

Dans un premier temps, certains juges du fond ont semblé réceptifs à ces arguments. Dans un arrêt en date du 1^{er} avril 1993, la Cour d'appel de Reims avait ainsi jugé que

⁴²⁴ CA Paris, 16^{ème} ch. A, 30 octobre 1984, « *SARL SARD c/ SARL Discolove* ».

⁴²⁵ Article 1136 du Code civil.

⁴²⁶ CA Paris, 16^{ème} ch. B, 15 janvier 1987, D. 1987, IR p.28.

« le bailleur propriétaire de tous les locaux composant une galerie marchande avait des obligations plus étendues que celles d'un bailleur ordinaire et devait tout faire pour assurer au preneur le maintien d'un environnement commercial favorable »⁴²⁷. Le bailleur, qui ne justifiait pas « avoir mis en œuvre les moyens appropriés pour faire revivre la galerie », engageait sa responsabilité. Cet arrêt était toutefois cassé par la Cour de cassation au motif 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, d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant toute la durée du bail, d'assurer également la permanence et la qualité des plantations ». Ayant constaté que le bail ne mettait à la charge de la bailleuse aucune obligation particulière liée à l'existence de la galerie marchande, la Cour d'appel avait violé l'article 1719 et l'ancien article 1134 du Code civil⁴²⁸.

Dans un autre arrêt, rendu le 12 juillet 2006, la Cour de cassation confirmait cette position de principe en cassant un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 octobre 1997, qui avait condamné le bailleur à réparer le préjudice subi par le locataire en raison d'une désertification de la galerie marchande. Les juges du fond avaient estimé que « si pendant une certaine période, la bailleuse avait tenté de remédier à la désaffectation de la clientèle pour cette galerie, due à différents facteurs, il n'en restait pas moins qu'à compter du deuxième semestre de 1995, elle avait fait le choix délibéré, pour des raisons financières et de gestion qui lui étaient personnelles, de rechercher un locataire unique au lieu des quatorze locataires d'origine et qu'elle avait ainsi manqué à ses obligations de bailleuse ». Selon les conseillers à la Cour d'appel de Paris, « l'obligation du bailleur de garantir à sa locataire la jouissance paisible des lieux loués comporte celle implicite mais indiscutable de maintenir l'activité de la galerie marchande, le bail litigieux s'insérant dans une chaîne

⁴²⁷ CA Reims, 1^{er} avril 1993 « *Sté Immofonds c/Sté Marge* ».

⁴²⁸ L'ancien article 1134 correspond à l'actuel article 1103 nouveau du Code civil : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

concomitante de baux qui, si elle fait défaut, ce à quoi le bailleur est seul à même de remédier, change la forme immatérielle de la chose »⁴²⁹. Cette décision était cassée au visa de l'article 1719 du Code civil et au motif que « *le bailleur est seulement tenu, en l'absence de stipulation particulière, d'assurer la délivrance, l'entretien et la jouissance paisible de la chose louée* »⁴³⁰.

Malgré la résistance des juges du fond, la Cour de cassation est donc fermement opposée à la reconnaissance d'une quelconque obligation, spécifique au bailleur de centre commercial, qui consisterait à garantir aux preneurs l'attractivité du centre commercial. À moins d'une stipulation contraire, les enjeux économiques tant très importants, les locataires de centres commerciaux ont finalement obtenu satisfaction sur le terrain de l'entretien des parties communes.

229. Le bailleur sanctionné sur le fondement de l'obligation d'entretenir les parties communes du centre commercial. - Après avoir classiquement jugé que le bailleur, qui est « *seulement tenu, en l'absence de stipulation particulière, de l'entretien des lieux loués, n'a pas à « maintenir un état décent du mail commercial* »⁴³¹, la Cour de cassation, dans un arrêt remarqué du 31 octobre 2006, a condamné une Cour d'appel dans un cas similaire pour n'avoir pas recherché « *si le défaut d'entretien des parties communes du centre commercial n'avait pas pour effet de priver les preneurs des avantages qu'ils tenaient du bail* »⁴³². Cette décision est d'autant plus marquante que les juges du fond⁴³³ avaient cette fois refusé de sanctionner un bailleur auquel deux locataires reprochaient d'avoir laissé le centre à l'abandon. Les magistrats faisaient valoir que le bailleur n'a, « *en l'absence de stipulation spéciale, aucune obligation tenant à assurer au locataire un*

⁴²⁹ CA Paris, 7 octobre 1997, Rev. Loy. 1999, p.372.

⁴³⁰ Cass. 3^{ème} civ. 12 juillet 2000, Bull. Civ.III, n° 137, p.94.

⁴³¹ Cass. 3^{ème} civ. 28 juin 2005, n° 04-14.987.

⁴³² Cass. 3^{ème} civ. 31 octobre 2006, n° 05-18.377, « *Lesage c/OPAC* », JCPN 2007, 1137.

⁴³³ Cour d'appel de Versailles, 2 juin 2005.

environnement commercial favorable en entretenant les parties communes du centre commercial ». La Cour de cassation ne pouvait manifester plus clairement sa position. C'est donc uniquement sur le fondement de l'obligation d'entretien que le bailleur est condamné. La Cour de cassation a refusé de reconnaître une obligation du bailleur de garantir un environnement commercial favorable aux locataires. Le bailleur de centre commercial n'a pas d'obligation plus étendue qu'un bailleur classique. Certes, l'arrêt du 31 octobre 2006 marque une rupture par rapport à la jurisprudence antérieure, mais cette évolution est justifiée. Les parties communes étant l'accessoire des locaux loués, il n'est pas illogique que l'obligation d'entretien du bailleur leur soit étendue. En revanche, la Cour de cassation refuse de reconnaître au bailleur de centre commercial une quelconque responsabilité dans l'attractivité du centre commercial.

230. Le bailleur n'est pas garant de la commercialité du centre. – Pourtant, à la suite de l'arrêt du 31 octobre 2006, on pouvait s'interroger sur le point de savoir si la Cour de cassation n'allait pas finalement reconnaître que le bailleur est tenu de garantir aux locataires la commercialité du centre et qu'il doit donc être sanctionné en cas de défaut de remplissage de la galerie marchande notamment. Dans l'arrêt du 31 octobre 2006, la Cour de cassation se fonde sur le fait que le bailleur ne doit pas « *priver les preneurs des avantages qu'ils tiennent du bail* ». Par cette formule, la Cour de cassation n'invite-t-elle pas à une interprétation plus subjective de l'économie du contrat de bail commercial ? Les avantages dont bénéficie un locataire de centre commercial ne sont en effet pas les mêmes que ceux d'un locataire de centre-ville. Pour un locataire de centre commercial, qu'est-ce qui justifie le fait de supporter certaines clauses exorbitantes du droit commun telles que l'encadrement de la destination du bail ou des clauses financières particulièrement drastiques, si ce n'est la conviction que ces obligations seront compensées par une rentabilité générée par l'attractivité du centre commercial ? Cette attractivité commerciale ne constitue-t-elle pas, par principe, la cause impulsive et déterminante de tout locataire à contracter un bail dans un centre commercial plutôt qu'ailleurs et à accepter de telles clauses ? Que cette attractivité disparaisse ou qu'elle s'amenuise et le locataire pourrait alors arguer que l'équilibre du contrat est mis en péril.

Partant de cette considération, on pourrait soutenir que le bailleur de centre commercial, parce qu'il a la maîtrise de l'ensemble immobilier dans lequel s'insèrent les locaux loués et que cet ensemble immobilier a vocation, dans l'esprit des parties, à constituer un pôle commercial attractif, est tenu d'une obligation spécifique de « *gérer correctement le centre, de l'entretenir et de lui assurer une certaine prospérité* »⁴³⁴. Mais parce que « *le lancement d'un centre commercial et sa réussite sont basés sur un pari économique que gèrent tous les partenaires*⁴³⁵ » et que « *l'accord des parties ne porte pas sur des locaux à la commercialité éprouvée mais seulement escomptée*⁴³⁶ », cette obligation ne pourrait être une obligation de résultat. Le bailleur de centre commercial devrait seulement mettre en œuvre tous les moyens nécessaires au bon fonctionnement et à l'attractivité du centre commercial.

Il en résulterait à notre sens deux conséquences. En premier lieu, le bailleur qui n'aurait pas mis en œuvre tous les moyens nécessaires pour commercialiser les autres cellules de la galerie marchande pourrait voir sa responsabilité engagée s'il en résultait un quelconque trouble pour le locataire. Il appartiendrait cependant à ce dernier de « *démontrer que le propriétaire n'avait pas fourni les efforts nécessaires*⁴³⁷ ». En second lieu, dès lors que l'attractivité du centre commercial constituerait, par nature, la cause impulsive et déterminante du locataire à conclure ce type de bail, les clauses par lesquelles le bailleur écarterait ou allègerait sa responsabilité à cet égard ne seraient pas valables.

Telle ne semble toutefois pas être aujourd'hui la position de la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 3 juillet 2013, a réitéré que le bailleur n'avait, sauf clause expresse

⁴³⁴ Françoise AUQUE, *Le bailleur de centre commercial : un bailleur comme les autres ?*, AJDI 2007, p. 536s.

⁴³⁵ Cour d'appel de Paris, 16^{ème} chambre A, 1^{er} février 1983.

⁴³⁶ Bruno BOCCARA, *Les centres commerciaux et les loyers du marché*, AJPI 1983, p. 379.

⁴³⁷ Cass. 3^{ème} civ. 12 octobre 1994.

en ce sens, aucune obligation de garantir l'attractivité du centre commercial⁴³⁸. La Cour de cassation s'en tient donc à une lecture stricte du contrat conclu entre les parties, ce que nous ne pouvons guère déplorer au regard du principe d'autonomie de la volonté et de la sécurité juridique. Rappelons que le contrat signé par les parties s'impose à elles mais également au juge et que ce dernier ne dispose d'un pouvoir d'interprétation que dans la stricte mesure où la volonté des parties n'est pas clairement exprimée ou lorsqu'il existe un doute. Dès lors que le contrat de bail ne prévoit aucune obligation du bailleur de garantir la commercialité du centre, le juge n'a pas le pouvoir de créer une telle obligation. Si les arguments ci-dessus développés au sujet de l'équilibre du contrat correspondent à une réalité économique, il n'appartient pas au juge de rétablir cet équilibre. Laisser un tel pouvoir au juge serait non seulement infondé au regard du principe d'autonomie de la volonté, mais également désastreux au plan de la sécurité juridique. Nous ne pouvons donc qu'approuver la position ferme de la Cour de cassation. C'est aux parties et à elles seules qu'il appartient de définir leurs obligations respectives de façon à ce que le contrat soit équilibré au sens où elles l'entendent. Ainsi, rien n'empêche, du moins juridiquement, de prévoir que le bailleur sera tenu d'assurer la commercialité des locaux si telle est la volonté des parties. Au cas contraire, il est recommandé aux parties de stipuler clairement que le bailleur ne sera tenu d'aucune obligation concernant la commercialité du centre. Plus la convention des parties sera claire et moins le juge disposera d'un pouvoir d'interprétation.

⁴³⁸ Cass. 3^{ème} civ. 3 juillet 2013, n° 12-18099 « Mais attendu qu'ayant exactement retenu qu'il n'existait pas d'obligation légale pour le bailleur d'un local situé dans un centre commercial ou une galerie commerciale d'assurer le maintien de l'environnement commercial et relevé qu'aux termes du contrat de sous-location, en l'absence de stipulation particulière, le bailleur s'était uniquement engagé à mettre à disposition les locaux visés au bail ce qu'il avait toujours fait, que les lieux n'avaient subi aucun changement de forme (...), la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise sur l'obligation de jouissance paisible, en a justement déduit que la société Aldi n'avait pas commis de faute en quittant les lieux ». En l'espèce, un sous-locataire reprochait à son bailleur d'avoir, en 2008, fermé le magasin qu'il exploitait dans des locaux contigus à ceux qui étaient sous-loués.

B - Le bailleur de centre commercial doit-il garantir un emplacement déterminé ?

231. Dans le droit commun du bail, le bailleur est tenu de délivrer au preneur la « chose louée », cette chose pouvant être un bien meuble ou un immeuble tel qu'il est défini dans le contrat de bail. En matière commerciale, et plus particulièrement dans les centres commerciaux, la chose louée n'est pas uniquement un local tel qu'il est décrit avec ses cotes, sa superficie, ses surfaces de réserve ou de vitrine ; la chose louée est aussi et surtout un emplacement, c'est-à-dire une localisation dans la galerie, dont peut dépendre l'attractivité du commerce. Sont ainsi particulièrement recherchés les locaux situés face aux lignes de caisses de l'hypermarché, aux abords des entrées de la galerie ou encore à l'embouchure des escalators, lieux de passage obligés de la clientèle. Ces emplacements stratégiques justifient d'ailleurs généralement qu'un loyer plus élevé soit réclamé au preneur.

Compte tenu de ces critères, la question s'est posée de savoir si le bailleur a l'obligation de garantir au preneur un emplacement déterminé pendant toute la durée du bail. La question se pose en pratique lorsque le bailleur souhaite modifier la distribution interne de la galerie et que cette réorganisation implique de transférer certains commerces dans un autre endroit. La question se pose également lorsque le bailleur souhaite étendre le centre commercial et que cette extension entraîne un déplacement du flux de clientèle. L'emplacement reste le même, mais il perd en qualité commerciale. Dans les deux cas, ces modifications peuvent être justifiées par un impératif lié à l'évolution du centre ou à sa rénovation. Envisagées du côté du locataire, de telles modifications peuvent toutefois lui faire perdre le bénéfice des facteurs de commercialité pour lesquels il avait contracté à l'origine et qui avaient été pris en compte pour la fixation du loyer notamment. Le preneur est-il alors en droit de s'opposer à ces modifications et d'exiger du bailleur qu'il lui garantisse non seulement l'emplacement prévu au contrat de bail, mais également les qualités de cet emplacement ?

232. En pratique, les baux commerciaux conclus dans les centres commerciaux écartent ce type de garantie et prévoient que le bailleur est autorisé à déplacer le preneur en cas de changement dans le fonctionnement du centre ou d'agrandissement. Les bailleurs invoquent en général le caractère nécessairement évolutif du centre commercial. À titre d'exemple, on rencontre fréquemment des clauses par lesquelles : *« Le preneur déclare qu'au jour de la signature des présentes, il est averti de ce que le programme général de l'ensemble dans lequel est inclus le local objet du présent bail présente un caractère nécessairement évolutif, du fait de sa situation, son importance (...). En conséquence, le bailleur, pourra être amené à modifier les plans, les distributions et l'environnement du centre pour en assurer un meilleur fonctionnement ou pour tenir compte des contraintes techniques de sécurité imposées au constructeur et/ou propriétaire. Ainsi par dérogation à l'article 1723 du Code civil, le bailleur se réserve le droit de déplacer le preneur en cas de changement dans le fonctionnement du centre ou d'agrandissement. Le bailleur sera également libre de modifier, selon sa convenance, les accès extérieurs du centre commercial, l'accès aux lieux loués, les flux de clientèle, les emplacements de parking, ainsi que les emplacements de tous les locaux objet du bail ».*

233. Une telle clause est-elle valable juridiquement ?

Il est possible de déroger à l'article 1723 du Code civil à condition que la clause soit claire et précise et qu'elle n'entraîne pas une modification « *substantielle* » de la chose louée. Or, la clause susvisée, bien que claire et précise, nous semble contestable en ce qu'elle ne prend pas en compte le point de savoir si les modifications que s'autorise le bailleur sont de nature à affecter les qualités substantielles des locaux loués, c'est-à-dire non seulement leur consistance et leur surface, mais également les atouts de leur localisation eu égard aux flux de clientèle et aux accès en particulier. Indépendamment du local lui-même, les juges du fond veillent en effet à ce que les aménagements faits par le bailleur dans le centre

commercial ne troublent pas la jouissance du locataire. Dans un arrêt rendu le 4 février 1998⁴³⁹, la Cour d'appel de Nancy a ainsi condamné, sur le fondement de l'article 1723 du Code civil, « *le bailleur d'un local commercial situé dans une galerie marchande qui modifie l'agencement de cette galerie en supprimant son accès principal (...), car il appartient au bailleur de tout mettre en œuvre pour assurer le maintien d'un environnement commercial favorable au preneur, même si le caractère aléatoire du développement économique d'une galerie commerciale ne peut en faire qu'une obligation de moyens* ».

Il nous semble que ce type de clause est également contestable au regard de la définition de la garantie du fait personnel donnée par la Cour de cassation dans un arrêt ancien du 8 octobre 1962⁴⁴⁰, qui oblige le bailleur à « *s'abstenir de tout fait de nature à priver le preneur de tout ou partie des avantages qu'il tient du bail* ». Les qualités d'un emplacement étant fortement stratégiques dans un centre commercial, un locataire pourrait en effet démontrer que les qualités de son emplacement au sein du centre commercial ont été déterminantes de son consentement à conclure le contrat, de sorte qu'en y portant atteinte, le bailleur l'aurait privé des avantages qu'il tirait jusqu'alors du bail. Quoi qu'il ait pu stipuler une clause contraire, le bailleur engagerait sa responsabilité à l'égard du locataire si celui-ci démontrait qu'il n'aurait pas loué cet emplacement, ou du moins l'aurait loué à des conditions autres, si les qualités de l'emplacement avaient été différentes⁴⁴¹.

Ceci ne signifie pas que, par nature, la clause de déplacement soit entachée de nullité. Dès lors, en effet, qu'elle est rédigée de manière précise et suffisamment protectrice des intérêts du preneur, sa mise en œuvre ne contrevient nullement à l'obligation faite au bailleur de ne pas modifier substantiellement la chose louée.

⁴³⁹ Cour d'appel de Nancy, 2^{ème} chambre, 4 février 1998, « *OPHLM de Lunéville c/ Pamentier* », JCPE 1999, chron. p.1868s.

⁴⁴⁰ Cass. 3^{ème} civ. 8 octobre 1962.

⁴⁴¹ A titre d'exemple, dans un arrêt en date du 18 juillet 2001 (n° 00-10082), la Cour de cassation a condamné la Cour d'appel de Paris pour n'avoir pas recherché si les travaux d'extension du centre commercial n'avaient pas entraîné « *de modification substantielle de la chose louée* ».

C'est en ce sens que s'est récemment prononcée la Cour d'appel d'Amiens⁴⁴². En l'espèce, la clause prévoyait expressément à la fois l'indemnisation du locataire au titre de ses coûts de transfert, un nouveau local d'une superficie similaire à celle de l'ancien, placé de surcroît dans un environnement commercial équivalent⁴⁴³. Se fondant sur ces constatations, la Cour décida que « *cette clause qui ne contrevient à aucun texte d'ordre public et qui ne vide pas de sa substance le contrat de bail, doit en application du principe de la liberté contractuelle, être déclarée valable* ».

C - Le bailleur de centre commercial doit-il garantir l'exclusivité ?

234. La garantie de jouissance paisible due par le bailleur lui impose-t-elle de garantir l'exclusivité à chaque locataire du centre commercial ? La Cour de cassation répond de façon constante⁴⁴⁴ par la négative, en l'absence d'exclusivité expressément consentie au locataire aux termes du bail : « *dans le silence du bail et à défaut de circonstances spéciales de nature à engager sa responsabilité, il (le bailleur) conserve la faculté de donner en location dans le même immeuble un local pour l'exercice d'un commerce semblable à celui du preneur premier en titre*⁴⁴⁵ ».

⁴⁴² CA Amiens, 18 octobre 2016 n°15/00307 ; voir également en ce sens, mais de façon moins nette, CA Angers, 3 avril 2012, n° 10/01298.

⁴⁴³ Le texte de la clause de déplacement était, en l'occurrence, très précis et particulièrement protecteur des droits du preneur. Il énonçait : « *Le preneur reconnaît avoir été parfaitement informé d'un projet de restructuration et d'extension du centre pour lequel un dossier est actuellement à l'étude ; Dans l'hypothèse où le projet de restructuration et d'extension était mené à bien et aboutissait, le preneur accepte d'ores et déjà les contraintes pouvant en résulter. Le preneur renonce à demander réparation à quelque titre que ce soit pour le préjudice qu'il pourrait subir du chef des travaux. Dans l'hypothèse où le projet de restructuration (et) d'extension était mené à bien et aboutissait, le preneur accepte d'ores et déjà la novation qui pourrait intervenir quant au positionnement et à l'assiette du local objet du présent bail. Le preneur accepte ainsi de voir le bail se poursuivre sur le local actuel modifié ou sur un autre local su centre commercial sur lequel il pourrait être déplacé définitivement à l'issue des travaux, à charge pour le bailleur de lui offrir un local d'une superficie équivalente, avec une variation de + ou - 10% et dans un environnement d'une commercialité équivalente. Dans une telle hypothèse, le bailleur sur justificatifs remboursera au preneur le coût des travaux d'installation du local initial non encore amortis. Etant précisé que l'amortissement sera réputé avoir été effectué selon les taux suivants : 20% par an sur cinq ans à compter de la date de prise d'effet du bail. En cas de diminution ou d'augmentation de la surface du local, objet du bail, le loyer de base sera modifié au prorata. Le refus du preneur de voir opérer la novation ainsi proposée dans un délai de quinze jours à compter de la notification qui lui sera faite par courrier recommandé avec avis de réception vaudra renonciation par le preneur aux droits qu'il tire du présent bail, lequel sera réputé résilié amiablement, sans indemnité de part et d'autre.* »

⁴⁴⁴ Cass.com. 2 juillet 1991, n° 88-20420, « *Sté Briochine de restauration moderne c/ Sté Euromarché* » ; Cass. 3^{ème} civ. 19 mars 1997, n° 95-16585, « *Sté Intercontinents c/ Sté d'HLM Logements Français* ».

⁴⁴⁵ Cass. com. 29 juin 1965, n° 62-11246, « *Bouzon c/ Lasalle* », Bull. civ. III n°411.

Au surplus, la Cour de cassation apprécie de façon stricte les clauses d'exclusivité. Celles-ci doivent en effet être limitées dans le temps ou dans l'espace. Dans un arrêt en date du 8 janvier 1997⁴⁴⁶, la Cour de cassation a ainsi considéré que la clause d'exclusivité stipulée au profit du locataire d'une galerie marchande ne faisait pas obstacle à ce que le bailleur consente un bail à un autre locataire pour un commerce similaire dans une galerie marchande située à proximité de la première.

À défaut de stipulation expresse, l'exclusivité ne peut non plus être déduite de clauses insérées dans les baux consentis à d'autres locataires, leur interdisant de changer la destination de leur bail sans autorisation. A ainsi été condamnée une Cour d'appel qui avait considéré que le bailleur, qui devait garantir le preneur contre tout trouble de jouissance, devait faire cesser les troubles causés par un autre locataire qui avait « *enfreint les clauses de son propre bail* » en changeant la destination des lieux pour exercer un commerce similaire au sien⁴⁴⁷. La Cour de cassation rappelle que « *l'article 1719-3° du Code civil impose au bailleur l'obligation de garantir au preneur la jouissance paisible des lieux loués mais non celle de lui assurer pour l'exercice de son commerce, dans le silence du bail et à défaut de circonstances particulières, le bénéfice d'une exclusivité dans l'immeuble* ».

La question de la concurrence étant stratégique dans les centres commerciaux, il est néanmoins rare que l'exclusivité soit passée sous silence. Que ce soit pour l'exclure ou la conférer, le bail prévoit généralement une clause relative à l'exclusivité et à la concurrence.

235. Conclusion et transition. – Le bailleur de centre commercial n'est donc tenu, malgré la spécificité d'un tel immeuble, à aucune garantie spécifique

⁴⁴⁶ Cass. 3^{ème} civ. 8 janvier 1997, n°94-20766, « *Sté Natalys c/ Sté Euromarché* ».

⁴⁴⁷ Cass. 3^{ème} civ ; 16 octobre 1985, n° 84-14105 « *Rega c/ Caramello* ».

envers les preneurs. Il n'a pas notamment l'obligation de garantir la bonne commercialité des locaux mais reste tenu, comme tout bailleur, de ne pas entraver la jouissance paisible du locataire.

L'analyse des obligations du bailleur nous révèle que, depuis l'entrée en vigueur de la loi dite Pinel du 18 juin 2014, le bailleur de centre commercial est de plus en plus assimilé à un bailleur classique, en particulier au regard des charges qu'il n'est plus en droit de refacturer aux locataires lorsqu'il s'agit de grosses réparations de l'article 606 du Code civil. Par sa nouvelle conception de la portée de l'obligation de délivrance, la Cour de cassation contribue également à cette évolution.

Si l'allègement des obligations du bailleur dans les centres commerciaux est aujourd'hui freinée par ces récentes évolutions, force est de constater que, malgré la profonde modification du régime des charges imposée par la loi Pinel, les obligations des locataires d'un centre commercial restent plus importantes que dans un bail classique.

CHAPITRE 2 - L'AGGRAVATION DES OBLIGATIONS DU PRENEUR

236. Dans les baux commerciaux de centres commerciaux, outre l'aggravation dont font l'objet les obligations classiques du preneur (Section 1), nous constatons également l'émergence d'obligations nouvelles (Section 2).

Section 1 – L'aggravation des obligations classiques du preneur

237. L'article 1728 du Code civil met à la charge du preneur deux obligations principales : user de la chose louée raisonnablement et conformément à sa destination d'une part et payer le loyer aux termes convenus d'autre part. Dans les développements qui vont suivre, nous nous efforcerons de démontrer comment chacune de ces obligations est aggravée dans les baux commerciaux de centres commerciaux, même si, récemment, le législateur est intervenu pour imposer certains rééquilibres.

§ 1 - L'aggravation des obligations financières du preneur

238. Le paiement du loyer est la contrepartie financière directe de la mise à disposition de la chose louée par le bailleur. C'est pourquoi nous traitons cette question dans le cadre de l'étude des règles afférentes à l'immeuble du bailleur.

L'obligation de paiement du loyer figure dans le Code civil, mais le Code de commerce prévoit des règles de fixation et de révision du loyer propres aux baux commerciaux. Après avoir analysé ces règles de droit commun et leurs aménagements contractuels (A), nous nous intéresserons au mécanisme particulier de la clause recettes (B), que l'on retrouve fréquemment dans les centres commerciaux, et qui constitue une dérogation conventionnelle majeure au statut des baux commerciaux.

Enfin, l'étude des obligations financières du preneur de centre commercial ne serait pas complète sans une analyse de la répercussion des charges (C).

A – Règles statutaires de fixation et de révision du loyer et aménagements contractuels

239. Les règles de fixation du loyer varient selon la période. Si la fixation du loyer d'origine est libre (1°), son évolution en cours de bail (2°) et sa fixation lors du renouvellement (3°) sont encadrées par le législateur.

1°) La liberté de fixation du loyer lors de la conclusion du bail

240. À la différence de la loi du 6 juillet 1989 pour les baux d'habitation⁴⁴⁸ et du Code rural pour le fermage⁴⁴⁹, le Code de commerce ne prévoit aucune règle de détermination du loyer du bail initial. Les parties sont libres⁴⁵⁰ de le fixer et se réfèrent généralement aux règles d'usage dans le secteur, pour le type d'activité concerné. Outre le loyer (a), le bail commercial peut prévoir des accessoires que le locataire s'oblige également à payer (b).

a) Le loyer

241. Le loyer est généralement forfaitaire, c'est-à-dire qu'il est fixé à un certain montant annuel, payable à échéances régulières (mensuelles ou trimestrielles), mais d'autres modes de fixation sont permis. Les parties peuvent ainsi convenir que

⁴⁴⁸ L'article 17b de la loi du 6 juillet 1989 prévoit que le loyer doit en principe être fixé par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage.

⁴⁴⁹ En matière de bail rural, le fermage doit en principe être ventilé entre le loyer des bâtiments d'habitation, le loyer des terres nues et des bâtiments d'exploitation et, le cas échéant, celui des terres portant culture pérenne. Tous ces loyers doivent en outre s'inscrire dans les limites maxima et minima définies par arrêté préfectoral.

⁴⁵⁰ Cass. 3^{ème} civ. 2 octobre 1984.

le loyer variera en fonction du chiffre d'affaires du locataire notamment (clause recettes que nous développerons ultérieurement), ou qu'il sera fixé par périodes (loyer « à paliers »), ou avec des allègements (franchises).

242. Le loyer est dit « à paliers » lorsque les parties conviennent d'une évolution progressive dès la conclusion du bail. Afin de pallier le risque d'indétermination de l'objet, qui est sanctionnée par la nullité du contrat⁴⁵¹, la clause doit prévoir non seulement les montants, mais aussi les dates auxquelles les évolutions de loyer devront se produire⁴⁵². La validité de cette clause a été admise par la Cour de cassation qui a jugé qu'elle ne faisait pas obstacle à la révision légale⁴⁵³.

243. Le mécanisme de la franchise est différent. Les parties fixent le montant du loyer et conviennent qu'il ne sera pas perçu pendant une durée déterminée entre elles. La franchise se distingue du loyer à paliers en ce qu'elle ne porte pas sur le montant du loyer. Elle constitue une modalité particulière de son paiement. L'intérêt de la distinction se révèle lors de la révision et du renouvellement du loyer.

Si une franchise est stipulée, elle ne modifie en rien le montant du loyer contractuel initial, qui sera donc pris comme loyer de référence. Dans le cas du loyer à paliers en revanche, la détermination du loyer de référence pose difficulté. Faut-il retenir le loyer initial, celui en cours au moment de la demande de révision, ou la moyenne des loyers applicables depuis la prise d'effet du bail ? À notre connaissance, ce point n'a pas encore été tranché par la jurisprudence.

⁴⁵¹ Article 1163 du Code civil : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ».

⁴⁵² Exemple de rédaction : « Le loyer initial comprend quatre paliers successifs d'un montant de X euros les 2 premières années, de Y euros la 3^{ème} année, de Z euros les 4^{ème}, 5^{ème} et 6^{ème} années et de ZZ euros les 3 dernières années. »

⁴⁵³ Cass. 3^{ème} civ. 14 mai 1980, 79-10511, Rev. Loyers 1980, p. 377, note Viatte.

b) Les accessoires du loyer

244. Le dépôt de garantie. – Le dépôt de garantie est versé par le locataire lors de la prise d'effet du bail pour garantir sa bonne exécution. Le dépôt de garantie est généralement indexé pour maintenir une corrélation entre les loyers dus par le locataire et leur garantie. Juridiquement, le dépôt de garantie s'analyse comme un gage au sens des articles 2333 et suivants du Code civil. Il est donc détenu par le bailleur pendant la durée du bail et restitué au locataire à la sortie, sous déduction des sommes dont le locataire pourrait être débiteur envers le bailleur. Le versement d'un dépôt de garantie peut être remplacé par la remise d'un cautionnement ou d'une garantie à première demande.

245. Le pas-de-porte. – Le pas-de-porte (ou droit d'entrée) est une somme versée par le locataire lors de son entrée dans les lieux⁴⁵⁴. À la différence du dépôt de garantie, cette somme est conservée définitivement par le bailleur, à titre soit de supplément de loyer versé d'avance⁴⁵⁵, soit d'indemnité compensatrice « *de la dépréciation du bien, grevé désormais d'un droit au renouvellement ou au paiement de l'indemnité d'éviction*⁴⁵⁶ ». Cette pratique, bien qu'elle ne soit pas systématique, demeure courante en centre-ville et dans les centres commerciaux. Le pas-de-porte constitue en effet un supplément financier intéressant pour le bailleur, d'autant qu'il peut être réclamé à chaque changement de locataire.

⁴⁵⁴ Son versement peut toutefois être échelonné dans le temps.

⁴⁵⁵ Le versement constitue alors un revenu imposable pour le bailleur assujéti à l'impôt sur le revenu et une charge déductible pour le locataire.

⁴⁵⁶ *Traité des baux commerciaux*, J-P Blatter, Le Moniteur 6^{ème} éd., 2017.

2°) *L'encadrement de l'évolution du loyer en cours de bail*

246. En l'absence d'accord entre les parties, deux mécanismes de révision du loyer sont autorisés par le législateur en cours de bail : la révision triennale classique (a) et la révision par application d'une clause d'échelle mobile (b).

a) Le principe de révision triennale

247. Principe de révision du loyer en cours de bail. - L'article L.145-37 du Code de commerce dispose que « *les loyers des baux d'immeuble ou de locaux régis par les dispositions du statut, renouvelés ou non, peuvent être révisés à la demande de l'une ou de l'autre des parties sous les réserves prévues aux articles L.145-38 et L.145-39 et dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». Ce principe est d'ordre public⁴⁵⁷ et la clause par laquelle les parties renoncent par avance à toute révision du loyer est privée d'efficacité⁴⁵⁸.

La révision du loyer n'est toutefois pas automatique. D'une part, la partie qui le souhaite doit en faire la demande par acte d'huissier ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception⁴⁵⁹ en indiquant, à peine de nullité, le montant du loyer demandé ou offert et cette demande ne peut être formée que trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé⁴⁶⁰. D'autre part, la demande de révision n'entraîne pas la modification du loyer⁴⁶¹. Elle constitue seulement une proposition faite au cocontractant. Si celui-ci la

⁴⁵⁷ L'article L.145-15 du Code de commerce dispose en effet que « *Sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec (...) aux dispositions des articles L.145-37 à L.145-41 (...)* ».

⁴⁵⁸ Cass. 3^{ème} civ. 20 mai 1963, Gaz. Pal. 1963, 2, jur., p.365.

⁴⁵⁹ Article R. 145-20 du Code de commerce.

⁴⁶⁰ L'article L.145-38 du Code de commerce prévoit également que « *de nouvelles demandes peuvent être formées tous les trois ans à compter du jour où le nouveau prix sera applicable* ».

⁴⁶¹ Sauf stipulation d'une clause d'échelle mobile.

refuse et que les parties ne s'entendent pas, il appartiendra à la plus diligente d'entre elles de saisir le juge qui fixera le montant du loyer révisé en application des règles légales ci-après.

248. Valeur locative et plafonnement. – Conformément à l'article L. 145-33 du Code de commerce : « *Le montant des loyers des baux renouvelés ou révisés doit correspondre à la valeur locative. À défaut d'accord, cette valeur est déterminée d'après les caractéristiques du local considéré, la destination des lieux, les obligations respectives des parties, les facteurs locaux de commercialité et les prix couramment pratiqués dans le voisinage* ». L'article L.145-38 du Code de commerce précise toutefois que : « *Par dérogation aux dispositions de l'article L. 145-33, et à moins que ne soit rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative, la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux (...) mentionné aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, intervenue depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer.* »

En outre, pour les baux conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} septembre 2014, dans le cas où cette preuve est rapportée, « *la variation du loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10% du loyer acquitté au cours de l'année précédente* »⁴⁶².

Cet article introduit un mécanisme de plafonnement. Si le loyer révisé doit en principe correspondre à la valeur locative, sa variation ne peut excéder celle de l'indice des loyers commerciaux (ILC). À titre d'exemple, pour un loyer de 100, si la valeur locative est de 120, mais que par application de l'indice, il serait de 110, le

⁴⁶² Disposition introduite par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014.

montant du loyer révisé sera plafonné à 110. Toutefois, dans l'hypothèse où la valeur locative varierait de plus de 10% en raison d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité, le prix du loyer révisé devrait alors correspondre à la valeur locative (120), sans toutefois pouvoir dépasser, pour une année, 10% du loyer acquitté l'année précédente. Il s'agit en quelque sorte d'une exception à l'exception⁴⁶³.

À l'origine, ce mécanisme à double détente avait été mis en place par le législateur dans l'intérêt des locataires, pour éviter une trop forte inflation des loyers commerciaux. Son application ne souleva pas de difficulté particulière jusqu'à la crise immobilière de 1993 et la chute des valeurs locatives. Se prévalant de l'article L. 145-33 du Code de commerce, certains locataires réclamaient en effet une diminution de leur loyer à la valeur locative. Les bailleurs opposaient quant à eux l'article L. 145-38 du Code de commerce selon lequel le recours à la valeur locative n'était envisageable qu'en cas de modification matérielle des facteurs locaux de commercialité. En-dehors de cette hypothèse, le loyer révisé devait suivre la variation, à la hausse ou à la baisse, de l'indice applicable.

Dans l'arrêt « *Privilèges* » en date du 24 janvier 1996⁴⁶⁴, la Cour de cassation trancha le débat dans un sens favorable aux locataires en décidant que « *le prix du bail révisé (...) ne peut en aucun cas excéder la valeur locative* ». Cette décision conduisait à réviser le loyer à la baisse chaque fois que la valeur locative était inférieure au loyer en cours, quand bien même l'application de l'indice aurait donné lieu à un loyer plus élevé. Très fortement controversée et critiquée à la fois sur le plan juridique⁴⁶⁵ et sur

⁴⁶³ Le mécanisme de plafonnement est également abandonné si le locataire a bénéficié d'une mesure de déspecialisation partielle ou totale (articles L. 145-47 et L. 145-50 C. com.) ou s'il a sous-loué le local objet du bail et que le prix de la sous-location est supérieur au loyer stipulé dans le bail. La différence profite alors logiquement au bailleur (article L. 145-31 C. com.).

⁴⁶⁴ C. cass. 3^{ème} civ. 30 mai 2011, n° 882, « *Sté Ficoma c/ Sté Multichaus* ».

⁴⁶⁵ L'interprétation de la Cour de cassation revenait à faire fi du dispositif légal prévu à l'article L. 145-38 du Code de commerce.

le plan économique⁴⁶⁶, cette décision fut abandonnée par la Cour de cassation après l'adoption de la loi Murcef⁴⁶⁷ le 11 décembre 2001. Par trois arrêts rendus le 27 février 2002⁴⁶⁸, la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation confirma le caractère dérogatoire de l'article L. 145-38 du Code de commerce.

Désormais la règle est claire : en l'absence de modification des facteurs locaux de commercialité, la révision du loyer doit suivre la variation indiciaire, ce qui est la stricte application de l'article L. 145-38 du Code de commerce. Le plafonnement joue donc de la même façon à la hausse comme à la baisse⁴⁶⁹. En cas de hausse de la valeur locative et des indices, l'augmentation du loyer révisé sera plafonnée à la variation de l'indice⁴⁷⁰. En cas de baisse de la valeur locative et des indices, la diminution du loyer sera limitée également à la variation de l'indice⁴⁷¹. La valeur locative demeure une valeur de référence uniquement en cas de modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné une variation de plus de 10% de la valeur locative, ou lorsqu'elle se situe entre le loyer en cours et le plafond résultant de la variation, à la hausse ou à la baisse, de l'indice⁴⁷².

⁴⁶⁶ La révision du loyer entraînait une réduction par rapport au loyer en cours.

⁴⁶⁷ La loi dite MURCEF, n° 2001-1168 du 11 décembre 2000, introduisit au début de l'article L.145-38 du Code de commerce les termes « *Par dérogation à l'article L. 145-33 du Code de commerce* ».

⁴⁶⁸ Cass. 3^{ème} civ. 27 février 2002, « *Sté Générale c/ Mlle de Puyraimond* », Juris-Data n° 2002-013243 ; Cass. 3^{ème} civ. 27 février 2002, « *Riccobono c/ Mme Derdérian* », Juris-Data n° 2002-013242 et Cass. 3^{ème} civ. 27 février 2002, « *SCI Franklin c/ EURL Hôtel Amiral* ».

⁴⁶⁹ Il s'agit alors d'un plancher.

⁴⁷⁰ Le montant du loyer révisé correspondra donc soit à la valeur locative si elle est inférieure à la variation indiciaire, soit au loyer indexé s'il est inférieur à la valeur locative.

⁴⁷¹ Le montant du loyer révisé correspondra donc soit à la valeur locative si sa variation est moins forte que celle de l'indice, soit au loyer indexé si sa variation est moins forte que celle de la valeur locative.

⁴⁷² Cass. 3^{ème} civ. 6 février 2008, n° 06-21.983.

b) La dérogation légale en présence d'une clause d'indexation

249. Définition de la clause d'indexation. - La clause d'indexation (ou clause d'échelle mobile) est une clause d'indexation qui permet de réviser le loyer de façon automatique, en fonction d'un indice économique ou monétaire choisi par les parties. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nancy le 6 mars 2000⁴⁷³ en a donné une définition claire et complète : « *la clause d'échelle mobile est une stipulation par laquelle les parties s'accordent sur l'indexation du loyer, permettant une révision automatique en cours de bail selon une périodicité convenue. La clause s'applique de plein droit, sans formalité, à condition que soient prévus un indice et une périodicité et que les termes employés ne fassent aucun doute sur le caractère automatique de la révision* ». Les composantes d'une clause d'indexation sont au nombre de trois : un indice, une périodicité et un effet automatique.

L'intérêt pratique de la clause d'échelle mobile est indéniable. À la différence du mécanisme de révision légale, la clause d'échelle mobile permet une variation automatique du loyer aux dates d'échéances fixées conventionnellement, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure particulière ou à un accord entre les parties.

Les conditions de validité d'une clause d'indexation sont fixées par les articles L.122-1 et suivants du Code monétaire et financier et par l'article L. 145-39 du Code de commerce, articles d'ordre public.

250. Validité des clauses d'indexation au regard du Code monétaire et financier. – En premier lieu, la clause d'indexation doit être dotée d'un caractère automatique. Cette automaticité est de l'essence même de la clause d'indexation,

⁴⁷³ CA Nancy 6 mars 2000, n°96/01217, « *Michel-Bernard c/ Durand* », JurisData n° 2000-143521.

ainsi que cela résulte notamment de l'article L.112-1, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier⁴⁷⁴. Il en résulte que, sous réserve de la prescription quinquennale, le défaut d'application de la clause n'entraîne pas renonciation du bailleur à l'indexation du loyer et ne saurait empêcher le recours du preneur en réduction du loyer en période de baisse de l'indice.

En deuxième lieu, les parties doivent choisir un indice de référence autorisé par le Code monétaire et financier. Sont en effet notamment interdites par l'article L.112-2 du Code monétaire et financier, les indexations fondées « *sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties* ». En matière commerciale, l'indice de référence est l'indice trimestriel des loyers commerciaux (ILC) publié par l'INSEE⁴⁷⁵. En cas de disparition de l'indice en cours d'exécution du bail, l'article R.145-22 du Code de commerce prévoit que « *la révision ne peut être demandée et poursuivie que dans les conditions de l'article L.145-38 du Code de commerce* ». Pourtant, la réforme du droit des contrats, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, a introduit dans le Code civil un nouvel article 1167 qui dispose que « *lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus* ». Cette disposition, qui permettrait de substituer un nouvel indice et de continuer à bénéficier du mécanisme de révision conventionnel ne devrait toutefois pas trouver application en raison de l'adage « *lex specialia generalibus derogant* ». Pour ne pas perdre le bénéfice de la révision conventionnelle, les parties ont donc tout intérêt à prévoir expressément dans le bail la substitution par

⁴⁷⁴ L'article L.112-1, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier dispose : « *Sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article L. 112-2 et des articles L. 112-3, L. 112-3-1 et L. 112-4, l'indexation automatique des prix de biens ou de services est interdite* ».

⁴⁷⁵ Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, dite Pinel, l'indice INSEE du coût de la construction n'est plus visé dans le statut des baux commerciaux. Les parties à un bail commercial ont désormais le choix entre l'ILC (Indice des Loyers Commerciaux) et l'ILAT (Indice trimestriel des Loyers des Activités Tertiaires). Ces deux indices ont été créés à la demande de la pratique et suite à la forte croissance de l'ICC. L'ILC s'applique uniquement aux activités commerciales et artisanales, tandis que l'ILAT est réservé aux autres activités.

un indice de remplacement ou par un indice similaire déterminé, ou au besoin reconstitué, par un expert mandataire commun.

La troisième condition de validité de la clause d'indexation au regard du Code monétaire et financier concerne la période de variation de l'indice. L'article L.112-1, alinéa 2 du Code monétaire et financier répute « *non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision* ». Cette disposition signifie que la période de variation de l'indice ne peut être supérieure à la période de temps écoulé entre deux révisions. Ainsi, si le bail prévoit une révision annuelle, la période de variation de l'indice ne peut être supérieure à un an. En pratique, la variation de l'indice se mesure en comparant un indice de référence (ou indice de base) et un indice de comparaison. Lors de la première indexation, l'indice généralement retenu est le dernier connu à la date de signature du bail et l'indice de comparaison est, dans l'hypothèse d'une révision annuelle, celui du même trimestre de l'année suivante. Pour les années ultérieures, l'indexation du loyer annuel est calculée en appliquant au loyer de l'année écoulée la variation obtenue en prenant pour indice de référence l'indice de comparaison ayant servi à l'indexation précédente de loyer et pour indice de comparaison l'indice du même trimestre civil que celui de l'indice de référence applicable l'année suivante⁴⁷⁶.

Cette condition a donné lieu à un contentieux abondant en raison de la pratique de certains bailleurs qui utilisaient un indice de référence fixe (le plus souvent l'indice de référence connu à la date de signature du bail). Pourtant, ainsi que l'a parfaitement démontré Maître Emmanuelle Chavance au moyen d'illustrations particulièrement

⁴⁷⁶ Exemple chiffré : pour un bail signé le 1^{er} janvier 2011, moyennant un loyer annuel de 100.000 euros ; au 1^{er} janvier 2011, le dernier indice connu était celui du 3^{ème} trimestre 2010. Par conséquent :
Au 1^{er} janvier 2012, l'indexation du loyer sera calculée comme suit : $100.000 \times 105,31 \text{ (3T 2011)} / 102,36 \text{ (3T 2010)} = 102.881,98$ euros
Au 1^{er} janvier 2013, l'indexation du loyer sera calculée comme suit : $102.881,98 \times 108,17 \text{ (3T 2012)} / 105,31 \text{ (3T 2011)} = 105.676,03$ euros.

éclairantes⁴⁷⁷, qu'il soit fondé sur l'indice de référence connu à la date de signature du bail, ou sur celui du même trimestre de l'année précédente, le calcul de l'indexation aboutit en principe au même résultat arithmétique. Sous réserve toutefois que le loyer ne soit pas modifié en cours de bail ou lors de son renouvellement, par une révision judiciaire du loyer ou d'un commun accord par les parties⁴⁷⁸.

Sans revenir en détails sur la controverse doctrinale et jurisprudentielle qui anime le débat depuis 2010⁴⁷⁹, il est utile d'indiquer que, par un arrêt en date du 11 décembre

⁴⁷⁷ « Le nouveau régime des clauses d'indexation », Loyers et copropriété n°2, Février 2014, étude 2, n°38s

« Exemple :

En présence d'un bail prenant effet le 1er avril 2010, l'indice de base constant serait celui du 3e trimestre 2009 et serait conservé pour chaque indexation.

Ainsi, en présence d'un loyer de 10 000 €, et d'un indice multiplicateur correspondant à celui du 3e trimestre 2010 lors de la première indexation, puis à celui du 3e trimestre précédent chaque indexation annuelle, l'indexation serait calculée comme suit :

1er avril 2011 : $10\,000 \times 1520 (3T2010) / 1502 (3T2009) = 10\,119,84 \text{ €}$

1er avril 2012 : $10\,000 \times 1624 (3T2011) / 1502 (3T2009) = 10\,812,25 \text{ €}$

Les indexations suivantes sont calculées de la même manière.

De fait, il y a, lors de la deuxième indexation une période de variation du loyer d'une année et une période de variation de l'indice de deux années (3T2009/3T2011). Lors de la troisième indexation, à intervenir le 1er avril 2013, il y a eu une période de variation du loyer d'une année et une période de variation de l'indice de trois années (3T2009/3T2012), et ainsi de suite.

Résultat arithmétique identique. - *Le calcul de l'indexation fondé sur des indices diviseurs respectant le formalisme légal aboutit cependant, en principe, au même résultat mathématique.*

Exemple :

Pour un bail prenant effet le 1er avril 2010, le calcul de l'indexation conforme aux dispositions de l'article L.112-1 alinéa 2 du Code de commerce sera le suivant :

1er avril 2011 : $10\,000 \times 1520 (3T2010) / 1502 (3T2009) = 10\,119,84 \text{ €}$

1er avril 2012 : $10\,119,84 \times 1624 (3T2011) / 1520 (3T2010) = 10\,812,25 \text{ €}$

Le résultat est identique à celui fondé sur un indice de base constant :

1er avril 2011 : $10\,000 \times 1520 (3T2010) / 1502 (3T2009) = 10\,119,84 \text{ €}$

1er avril 2012 : $10\,000 \times 1624 (3T2011) / 1502 (3T2009) = 10\,812,25 \text{ €}$ ».

⁴⁷⁸ **Exemple donné par Maître Emmanuelle CHAVANCE :**

« Un bail commercial est conclu initialement au 1er juin 1987 moyennant un loyer de 27 440,82 € indexé annuellement sur la base d'un indice de base constat du 4e trimestre 1986.

Un premier renouvellement est conclu neuf ans plus tard moyennant un loyer plafonné aux indices.

Lors du renouvellement suivant en 2008, le preneur demande et obtient une baisse de loyer qui est fixé à 40 755 € à compter du 1er juin 2008 alors que le plafonnement s'établissait à 45 654,72 €.

Dans la mesure où la rédaction de la clause d'indexation implique de toujours calculer l'indexation à partir de l'indice du 4e trimestre 1986 correspondant à l'indice applicable lors de la signature du bail d'origine, le loyer indexé au 1er juin 2009, c'est-à-dire un an après le renouvellement du bail au 1er juin 2008, s'établirait comme suit :

Loyer d'origine \times indice du 4e trimestre 2008 / indice du 4e trimestre 1986 : $(27\,440,82 \text{ €} \times 1523) / 881 = 47\,437,42 \text{ €}$

Le calcul de l'indexation conformément au Code monétaire et financier qui implique donc d'appliquer une variation des indices sur une année au dernier loyer aboutirait à un loyer de :

Loyer au 1er juin 2008 \times indice du 4e trimestre 2008 / indice du 4e trimestre 2007 : $40\,755 \text{ €} \times 1523 / 1474 = 42\,109 \text{ €}$

La différence annuelle pour la première année serait donc de 5 328 €.

Pour la seconde année, elle se calculerait de la manière suivante :

Loyer indexé au 1er juin 2010 avec application stricte : $(27\,440,82 \text{ €} \times 1507) / 881 = 46\,939,06 \text{ €}$

Loyer indexé au 1er juin 2010 conformément au Code monétaire et financier : $42\,109,06 \text{ €} \times 1507 / 1523 = 41\,666,67 \text{ €}$

Soit une différence annuelle de 5 272,39 €.».

Ainsi, sur la durée du bail à renouveler la différence serait au minimum de 45 000 €, soit plus d'un an de loyer.

⁴⁷⁹ Dans un premier temps, le Tribunal de Grande Instance de Paris a, par deux jugements rendus les 5 janvier et 27 mai 2010, considéré que le fait de retenir un indice de référence fixe provoquait inévitablement une distorsion entre la période de variation de l'indice d'une part et le temps écoulé entre deux révisions d'un an d'autre part, et ce, dès la deuxième échéance, puis de deux ans à la troisième échéance et ainsi de suite. En 2012, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée en sens contraire

2013, la Cour de cassation a décidé qu'une clause contractuelle d'indexation se référant à un indice de base fixe était valable, dès lors que « *l'application de l'indice de référence fixe n'avait pas conduit lors des indexations successives à une distorsion entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux révisions* »⁴⁸⁰. La décision de la Cour de cassation est empreinte de pragmatisme. Le choix de l'indice de référence constant ne constitue pas, en soi, une violation de l'article L.112-1, alinéa 2 du Code monétaire et financier, tant que son application n'entraîne pas une période de variation indiciaire plus longue que la durée s'écoulant entre deux révisions. Ce faisant, la Cour fait prévaloir l'esprit du texte sur la lettre.

Une telle décision n'est, à notre sens, toutefois pas de nature à rassurer pleinement les bailleurs dans la mesure où il est toujours possible, en cours de bail, ou lors de son renouvellement, que le montant du loyer évolue indépendamment de l'application de l'indice (en cas de blocage des loyers, de révision judiciaire ou d'accord amiable sur une modification du montant du loyer). L'hypothèse qu'en cours de bail, l'application de l'indice de base fixe conduise, de fait, à une distorsion illicite, est loin d'être purement théorique, en particulier en période de crise. Or, l'article L.112-1, alinéa 2 du Code monétaire et financier étant d'ordre public, il nous semble peu probable que la Cour de cassation aille au-delà de sa position actuelle en validant de manière générale les clauses d'indexation faisant référence à un indice de base fixe. Dans un arrêt en date du 25 février 2016, publié au bulletin, la Cour de cassation a d'ailleurs réitéré sa position de 2013 en décidant que « *s'il n'interdit pas la prise en compte d'un indice de base fixe, l'article L.112-1 du Code monétaire et financier prohibe cependant toute organisation contractuelle d'une distorsion entre la période de variation de l'indice et la durée s'écoulant entre deux révisions* ». Dès lors, la prudence recommande aux rédacteurs de baux commerciaux d'éviter cette référence

en rappelant que l'article L.112-1 du Code monétaire et financier « *n'interdit pas la prise en considération d'un indice de base fixe mais prohibe l'organisation contractuelle d'une distorsion entre la période de variation de l'indice et la durée s'écoulant entre deux révisions quand la première est supérieure à la seconde* » (CA Paris, 12 septembre 2012, Loyers et copropriété 2013, com. 183).

⁴⁸⁰ Cass. 3^{ème} civ. 11 décembre 2013, « *Western Corporation c/ Icade* », Loyers et copropriété n°12, com. 42, E. Chavance.

et de préciser, dans le bail, que l'indexation du loyer sera calculée en retenant pour indice de comparaison l'indice de référence du même trimestre de l'année précédente et non l'indice de base connu à la date de signature du bail. En effet, en cas de distorsion avérée liée à la mise en œuvre des mécanismes d'indexation, l'intégralité de la clause d'indexation pourrait être judiciairement réputée non écrite sur le fondement de l'article L.112-1 du Code monétaire et financier. Dans cette hypothèse, le bailleur pourrait être non seulement privé des indexations futures jusqu'au terme du bail, mais également obligé de rembourser au preneur les trop perçus des indexations indûment perçues pour les cinq dernières années⁴⁸¹.

251. Appréciation des clauses d'indexation au regard du Code de commerce. – Soucieux d'éviter une trop forte inflation des loyers commerciaux, le législateur a prévu un mécanisme impératif de plafonnement applicable en présence d'une clause d'indexation. L'article L.145-39 du Code de commerce prévoit en effet que *« par dérogation à l'article L. 145-38, si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire »*. Et pour les baux conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} septembre 2014, *« la variation du loyer qui découle de cette révision ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10% du loyer acquitté au cours de l'année précédente »*. Cette disposition permet donc à chaque partie qui constaterait une variation du loyer de plus d'un quart, à la hausse ou à la baisse, d'en réclamer la révision pour que le loyer soit ramené à la valeur locative. Mais à la différence de la révision légale de l'article L.145-38, il n'est prévu aucun délai. La demande de révision fondée sur l'article L.145-39 peut donc théoriquement intervenir dès la première année de prise d'effet du bail.

⁴⁸¹ L'article 2224 du Code civil dispose en effet que *« les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »*

c) L'encadrement des aménagements contractuels de la clause d'indexation

252. Au cours de la dernière décennie, sous l'impulsion des bailleurs institutionnels, la pratique a vu se développer trois variantes de la clause d'indexation : la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse, la clause d'indexation plancher et la clause d'indexation dite « tunnel ». L'objectif poursuivi par ces clauses est à chaque fois d'échapper à la rigidité des règles statutaires qui encadrent et plafonnent les variations de loyer, afin de limiter les baisses tout en optimisant les évolutions à la hausse. Les trois typologies de clauses correspondent à un mécanisme différent que nous allons analyser au regard à la fois du Code monétaire et financier et du Code de commerce.

253. Analyse des clauses d'indexation ne jouant qu'à la hausse. – Certains baux conclus dans des centres commerciaux prévoient que la clause d'indexation ne peut jouer qu'à la hausse, c'est-à-dire qu'en cas de diminution de l'indice, aucune révision n'est possible. Le loyer reste inchangé.

Ce type de clause pose tout d'abord une difficulté au regard de l'article L.145-39 du Code de commerce, car si la variation de l'indice est de plus de 25%, la révision est en principe automatique, que ce soit à la hausse ou à la baisse⁴⁸². Ce type de clause condamne donc le locataire à subir uniquement des hausses de loyer sans espérer obtenir un rééquilibrage en période de baisse de l'indice. Supprimant toute réciprocité, la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse devrait donc être annulée sur le fondement de l'article L.145-39 du Code de commerce.

⁴⁸² Article L.145-39 « si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ».

Pourtant, depuis 2010, la Cour d'appel de Douai, ainsi que celles de Paris et d'Aix-en-Provence⁴⁸³, avaient validé ces clauses. Aux dires des magistrats de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, « aucune disposition légale ou contractuelle n'interdit la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse, une telle disposition n'enfreignant ni l'article L.145-39 du Code de commerce permettant la révision du loyer en cas d'augmentation de plus d'un quart et n'exerçant en elle-même aucune incidence sur la période de variation de l'indice ».

Certes, la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse n'enfreint pas directement les dispositions de l'article L.145-39 du Code de commerce dans la mesure où elle n'empêche pas le locataire de réclamer une révision du loyer si l'augmentation venait à dépasser le seuil légal – l'hypothèse de la variation à la baisse étant par définition écartée. Il n'en demeure pas moins que l'éviction du principe de réciprocité constitue, en soi, une violation de l'article L.145-39 du Code de commerce⁴⁸⁴.

En outre, une telle décision est également critiquable au regard des dispositions du Code monétaire et financier. D'une part parce que le mécanisme de l'indexation est, par essence, automatique et réciproque. D'autre part, parce que le fait de bloquer le mécanisme d'indexation à la hausse engendre un effet de rattrapage du loyer et occasionne une distorsion illicite entre la période de variation de l'indice et la durée écoulée entre deux révisions⁴⁸⁵. D'ailleurs, dans un arrêt récent en date du 12 juin

⁴⁸³ CA Douai, 21 janvier 2010, Loyers et copropriété 2010, com.107, obs. Ph.H. BRAULT ; CA Paris, 3 avril 2013 et CA Aix-en-Provence, 15 mars 2013, n°2013/150, « *Hermès International c/ EK Boutiques* » ; JurisData n°2013-007085.

⁴⁸⁴ Dans un arrêt déjà ancien, la Cour d'appel de Pau avait décidé que « *le propre de la clause d'échelle mobile, que les parties ont la faculté d'insérer dans un bail, est de faire varier automatiquement le loyer en fonction d'une valeur de référence et de jouer en faveur du bailleur aussi bien qu'en faveur du preneur toutes les fois qu'il peut être constaté une variation de cette valeur dans un sens ou dans un autre* » (CA Pau, 10 juillet 1958, Gaz Pal 1958, 2, p.107).

⁴⁸⁵ Dans la note précitée publiée à la revue Loyers et copropriété, Maître Emmanuelle CHAVANCE illustre à nouveau parfaitement ce mécanisme mathématique de rattrapage :

« **Exemple :**

En présence d'un bail consenti moyennant un loyer de 100 000 € pour la première année correspondant à un indice 100, il serait pour les années suivantes de :

- 105 000 € avec un indice de 105 : $(100\ 000\ € \times 105) / 100$;
- 105 000 € avec un indice de 102 (maintien du loyer en cas de baisse de l'indice) ;
- 113 235 € avec un indice de 110 : $(105\ 000\ € \times 110) / 102$.

Alors qu'en présence d'une clause d'indexation qui jouerait à la hausse comme à la baisse, les résultats seraient de :

2013, la Cour d'appel de Paris a adopté une position divergente en réputant non écrite une clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse au motif que : « *La clause d'échelle mobile litigieuse est rédigée de façon telle qu'elle organise nécessairement la distorsion prohibée, la modification automatique du loyer étant annoncée au « premier jour de chaque période annuelle » mais en fonction de la seule « variation à la hausse » de l'indice réputé licite choisi, susceptible de varier à la hausse comme à la baisse et donc pour une période de variation de l'indice qui peut être supérieure à la durée entre chaque révision « annuelle ». Par la prise en considération de la seule variation de l'indice à la hausse, cette clause implique, en cas de baisse de l'indice, le maintien du loyer lors de la modification annuelle antérieure par l'application, de fait, de l'indice de l'année précédente qui n'est plus le dernier indice à la date anniversaire du bail. Elle sera réputée non écrite par application de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier.*⁴⁸⁶ »

Depuis le 14 janvier 2016, la Cour de cassation s'est prononcée et a condamné le mécanisme de la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse par un attendu limpide : « *est nulle une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse ; ayant relevé, par motifs adoptés, que la clause excluait, en cas de baisse de l'indice, l'ajustement du loyer prévu pour chaque période annuelle en fonction de la variation de l'indice publié dans le même temps, la cour d'appel, qui a exactement retenu que le propre d'une clause d'échelle mobile était de faire varier à la hausse et à la baisse et que la clause figurant au bail, écartant toute réciprocité de variation, faussait le jeu normal de l'indexation, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* »⁴⁸⁷.

- 105 000 € avec un indice de 105 : $(100\ 000\ € \times 105) / 100$;
- 102 000 € avec un indice de 102 : $(105\ 000\ € \times 102) / 105$;
- 110 000 € avec un indice de 110 : $(102\ 000\ € \times 110) / 102$. »

⁴⁸⁶ CA Paris, 12 juin 2013, n° 11/12178, « M. Tyminski, exerçant sous l'enseigne 3V Services c/ Ch. Jomard » ; *JurisData* n° 2013-013535.

⁴⁸⁷ Cass. 3^{ème} civ. 14 janvier 2016, n° 14-24681, JCPÉ 2016, 1132, note B. Brignon ; Loyers et copr. 2016, comm. 66, obs. Ph-H. Brault ; Dalloz Actualité 20 janv. 2016, obs. Y. Rouquet.

La clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse est donc désormais proscrite.

254. Analyse des clauses d'indexation dites « plancher ». - La clause d'indexation est dite « plancher » lorsque le bail stipule que, quel que soit le sens de la variation de l'indice, celui-ci ne pourra avoir pour effet de fixer le loyer à un montant inférieur à un seuil contractuel (correspondant généralement au montant du loyer initial). Le mécanisme diffère de celui de l'indexation jouant uniquement à la hausse dans la mesure où le loyer peut varier à la hausse ou à la baisse de façon automatique et réciproque. En apparence, il pourrait sembler conforme aux dispositions des articles L.145-39 du Code de commerce et L.112-1 et suivants du Code monétaire et financier.

Toutefois, l'introduction d'un seuil minimum contractuel enfreint l'article L.145-39 du Code de commerce en ce qu'elle expose le locataire à une hausse pleine du loyer, dans la limite du seuil légal, tout en le privant d'une révision complète du loyer à la baisse lorsque l'application de l'indice aboutit à une réduction du loyer comprise entre le seuil contractuel et le seuil légal⁴⁸⁸. De ce point de vue, la réciprocité n'est pas acquise, et ce, au détriment du preneur. Mais l'inverse pourrait également se vérifier.

De même, au regard de l'article L.112-1, alinéa 2 du Code monétaire et financier, outre la critique liée au défaut de réciprocité, l'introduction d'un seuil minimum contractuel est, pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus au titre de l'indexation ne jouant qu'à la hausse, de nature à engendrer un rattrapage du loyer au profit du bailleur, créant une distorsion illicite entre la période de variation de l'indice et la période de temps écoulé entre deux révisions.

⁴⁸⁸ « La prévision d'un plancher en cas de variation à la baisse introduit en effet un déséquilibre entre les parties, dès lors que le bailleur pourra bénéficier de tous les effets d'une hausse de l'indice, alors que le locataire, quelle soit l'importance de la baisse, n'en profitera que dans la limite constituée par le loyer d'origine. » M-L. SAINTURAT, *Administrer* 2013, som. p.42, note sous TGI Paris, 4 juillet 2013, « *Aff. SAS Regus Paris c/SARL 68 Faubg* ».

À ce jour, la Cour de cassation n'a pas encore tranché cette question et les juridictions du fond n'ont pas non plus de position homogène. Dans un jugement rendu le 4 juillet 2013, le Tribunal de Grande Instance de Paris s'est en effet prononcé en défaveur de ce type de clause sur le double fondement de l'article L.145-39 du Code de commerce et des articles L.112-1 et L.112-2 du Code monétaire et financier, rappelant que ces textes « *édictees dans le cadre d'un ancien et vaste débat sur le monétarisme et le rôle de l'Etat en matière monétaire, relèvent de l'ordre public économique et ne sont pas susceptibles d'aménagement conventionnel* ». En revanche, dans un arrêt en date du 20 janvier 2016, la Cour d'appel de Paris a admis que « *la limitation dans la clause d'indexation initiale de la variation du loyer, en cas d'indice baissier, à un montant de loyer ne pouvant être inférieur au loyer prévu au bail initial n'interdit pas la variation du loyer à la baisse mais la limite au loyer initialement convenu ; elle ne constitue pas davantage la distorsion prohibée dès lors que précisément, l'indice de référence fixe dont il a été dit que son application ne créait pas en soi de distorsion entre la période de révision et la période de variation de l'indice, est l'indice applicable lors de la signature du bail*⁴⁸⁹», tout en déclarant la clause d'indexation non écrite pour un autre motif.

Il n'est toutefois pas certain à ce jour que la Cour d'appel de Paris maintienne cette position suite à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 janvier 2016. En effet, l'instauration d'un plancher au niveau du loyer est susceptible d'entraîner la distorsion prohibée par le Code monétaire et financier, en particulier en cas de baisse de l'indice la première année d'indexation. La clause d'indexation plancher ne nous semble donc guère plus valable.

255. Analyse des clauses d'indexation dites « tunnel ». - Lorsque les parties ont fixé contractuellement un seuil différent du seuil légal de 25%, la clause

⁴⁸⁹ Cour d'appel de Paris, 20 janvier 2016 « *Regus c/SARL 6 Faubourg* ».

est dite « tunnel » car la révision du loyer est limitée (capée) à la hausse par un plafond et à la baisse par un plancher.

La jurisprudence ne s'est à ce jour pas prononcée sur la validité de ce type de clause à notre connaissance. À la différence de la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse et de la clause d'indexation dite « plancher », dont la baisse uniquement est plafonnée, la clause dite « tunnel » est automatique et pleinement réciproque. Certes, il pourrait être soutenu que le fait de choisir un seuil contractuel différent du seuil légal de 25% contrevient à l'article L.145-39 du Code de commerce. Il pourrait également être argué que le fait de bloquer par un seuil le jeu de l'indexation est susceptible d'occasionner un rattrapage du loyer illicite au regard de l'article L.122-1, alinéa 2 du Code monétaire et financier.

Cependant, le fait que le mécanisme soit pleinement réciproque et permette à chaque partie de bénéficier de manière équivalente de l'opportunité d'une augmentation ou d'une diminution du loyer devrait inciter à considérer ce type de clause comme valide. D'autant plus que, par le jeu de cette clause, les parties ne font que limiter la variation du loyer et agissent ainsi conformément au vœu du législateur qui est d'éviter une inflation trop forte des loyers.

256. Conclusion. - En l'état actuel, compte tenu de la récente prise de position de la Cour de cassation, la prudence s'impose en matière de clauses d'indexation et doit conduire les rédacteurs de baux de centres commerciaux à éviter toute clause d'indexation qui ne serait pas strictement conforme au Code de commerce et au Code monétaire et financier. Doivent désormais être évitées les clauses d'indexation uniquement à la hausse, de même que les clauses d'indexation plancher. L'incertitude demeure au sujet des clauses tunnels. En attendant une prise de position de la Cour de cassation, les bailleurs doivent avoir conscience des enjeux économiques importants attachés à la suppression de ces clauses. En effet, pour les baux conclus après la date d'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014 dit Pinel, la sanction prévue par le Code monétaire et financier et par le Code de commerce est désormais la même : la clause d'indexation est réputée non écrite.

La sanction est beaucoup plus grave que celle de la nullité pour les bailleurs, car l'action en retranchement est imprescriptible et aucune confirmation n'est possible, quand bien même le locataire se serait acquitté des loyers indexés pendant dix ans. Dans un arrêt du 20 janvier 2016⁴⁹⁰, la Cour d'appel de Paris a décidé qu'en application de l'article 2224 du Code civil, les restitutions seraient toutefois limitées aux cinq dernières années d'indexation illicite⁴⁹¹. En outre, la garantie continue de produire ses effets pour l'avenir puisque, la clause disparaissant du contrat, le bailleur ne peut plus obtenir de révision du loyer autrement que dans le cadre strictement légal de la révision triennale de l'article L.145-38.

Pour les baux conclus ou renouvelés avant l'entrée en vigueur de la loi Pinel, l'action en nullité se prescrit dans le délai de deux ans suivant la signature du bail. A moins que le locataire ne démontre que la clause d'indexation est une stipulation essentielle du contrat, auquel cas il pourrait obtenir qu'elle soit réputée non écrite sur le fondement du nouvel article 1170 du Code civil⁴⁹².

3°) L'encadrement de la fixation du loyer lors du renouvellement du bail

257. Principe de fixation à la valeur locative. - Comme en matière de révision, « *le montant des loyers des baux renouvelés doit correspondre à la valeur locative* »⁴⁹³, mais la modification du loyer n'est pas automatique. Le bailleur qui désire obtenir une augmentation du loyer doit en faire la demande dans le congé avec offre de renouvellement ou dans la réponse à la demande de renouvellement du bail

⁴⁹⁰ Cour d'appel de Paris, 20 janvier 2016, n°13/21626.

⁴⁹¹ L'article 2224 du Code civil dispose en effet que « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.* »

⁴⁹² Introduit par la réforme du droit des contrats entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, l'article 1170 du Code civil dispose que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.* »

⁴⁹³ Art. L.145-33 C.com.

formulée par le locataire. A défaut, le nouveau loyer n'est dû qu'à compter de la demande qui en serait faite ultérieurement⁴⁹⁴.

258. Plafonnement. - Le législateur a également prévu un mécanisme de plafonnement de l'évolution du loyer. La raison en est simple : dès lors que la révision du loyer en cours de bail est plafonnée, il existe un risque d'une remise à niveau à la fin du bail. À la demande des locataires, un décret a donc été adopté le 3 juillet 1972 pour instaurer un plafonnement du loyer du bail renouvelé.

En application de l'article L. 145-34 du Code de commerce, le taux de variation du loyer de renouvellement ne peut en principe excéder la variation - intervenue depuis la fixation initiale du loyer du bail expiré - de l'indice trimestriel des loyers commerciaux (ILC). Le mécanisme de plafonnement est applicable à condition que le bail expiré ait été conclu pour neuf ans maximum et que le nouveau bail soit également conclu pour neuf ans maximum.

En revanche, si le bail expiré ou le nouveau bail est conclu pour une durée supérieure à neuf ans, le loyer du bail renouvelé échappe à la règle du plafonnement et doit correspondre à la valeur locative. En effet, l'esprit du texte est d'octroyer une contrepartie financière plus importante au bailleur qui consentirait un bail d'une durée plus longue que la durée légale.

259. Exceptions au plafonnement. - Il existe trois exceptions légales au principe du plafonnement.

Premièrement, lorsque la valeur locative est inférieure à la valeur indiciaire, le loyer du bail renouvelé doit correspondre à la valeur locative, en application du principe général posé par l'article L. 145-33 du Code de commerce⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Art. L.145-11 C.com.

Deuxièmement, lorsque quatre des cinq éléments constitutifs de la valeur locative ont subi une modification notable au cours du bail expiré, le loyer du bail renouvelé doit également correspondre à la valeur locative. Ces quatre éléments sont ceux visés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 du Code de commerce, savoir : les caractéristiques du local considéré, la destination des lieux, les obligations respectives des parties et les facteurs locaux de commercialité. Il en va ainsi par exemple en cas d'augmentation de la surface louée en cours de bail. À moins d'avoir été prévue dès l'origine, cette modification de l'assiette du bail justifie que le loyer du bail renouvelé soit fixé à la valeur locative. Il appartient au bailleur de prouver le motif de déplafonnement⁴⁹⁶.

Troisièmement, le loyer du bail renouvelé est également fixé à la valeur locative chaque fois que le bail expiré, conclu pour neuf ans, se prolonge tacitement au-delà des douze ans à défaut de congé ou de demande de renouvellement formulée par le locataire. C'est alors la durée effective du bail qui fait échec à la règle du plafonnement.

Enfin, indépendamment de ces exceptions au principe du plafonnement, le législateur a prévu que les loyers de renouvellement de certains baux ou locaux seraient toujours fixés à la valeur locative⁴⁹⁷. Il s'agit des loyers des terrains, des locaux monovalents⁴⁹⁸ et des locaux à usage exclusif de bureaux.

⁴⁹⁵ C. cass. 3^{ème} civ., 13 janvier 2004, n° 02-19.110 : « Attendu qu'ayant constaté l'absence d'accord des parties sur le montant du loyer du bail renouvelé, la cour d'appel a exactement retenu qu'il n'était pas nécessaire qu'il existât une modification notable des éléments mentionnés aux articles 23-1 à 23-4 du décret du 30 septembre 1953 pour que soit applicable le principe exprimé par l'article 23 du même texte, devenu l'article L. 145-33 du Code de commerce, et que le loyer en renouvellement devait correspondre à la valeur locative des locaux objet du bail. »

⁴⁹⁶ C. cass. 3^{ème} civ., 1^{er} mars 2000, n° 98-18.787.

⁴⁹⁷ Article L. 145-36 du Code de commerce : « Les éléments permettant de déterminer le prix des baux des terrains, des locaux construits en vue d'une seule utilisation et des locaux à usage exclusif de bureaux sont fixés par décret en Conseil d'Etat. Le prix du bail des locaux construits ou aménagés en vue d'une utilisation comme établissement de spectacles cinématographiques au sens de l'article L. 212-2 du code du cinéma et de l'image animée est, par dérogation aux articles L. 145-33 et suivants du présent code, déterminé selon les seuls usages observés dans la branche d'activité considérée. »

⁴⁹⁸ Article R. 145-10 du Code de commerce : « Le prix du bail des locaux construits en vue d'une seule utilisation peut, par dérogation aux articles L. 145-33 et R. 145-3 et suivants, être déterminé selon les usages observés dans la branche d'activité considérée. » Il en va ainsi notamment des hôtels, des cliniques, théâtres, garage-hôtels et cinémas.

260. Plafonnement du déplafonnement. – Pour les baux renouvelés à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014, dite Pinel, le déplafonnement est limité. Il ne peut en effet être supérieur, pour une année, à 10% du loyer acquitté au cours de l'année précédente. Ce dispositif de limitation du déplafonnement a été introduit pour « *ne pas compromettre la viabilité des entreprises commerciales en faisant en sorte de ne pas les exposer à des hausses trop brutales dans les cas où les règles de plafonnement ne s'appliquent pas* »⁴⁹⁹.

261. Transition. - Si le loyer est fixé librement par les parties lors de la formation du contrat, son évolution en cours de bail ou à l'occasion de son renouvellement est strictement encadrée par les dispositions du Code de commerce. A cet égard, tant la loi Pinel du 18 juin 2014 que les décisions récentes de la Cour de cassation en matière d'indexation ont instauré des dispositifs anti-inflationnistes d'autant plus efficaces qu'ils sont impératifs. Du point de vue des centres commerciaux, la pratique de la clause-recettes que nous allons développer ci-après apparaît comme un des derniers bastions de résistance.

B - Dérogation conventionnelle spécifique dans les centres commerciaux : la clause-recettes

262. Définition de la clause-recettes. - La clause-recettes est un mécanisme conventionnel de fixation du loyer apparu dans les centres commerciaux à la fin des années 1960, la Cour de cassation ayant reconnu dès 1967⁵⁰⁰ que le prix d'un bail commercial pouvait être valablement déterminé en fonction du chiffre d'affaires du locataire. Cette technique a été baptisée clause-recettes par référence au chiffre

⁴⁹⁹ Rapport du député F. Verdier relatif au projet de loi Pinel.

⁵⁰⁰ Cass. 3^{ème} civ. 18 octobre 1967 « *Lortholary c/ Vve Bousquet* », Bull. civ. III n°331 : « *Le prix d'un bail commercial peut valablement être fixé en fonction du chiffre d'affaires du locataire* ».

d'affaires du locataire, qui est pris en compte pour fixer le montant du loyer. Plus la croissance économique du locataire est forte et plus le loyer est élevé. À l'inverse, si ce dernier connaît des difficultés, le loyer diminue en proportion.

La forme la plus courante de clause-recettes est celle du loyer binaire (ou *loyer variable additionnel*), composé d'une partie fixe constituant un loyer minimum garanti et d'une partie variable, assise sur le chiffre d'affaires du locataire. Les deux sommes sont dues par le locataire. À titre d'exemple, une clause de loyer variable additionnel peut être rédigée de la façon suivante : « *Le loyer comportera une double composante : l'une déterminée dite « loyer de base », l'autre variable dite « loyer variable ».* Loyer de base : le Preneur devra, en tout état de cause, régler au Bailleur un loyer établi sur une base annuelle de X euros. Loyer variable : le Preneur règlera en outre un loyer variable additionnel correspondant à la différence entre le loyer de base et un pourcentage fixé à X% du chiffre d'affaires réalisé par le preneur dans les lieux loués. »

L'autre méthode, dite également de loyer variable articulé, prévoit que le loyer est fixé en fonction d'un pourcentage du chiffre d'affaires du locataire, mais avec un minimum garanti. Dans cette seconde hypothèse, c'est uniquement la plus élevée des deux sommes qui est due, de sorte que si le chiffre d'affaires du locataire est nul, il doit malgré tout verser au bailleur le loyer minimum garanti.

Compte tenu de son impact direct sur le calcul du montant du loyer, la définition du chiffre d'affaires est un point de négociation crucial qui nécessite une rédaction rigoureuse. Les modalités de contrôle du chiffre d'affaires le sont également. On prévoit donc généralement une obligation pour le preneur de remettre au bailleur un état certifié sincère et véritable du chiffre d'affaires à la fin de chaque trimestre et une déclaration du chiffre d'affaires de l'année écoulée, certifiée par un expert-comptable indépendant ou un commissaire aux comptes à la clôture de l'exercice.

263. Enoncé du problème. – Ce n'est pas tant la fixation du loyer initial sous la forme d'une clause-recettes qui pose difficulté - cette fixation étant libre en

matière commerciale – que l'évolution d'un loyer ainsi convenu. Le décret de 1953 n'ayant pas envisagé ce mode de détermination du loyer, la question s'est posée de la licéité de ce type de clause. Rappelons que le statut des baux commerciaux a été conçu à l'origine notamment pour protéger le petit commerçant de centre-ville contre le risque d'inflation des loyers commerciaux. C'est la raison pour laquelle les règles de révision du loyer en cours de bail et à l'occasion de son renouvellement sont des règles d'ordre public⁵⁰¹.

Quoique la position de la Cour de cassation sur la licéité et l'autonomie de la clause-recettes semble désormais ancrée dans le droit positif (1°), on ne peut toutefois manquer de s'étonner du succès d'une telle exception prétorienne à un statut d'ordre public (2°).

1°) Licéité et autonomie de la clause-recettes

La reconnaissance de l'autonomie de la clause-recettes est le fruit d'un travail d'éviction des dispositifs légaux effectué par la Cour de cassation entre 1984 et 1993.

264. Eviction des règles statutaires de révision du loyer en cours de bail. –

Dans un premier temps, la Cour de cassation s'est prononcée contre l'assimilation de la clause-recettes à la clause d'échelle mobile, écartant en conséquence l'article L. 145-39 du Code de commerce qui autorise en principe la révision du loyer lorsque celui-ci varie de plus de vingt-cinq pour cent en application de la clause. Selon la Cour de cassation, « *les clauses d'échelle mobile sont celles qui stipulent accessoirement que le loyer de base convenu suivra les variations du prix d'une denrée, d'un service ou d'un indice. La clause qui institue des loyers alternatifs, déterminables année par année, ne constitue pas une clause d'échelle mobile permettant la révision du loyer dans les conditions prévues par*

⁵⁰¹ L'article L. 145-15 du Code de commerce répute « *non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec (...) aux dispositions des articles L. 145-37 à L. 145-41 du Code de commerce* », ces derniers articles réglementant les modalités de révision du loyer.

l'article 28 du Décret du 30 septembre 1953 (actuel L. 145-39 du Code de commerce)⁵⁰². » Ainsi que l'a démontré Michel Dagot⁵⁰³, la clause d'échelle mobile et la clause-recettes n'ont pas la même nature. La première est une clause financière : la clause d'échelle mobile est une clause d'indexation du loyer permettant d'en maintenir le niveau quelles que soient les fluctuations monétaires. La clause-recettes est au contraire une clause économique : le montant du loyer varie en fonction des résultats du locataire. C'est la raison pour laquelle la clause-recettes ne peut être assimilée à une clause d'échelle mobile. Cet arrêt a marqué le point de départ de la consécration de l'autonomie de la clause-recettes.

Dans un deuxième temps, la Cour de cassation a affranchi la clause-recettes du mécanisme légal de révision triennale. Par deux arrêts importants rendus le 2 octobre 1984, elle a d'abord sanctionné les juges du fond pour n'avoir pas recherché *« si le mode de détermination du loyer contractuellement prévu n'excluait pas l'application des articles 27 et 28 du Décret du 30 septembre 1953⁵⁰⁴ »*. Puis, la Cour de cassation a affirmé clairement que *« le prix d'un bail commercial peut être fixé librement lors de sa conclusion et que la stipulation d'un loyer calculé à partir d'un pourcentage du chiffre d'affaires du locataire, qui constitue un mode de détermination du loyer, n'entre pas dans les prévisions de l'article 35 du Décret du 30 septembre 1953 (actuel article L. 145-15 du Code de commerce)⁵⁰⁵ »*.

Par ces deux arrêts, la Cour de cassation énonce que la clause-recettes échappe à la révision légale sans que cette exception soit jugée contraire à l'article L. 145-15 du Code de commerce, qui réputait⁵⁰⁶ pourtant *« nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les*

⁵⁰² Cass. 3^{ème} civ. 5 janvier 1983, Bull civ. III, n°5 *« Sté Freneau & Fils / Locabail et Sicar »*.

⁵⁰³ *Loyer minimum renouvelé d'un bail avec clause-recettes*, à propos de l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans, 22 juin 1995, JCPN 96, p. 409.

⁵⁰⁴ Cass. 3^{ème} civ. 2 octobre 1984 *« Comepar c/ SCI Belles Feuilles St Didier »*.

⁵⁰⁵ Cass. 3^{ème} civ. 2 octobre 1984, Bull civ III n°155 *« Flost »*.

⁵⁰⁶ Depuis la loi du 18 juin 2014, dite Pinel, ces clauses ne sont plus nulles et de nul effet, mais réputées non écrites.

clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec au droit de renouvellement ou aux dispositions des articles (...) L. 145-37 à L.145-41 ». Le raisonnement de la Cour de cassation repose sur un principe : la clause-recettes constitue un mode de détermination du loyer et non un mécanisme de révision de celui-ci. C'est pourquoi elle bénéficierait du principe de liberté qui gouverne la fixation du loyer originel. Étant étrangère à la notion de révision et donc aux articles L. 145-38 et 39 du Code de commerce, elle ne tomberait pas sous le coup de la sanction de l'article L. 145-15 du Code de commerce. Envisagée comme un simple mode de détermination du loyer, la clause-recettes échapperait donc aux règles statutaires encadrant la révision du loyer pour n'être gouvernée que par la règle fixée par les parties et ce, pendant toute la durée du bail. Il va sans dire qu'une telle décision, bien que n'ayant pas fait l'unanimité en doctrine⁵⁰⁷, a été accueillie favorablement par les bailleurs, désormais assurés d'obtenir, en cas de succès du centre commercial, une évolution plus rapide et plus importante du loyer que ce qu'autorisait le statut des baux commerciaux.

265. Eviction des règles statutaires de fixation du loyer du bail renouvelé. -

Le revers de la liberté contractuelle ne tarda toutefois pas à se révéler en pratique lorsque, parachevant sa construction du régime juridique de la clause-recettes, la Cour de cassation décida dans le désormais célèbre arrêt dit « *Théâtre Saint Georges* », que « *la fixation du loyer renouvelé d'un tel bail échappe aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 et n'est régie que par la convention des parties* »⁵⁰⁸.

Rappelons qu'à la différence des dispositions relatives à la révision du loyer, celles concernant le loyer de renouvellement ne sont pas d'ordre public. Toutefois, à défaut de stipulation contraire, le loyer du bail renouvelé doit en principe correspondre à la valeur

⁵⁰⁷ « *La clause recettes ne constitue pas seulement un mode de détermination du loyer, elle est aussi et surtout un mode d'organisation de ses évolutions ultérieures* », Comm. Michel PEDAMON, RTD com 1986, p. 744s.

⁵⁰⁸ Cass. 3^{ème} civ. 10 mars 1993, Bull. civ. 93 III n°30, p. 19. Dans cet arrêt, les locaux concernés étaient des locaux monovalents, mais la solution a été confirmée ultérieurement pour des locaux polyvalents (Cass. 3^{ème} civ. 15 mars 2000, « *Sté Parimall Ulis 2 c/ Sté Redoute Catalogue* »).

locative⁵⁰⁹ et ne peut excéder la variation de l'indice des loyers commerciaux (ILC)⁵¹⁰. La règle du plafonnement est toutefois écartée en présence de baux d'une durée supérieure à neuf ans, ce qui est le cas de la grande majorité des baux en centre commercial.

En présence d'une clause-recettes binaire, c'est-à-dire comprenant une partie fixe constituant un minimum garanti et une partie variable, assise sur le chiffre d'affaires, la question s'est posée de savoir si, à l'occasion du renouvellement du bail, le bailleur pouvait néanmoins demander que le loyer minimum garanti s'établisse à la valeur locative, conformément aux dispositions statutaires. La question revêtait bien entendu un intérêt économique non négligeable pour les bailleurs. Il est en effet utile de préciser que la valeur locative d'un local situé dans un centre commercial, considéré par les juges comme une véritable « *unité de marché* », s'apprécie généralement en fonction des seules références de ce dernier⁵¹¹. En demandant que le loyer minimum garanti soit fixé à la valeur locative, les bailleurs espéraient ainsi pouvoir l'augmenter au niveau des prix pratiqués pour les nouveaux locataires du centre commercial et harmoniser ainsi à la hausse les loyers pratiqués.

⁵⁰⁹ Article L. 145-33 du Code de commerce : « *Le montant des loyers des baux renouvelés ou révisés doit correspondre à la valeur locative. (...)* ».

⁵¹⁰ Article L. 145-34 du Code de commerce : « *A moins d'une modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33, le taux de variation du loyer applicable lors de la prise d'effet du bail à renouveler, si sa durée n'est pas supérieure à neuf ans, ne peut excéder la variation, intervenue depuis la fixation initiale du loyer du bail expiré, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, publiés par l'Institut national de la statistique et des études économiques. A défaut de clause contractuelle fixant le trimestre de référence de cet indice, il y a lieu de prendre en compte la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires, calculée sur la période de neuf ans antérieure au dernier indice publié.*

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

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

En cas de modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 ou s'il est fait exception aux règles de plafonnement par suite d'une clause du contrat relative à la durée du bail, la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente. »

⁵¹¹ CA Caen, 24 mai 1985, AJDI 1986, 348 – TGI Paris, baux commerciaux, 14 nov. 1995, Loyers et copropriété 1996, comm. 221.

266. Rappel de la controverse. - Sur la question du sort de la clause-recettes lors du renouvellement du bail, trois positions s'affrontèrent à l'époque. La première, radicale, proposait de fixer le loyer de renouvellement à la valeur locative, abstraction faite de la partie variable du loyer⁵¹². Une telle position n'était toutefois guère admissible dans la mesure où elle anéantissait le caractère binaire du loyer, enfreignant au passage la règle selon laquelle le bail se renouvelle aux mêmes clauses et conditions que le bail d'origine. La deuxième, plus économique, considérait la partie fixe du loyer binaire comme un loyer classique, représentatif de la contrepartie à la mise à disposition du local et soumis comme tel au contrôle du juge dans les conditions du statut. La partie variable constituait quant à elle un « *surloyer de rentabilité* », destiné à associer le bailleur « *au succès qu'il a contribué à créer* »⁵¹³. Les modalités de calcul de ce complément de loyer devaient être fixées contractuellement et être maintenues de façon intangible en vertu du principe de la force obligatoire du contrat. Cette thèse, notamment défendue par Maître André Jacquin, était parfois appliquée par certains juges du fond qui, tout en respectant le dispositif contractuel du loyer variable, acceptaient de fixer le loyer minimum garanti à la valeur locative⁵¹⁴. La troisième position, retenue par la Cour de cassation⁵¹⁵, est celle qui, partant de la thèse selon laquelle la clause-recettes est un mode de détermination du loyer et échappe donc aux dispositions du statut, en tire les conséquences lors du renouvellement du bail en se fondant sur deux principes essentiels : le caractère indivisible de la clause-recettes et le caractère intangible des conventions.

⁵¹² J-D BARBIER, Gaz Pal 2-3 juillet 1993 p. 21.

⁵¹³ A. JACQUIN, *Le renouvellement des baux de centres commerciaux comportant une clause-recettes*, Gaz. Pal. 12 et 13 octobre 1994, Doct. p. 2.

⁵¹⁴ CA Paris 31 octobre 1995, n° 94-23973, « *Sté Groupe Minerve c/ Sté financière ImmoBanque* » ; CA Versailles, 19 janvier 1997 « *Rodier* », RDI 1997 p. 303 ; CA Paris 8 mars 2000 n°97-23343 « *St Midac c/ Sté Cie Foncière* », RJDA 11/00 n°966, les Conseillers à la Cour d'appel ayant même considéré que le loyer minimum garanti devait représenter la valeur locative minimale.

⁵¹⁵ Cass. 3^{ème} civ. 10 mars 1993 « *Théâtre St Georges* » ; Cass. 3^{ème} civ. 27 janvier 1999 « *Rodier* » ; Cass. 3^{ème} civ. 15 mars 2000 « *Sté Parimall Ulis 2 c/ Sté Redoute Catalogue* » ; Cass. 3^{ème} civ. 7 mai 2002, n°809 PS-PBI « *Sté Méridien Montparnasse c/ Sté Unibail* », RJDA 7/02 n° 738.

Loyer composite, le loyer binaire n'en demeure pas moins un tout indissociable, soumis à un régime unique. Ce caractère indivisible n'est pas nouveau. Dans le cadre du contentieux relatif à la révision du loyer, la Cour de cassation avait déjà reconnu que « *le loyer complémentaire fixé à un pourcentage du chiffre d'affaires fait partie intégrante du loyer global contractuel* »⁵¹⁶. Le principe d'intangibilité impose quant à lui au juge d'appliquer à la lettre le contrat rédigé par les parties et de s'abstenir, sous peine de dénaturation, de fixer le loyer minimum garanti à la valeur locative si le bail ne le prévoit pas. En raison de cette intangibilité, le bail se renouvelle aux mêmes clauses et conditions que celles du bail expiré. Le loyer minimum garanti doit donc évoluer en proportion de l'indexation contractuellement fixée par les parties. Cette solution, qui s'inscrivait pourtant dans la continuité des décisions précédentes, a suscité de vives réactions dans la pratique, en particulier de la part de Maître André Jacquin, qui dénonça une « *impasse économique* ». Selon lui, si le complément de loyer doit varier en fonction de la conjoncture économique et des performances du centre commercial et du commerçant, le loyer minimum garanti ne doit pas être déconnecté du marché, sous peine de rompre l'équilibre voulu par les parties et de perturber le jeu de la concurrence dans le centre. En effet, si le centre commercial est une réussite, mais que le locataire réalise de piètres performances, le bailleur se trouve pénalisé par un loyer minimum établi à un niveau insuffisant. En outre, « *les loyers du centre commercial n'étant plus harmonisés, la concurrence devient elle aussi déséquilibrée* ». A l'inverse, si le centre commercial est un échec, le loyer minimum garanti peut devenir une charge trop lourde pour le preneur. Sans occulter ces difficultés économiques, d'autres auteurs n'ont toutefois pas manqué de souligner que l'on ne peut d'un côté fonder la clause-recettes sur le pari économique que feraient les parties lors de la conclusion du bail et de l'autre refuser les éventuels désagréments de cet aléa lors de son renouvellement. Ainsi que l'écrivait Madame Françoise Auque « *ces risques ont été librement assumés pour une période de neuf ans au plus ; ils ne peuvent plus être unilatéralement rejetés par le bailleur à l'époque du renouvellement. La liberté ne se*

⁵¹⁶ Cass. 3^{ème} civ. 26 avril 1989, Bull. 1989 n°90.

*divise pas*⁵¹⁷ ». Bien que certains auteurs aient pu voir à l'époque dans cet arrêt « *une nouvelle variété de jurisprudence sans portée : la jurisprudence impossible* »⁵¹⁸, la Cour de cassation a confirmé fermement cette position et sanctionné de façon constante les tentatives dissidentes de certaines Cours d'appel.

Dans deux arrêts du 3 novembre 2016⁵¹⁹ publiés au Bulletin, la Cour de cassation a toutefois admis que « *lorsque le bail prévoit de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le minimum garanti à la valeur locative, le juge statue alors selon les critères de l'article L. 145-33, notamment au regard de l'obligation contractuelle du preneur de verser, en sus du minimum garanti, une part variable en appréciant l'abattement qui en découle (...)* ». Sans être contraire à l'arrêt « *Théâtre St Georges* », cette solution offre une alternative aux parties. Il n'est toutefois pas certain que le bailleur ait toujours intérêt à une telle stipulation dans la mesure où la prise en compte par le juge de l'existence d'un surloyer pourrait bien, *in fine*, aboutir à en « *neutraliser les effets* »⁵²⁰.

267. Transition. - Par cette succession d'arrêts, la plupart rendus au visa de l'ancien article 1134 du Code civil⁵²¹, la Cour de cassation a semble-t-il définitivement consacré l'autonomie de la clause-recettes par rapport au statut des baux commerciaux. Bien qu'ancrée dans le droit positif, cette solution n'en demeure pas moins selon nous une anomalie au plan purement juridique. Cette fragilité doit d'ailleurs inciter les rédacteurs de baux commerciaux à une vigilance accrue.

⁵¹⁷ Observations sous Cass. 3^{ème} civ. 10 mars 1993, JCPN 1993, 101315.

⁵¹⁸ B. BOCCARA, JCP 1993, éd. E II, 460.

⁵¹⁹ Cass. 3^{ème} civ. 3 novembre 2016, n°15-16.826 et 15 – 827.

⁵²⁰ J-P BLATTER, AJDI 2016, p.894.

⁵²¹ Ancien article 1134 du Code civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

2°) *La clause-recettes, une anomalie juridique au regard du statut des baux commerciaux*

268. La clause-recettes serait, nous dit la Cour de cassation, un mode purement contractuel de détermination du loyer. La doctrine ajoute que la clause-recettes ne serait pas un outil régissant l'évolution du loyer, mais un mécanisme entraînant la fixation renouvelée du loyer. Lors de la conclusion du bail, les parties ne détermineraient pas le montant du loyer ; elles se contenteraient de le rendre déterminable. Chaque année, le loyer serait ainsi déterminé par application de la clause-recettes avec, le cas échéant, un loyer minimum garanti. D'après le Professeur Michel Dagot, rien dans le statut des baux commerciaux, ni dans le droit commun du louage, ne s'opposerait à un tel mécanisme puisque les modes de fixation du loyer sont libres. Poursuivant sur sa lancée, l'auteur finalise son raisonnement en concluant que le bail étant un contrat à exécution successive, on ne saurait refuser une fixation successive du montant du loyer. Ce raisonnement nous conduit à une double réflexion sur les plans du droit civil et du statut des baux commerciaux.

269. **Au plan du droit civil**, nous considérons que le fait que le bail soit un contrat à exécution successive ne justifie pas, en soi, le caractère sans cesse renouvelé de la fixation du loyer. Il justifie uniquement le caractère échelonné de l'obligation au paiement de celui-ci. Cela étant, il est exact que le droit civil ne s'y oppose pas non plus. Au regard de l'objet tout d'abord, l'article 1163 du Code civil admet qu'il puisse n'être que déterminable quant à sa quotité⁵²². De ce point de vue, le loyer fixé en fonction du chiffre d'affaires du locataire est valable dès lors que la clause est suffisamment bien rédigée pour que le montant du loyer puisse être déterminé sans dépendre ni de la volonté ultérieure de l'une des parties, ni de la conclusion d'accords ultérieurs.

⁵²² Article 1163 nouveau du Code civil : « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ».

Analysée du point de vue de la cause de l'obligation, la clause-recettes ne nous semble pas plus condamnable. La cause de l'obligation du locataire au paiement du loyer réside dans l'obligation réciproque qu'a le bailleur de délivrer un local au preneur. Cette obligation est en règle générale allégée dans les baux de centres commerciaux. En pratique, il peut donc y avoir un décalage important entre l'obligation du bailleur, très allégée et que le bailleur va chercher à rendre le plus immuable possible et celle du locataire, stipulée variable *ab initio* et aménagée de façon à progresser de manière constante et significative. Ce décalage n'est toutefois pas de nature à rendre la clause illicite au regard de la cause de l'obligation. L'équilibre contractuel n'est pas un dogme absolu en droit commun des contrats. La liberté contractuelle autorise le déséquilibre entre les obligations réciproques des parties dès lors qu'il est librement consenti et que la contrepartie existe, même si elle n'est pas équivalente⁵²³.

Le locataire pourrait-il alors invoquer l'évolution du contexte économique pour justifier un rééquilibrage des prestations ? En effet, si depuis le célèbre arrêt « *Canal de Craponne* » en 1876, la Cour de cassation refuse de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties⁵²⁴, la réforme du droit des contrats entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 a adopté la position inverse. Désormais, l'article 1195 prévoit que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* ». Il nous semble toutefois peu probable que la variation du loyer par suite de l'application d'une clause-recettes puisse être efficacement attaquée sur le fondement du nouvel article 1195. L'aléa économique étant accepté *ab initio* par les parties lors de la conclusion du contrat, il sera difficile d'établir que le changement de circonstances était imprévisible.

⁵²³ L'article 1168 nouveau du Code civil dispose en effet que « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Et la nouvelle disposition de l'article 1171 afférente au contrat d'adhésion et qui sanctionne les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, ne devrait pas non plus modifier cette analyse puisqu'elle précise que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

⁵²⁴ C. cass. Civ. 6 mars 1876, DP 1896, 1, jur p. 195.

Du point de vue du droit civil, la décision de la Cour de cassation nous paraît donc fondée. C'est d'ailleurs sans doute une des raisons de sa pérennité. Il nous semble pourtant que le principe de la force obligatoire du contrat ne devrait pas suffire à s'affranchir du statut des baux commerciaux.

270. Au plan du statut des baux commerciaux, l'article L.145-15 du Code de commerce répute « *non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement ou aux dispositions des articles L.145-37 à L.145-41 du Code de commerce* »⁵²⁵. En vertu de cet article, sont notamment érigées en règles d'ordre public⁵²⁶ celles relatives à la révision du loyer, prévues par les articles L.145-37 et 38 du Code de commerce. En revanche, les articles L.145-33 et L.145-34 du Code de commerce concernant le loyer de renouvellement ne sont pas visés.

271. La question de l'atteinte au droit au renouvellement. - La question a cependant été posée de savoir si une infraction à ces deux derniers articles ne pouvait être sanctionnée sur le fondement de l'atteinte au droit au renouvellement, celui-ci étant spécifiquement visé par l'article L.145-15 du Code de commerce. Cela supposait d'admettre au préalable une conception extensive de la notion de droit au renouvellement. En effet, une infraction aux règles de détermination du loyer de renouvellement ne saurait en elle-même constituer une obstruction directe au droit au renouvellement. Même très importante, une augmentation du loyer n'annihile pas, en théorie, le droit au renouvellement du locataire. En revanche, en pratique, cela peut l'inciter à y renoncer. Ce raisonnement n'a toutefois jamais été accueilli par la Cour de cassation, qui considère que « *rien ne s'oppose à ce que les parties choisissent d'un commun accord de déterminer à l'avance par une stipulation du bail les conditions de fixation du prix du bail*

⁵²⁶ Cet article institue un ordre public de protection puisqu'il avait à l'origine pour objet de protéger les intérêts d'une catégorie de commerçants réputés en état d'infériorité économique.

*renouvelé*⁵²⁷ ». Par conséquent, le statut des baux commerciaux ne s'oppose pas à ce que les parties, par le mécanisme de la clause-recettes, déterminent par avance les modalités de calcul du loyer de renouvellement. Il en va en revanche à notre sens différemment de la révision du loyer en cours de bail.

272. La question de l'atteinte aux règles impératives de révision du loyer en cours de bail. - Pour justifier la licéité de la clause-recettes au regard de l'article L.145-39 du Code de commerce, la Cour de cassation la qualifie de « *mode de détermination du loyer* ». La fixation du loyer étant libre en matière commerciale, la clause-recettes relèverait uniquement de cette sphère de liberté contractuelle et « *n'entrerait donc pas dans les prévisions de l'article 35 du décret de 1953 (actuel L. 145-15 du Code de commerce)*⁵²⁸. » Nous ne partageons pas cette analyse, qui nous semble contraire à l'esprit et au texte même de l'article L.145-15 du Code de commerce. La décision de la Cour de cassation est fondée sur le principe de la force obligatoire du contrat⁵²⁹, force obligatoire qui est toutefois limitée par l'article 6 du Code civil qui dispose « *qu'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », ainsi que par le nouvel article 1162 du Code civil, selon lequel « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ».

Par ailleurs, le principe selon lequel la fixation du loyer est libre en matière commerciale repose sur l'absence de règle gouvernant la fixation du loyer initial. De ce point de vue, les parties sont effectivement libres de fixer le loyer d'origine en fonction du chiffre d'affaires du locataire. En revanche, pour les raisons déjà évoquées, liées à la crainte d'une inflation des loyers, le législateur a introduit un mécanisme d'encadrement de la variation du loyer en cours de bail au moyen des articles L.145-37, 38 et 39, qu'il a érigés en règles d'ordre public. En application de ces articles, la modification du montant du loyer en cours de bail

⁵²⁷ Cass. 3^{ème} civ. 10 mars 2004, D. 2004, p. 2221.

⁵²⁸ Cass. 3^{ème} civ. 2 octobre 1984.

⁵²⁹ Ancien article 1134 du Code civil, désormais repris à l'article 1193 du Code civil.

entre dans ces prévisions et ne devrait plus bénéficier du principe de liberté. A cet égard, la clause-recettes est certes un mode de détermination du loyer, mais pas seulement. Son application conduit, dans les faits, à modifier le montant du loyer en cours de bail, en fonction des fluctuations du chiffre d'affaires du locataire. Comme l'indique le Professeur Michel Pédamon, « *la clause-recettes ne constitue pas seulement un mode de détermination du loyer, elle est aussi et surtout un mode d'organisation de ses évolutions ultérieures*⁵³⁰ ».

Enfin, ce n'est pas parce que la clause-recettes n'a pas été expressément prévue par le législateur qu'elle doit être considérée comme échappant aux règles d'ordre public. En effet, la clause-recettes n'existait pas en 1953. Il n'en demeure pas moins, comme l'ont souligné très justement Mesdemoiselles Chatelain et Gautier dans leur thèse collective de Doctorat d'Etat qu'« *il résulte de la combinaison des articles 27 et 28 du décret du 30 septembre 1953 (actuels L.145-38 et 39) que le prix des baux commerciaux, s'il est libre lors de la conclusion du bail, ne peut faire l'objet de variations libres dans le cours du contrat. Le plafonnement résultant des dispositions de l'article 27 applicable en l'absence de clause d'échelle mobile et l'adaptation du loyer à la valeur locative en cas de variation d'un quart consécutive au jeu d'une clause d'échelle mobile manifestent la volonté du législateur de contrôler les hausses des loyers commerciaux, en réglementant toutes les hypothèses dans lesquelles celles-ci pourraient se produire*⁵³¹ ». Si la fixation du loyer initial est libre, son évolution en cours de bail ne l'est pas dans le statut des baux commerciaux⁵³². Tout comme les variations du loyer engendrées par l'application d'une clause d'échelle mobile sont limitées par l'article L.145-39 du Code de commerce, celles résultant de l'application d'une clause-recettes devraient l'être tout autant, dès lors que l'article L.145-15 du Code de commerce sanctionne par la nullité les clauses ayant pour

⁵³⁰ RTD com 1986, p. 744.

⁵³¹ *Les centres commerciaux*, thèse Paris II, 1981.

⁵³² A cet égard, le fait que la proposition du groupe de travail sur la modernisation des règles applicables aux baux commerciaux, présidée par Maître Philippe PELLETIER en 2004, qui consistait à supprimer le caractère d'ordre public de la révision du loyer, n'ait pas été retenue, marque d'une certaine manière l'attachement du législateur à maintenir un contrôle de l'évolution du loyer en cours de bail.

effet de faire échec aux dispositions des articles L.145-37 à 39 du Code de commerce, qui encadrent l'évolution du loyer en cours de bail.

273. Conclusion. - Si la clause-recettes est valable au regard des principes du droit civil, elle demeure en revanche très contestable au regard du statut des baux commerciaux. Dans son rapport annuel pour 1988, la Cour de cassation a d'ailleurs admis qu' « *une telle solution, qui réalise, on ne peut le cacher, une exception non écrite à l'application d'une disposition du décret du 30 septembre 1953, est justifiée par l'absence, dans ce texte, de prise en considération de la particularité de tels loyers et la constante adaptation aux circonstances qui résulte de la variation du loyer conclu par les parties* »⁵³³. Par ce constat, qui résonne comme un aveu, la Cour de cassation reconnaît que la licéité de la clause-recettes repose sur une volonté de promouvoir l'avantage économique procuré par la clause-recettes sur les règles d'ordre public du statut des baux commerciaux. Consolidée par la Cour de cassation, la clause-recettes a connu un essor fulgurant, au point d'être aujourd'hui stipulée de façon quasi systématique dans les baux de centres commerciaux et d'en constituer une des spécificités.

3°) Les aménagements de la clause-recettes dans les centres commerciaux

Le statut autonome de la clause-recettes offre aux rédacteurs de baux de centres commerciaux une grande liberté dont ils ont su tirer profit pour optimiser la rentabilité des centres.

274. Stipulation d'un loyer variable additionnel. - L'objectif d'un bailleur en centre commercial est d'être associé aux résultats de son locataire tout en étant assuré de percevoir un loyer au moins égal à la valeur locative du local loué. Par sa structure binaire, le loyer variable additionnel, qui cumule un loyer de base généralement élevé et un loyer

⁵³³ Rapport de la Cour de cassation pour l'année 1988, pages 190 et 191.

variable basé sur un pourcentage du chiffre d'affaires du locataire, se révèle le plus approprié.

Généralement, le bailleur précise que « *le principe du loyer à double composante constitue une condition essentielle et déterminante du bail sans lequel il n'aurait pas été consenti* ». Une telle précision renvoie à la notion de condition essentielle du consentement au sens de l'ancien article 1108 du Code civil⁵³⁴ et revêt un intérêt double. D'une part, elle permet au bailleur d'exprimer clairement le contenu de son consentement pour l'opposer non seulement au preneur, mais également au juge qui pourrait être conduit à interpréter le bail dans le cadre d'un contentieux. D'autre part, elle lui permet de se réserver la possibilité d'invoquer la sanction de la caducité du bail si le preneur venait à contester le mode de fixation du loyer⁵³⁵.

275. Fixation et indexation du loyer de base garanti. - Les baux conclus dans les centres commerciaux prévoient en règle générale que le preneur devra en tout état de cause régler au bailleur un loyer de base dont le montant, fixé au bail, correspond à la valeur locative. Ce loyer de base est dit « garanti » dans la mesure où il constitue un minimum qui sera systématiquement dû par le locataire, quels que soient ses résultats économiques.

Loin d'être figé, le montant du loyer de base garanti peut varier pendant le cours du bail par l'effet d'une clause d'indexation. Outre les précautions rédactionnelles habituelles en présence d'une telle clause⁵³⁶, nombreux étaient les baux conclus dans les centres

⁵³⁴ Ancien article 1108 du Code civil : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation.* ». Désormais le nouvel article 1128 prévoit que « *sont nécessaires à la validité d'un contrat : le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu licite et certain* ». La substitution de terme ne modifie toutefois pas notre raisonnement, d'autant plus que l'on retrouve expressément la notion de « éléments essentiels » dans le nouvel article 1186 du Code civil.

⁵³⁵ Le nouvel article 1186 introduit par la réforme du droit des contrats dispose en effet que « *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ».

⁵³⁶ Choix de l'indice, remplacement en cas de disparition, absence de déchéance à défaut d'application immédiate.

commerciaux, qui prévoyaient qu'elle ne pourrait jamais avoir pour effet de ramener le loyer à un montant inférieur au loyer de base garanti fixé contractuellement. La garantie d'un loyer de base minimum était ainsi assurée, sans pour autant que le bailleur renonce à une perspective de gain si l'indexation lui est favorable.

A la lumière des développements ci-dessus, relatifs aux clauses d'indexation et aux variantes développées par la pratique, telles que la clause d'indexation à indice de référence fixe, la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse, la clause d'indexation « plancher » ou la clause d'indexation dite « tunnel », il convient de rappeler que la plus grande prudence est de mise dans la rédaction de telles clauses.

Si, en présence d'une clause-recettes, la validité d'une clause d'indexation n'a pas à être appréciée au regard de l'article L.145-39 du Code de commerce - dont on sait qu'il est inapplicable à cette matière⁵³⁷ - il n'en demeure pas moins qu'une clause d'indexation contraire aux articles L.112-1 et L.112-2 du Code monétaire et financier exposerait le bailleur non seulement à la nullité de la clause litigieuse, réputée non écrite, mais également au recours des locataires pour obtenir la restitution des sommes versées indûment et ce, sur une période de cinq ans.

En l'absence de position claire de la Cour de cassation à ce jour et compte tenu du caractère d'ordre public des textes susvisés, il est recommandé d'éviter tout mécanisme d'indexation à indice de référence fixe, ne jouant qu'à la hausse ou prévoyant un plancher favorable au bailleur.

À titre d'exemple, la clause d'indexation du loyer de base pourrait être rédigée de la façon suivante :

⁵³⁷ Cass. 3^{ème} civ. 5 janvier 1983, Bull civ. III, n°5 – « *Sté Freneau & Fils / Locabail et Sicar* ».

« Le loyer de base garanti sera indexé de plein droit, automatiquement et sans aucune formalité en fonction de la variation de l'Indice National des Loyers Commerciaux (ILC) publié trimestriellement par l'INSEE.

Cette indexation interviendra au 1^{er} janvier de chaque année, de manière à ce que la période de variation de l'indice ne soit pas supérieure à la période de temps écoulé entre la date de prise d'effet du bail et la date de prise d'effet de la première indexation.

Il sera procédé à l'indexation du loyer annuel en appliquant au loyer de l'année écoulée la variation obtenue en prenant pour indice de référence l'indice de comparaison ayant servi à l'indexation précédente de loyer et, pour indice de comparaison, l'indice du même trimestre civil que celui de l'indice de référence, applicable l'année suivante.

Le fait pour le bailleur de ne pas avoir immédiatement ajusté le loyer ne pourra entraîner une quelconque déchéance de son droit à réclamer l'application ultérieure de l'indice avec effet rétroactif.

Dans le cas où l'indice choisi viendrait à disparaître, ou ne pourrait recevoir application pour quelque cause que ce soit, il lui sera substitué l'indice de remplacement ou à défaut tout indice similaire qui sera déterminé ou au besoin reconstitué par un expert mandataire commun qui sera désigné – par transposition de l'article 1592 du Code civil – soit d'accord des parties, soit à défaut par ordonnance rendue sur simple requête de la partie la plus diligente par Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance et qui, en cas de refus, départ ou empêchement de quelque nature que ce soit, sera remplacé dans les mêmes formes.

Le Preneur reconnaît d'autre part expressément que la clause d'indexation ci-dessus constitue une condition essentielle et déterminante du présent bail, sans laquelle celui-ci n'aurait pas été conclu.

Nonobstant la clause d'indexation ci-dessus, les parties restent fondées à voir réviser le loyer en application des dispositions d'ordre public des articles L. 145-37 et L. 145-38 du Code de commerce. »

276. Modalités de fixation du loyer en renouvellement. - Lors du renouvellement du bail, s'il souhaite que le loyer atteigne les niveaux pratiqués dans le centre commercial, le bailleur a tout intérêt à ce que le loyer de base garanti soit fixé à la

valeur locative conformément aux règles fixées par le statut des baux commerciaux. Il ne pourra toutefois le faire qu'à condition de l'avoir expressément prévu au bail.

Depuis l'arrêt « *Théâtre Saint-Georges*⁵³⁸ » en effet, la Cour de cassation maintient que la fixation du loyer du bail renouvelé échappe aux règles statutaires et qu'elle n'est régie que par la convention des parties. En application de cette règle, la Haute Juridiction a censuré les juges du fond qui, se fondant sur le rôle statutaire du juge des loyers, fixaient le loyer minimum garanti à la valeur locative alors que les parties ne l'avaient pas expressément prévu au bail⁵³⁹. La Cour rappelle fermement que le juge ne peut intervenir que s'il existe un doute sur la signification du contrat et que son rôle doit être strictement limité à la recherche de la volonté commune des parties, sous peine de dénaturation. Le juge n'a donc d'autre choix que d'appliquer le bail conclu par les parties et si celui-ci ne prévoit pas que le loyer de base garanti sera fixé à la valeur locative lors du renouvellement, le juge ne pourra combler cette lacune sous couvert d'interprétation.

Dans ce contexte, il appartient aux rédacteurs de baux commerciaux de rédiger précisément la clause de fixation du loyer de renouvellement dans le bail d'origine.

Le plus souvent, il est rappelé en tête de la clause qu'à l'occasion de chacun des renouvellements successifs, le principe du loyer composite ne pourra être remis en cause. En apparence surabondante compte tenu du principe d'intangibilité des clauses et conditions du bail lors de son renouvellement et alors que la clause de loyer variable additionnel est érigée en condition essentielle et déterminante pour le bailleur, une telle clause permet toutefois de dissiper toute équivoque au moment du renouvellement du bail quant à la composition binaire du loyer et de ne pas modifier la clause de loyer variable.

⁵³⁸ Cass. 3^{ème} civ. 10 mars 1993, *op.cit.*

⁵³⁹ Cour d'Appel de Paris 8 mars 2000, n° 97-23343, « *Sté Midac c/Sté Cie Foncière* », RJDA 11/00 n°966 ; Cass. 3^{ème} civ. 13 mars 2002, n° 575 « *Sté Midac c/ Sté Foncière Klépière* », RJDA 6/02 n°609.

Concernant la fixation du loyer de base garanti, les baux conclus dans les centres commerciaux prévoient généralement qu'il sera fixé d'un commun accord à la valeur locative du marché, appréciée au jour de la prise d'effet du bail renouvelé conformément aux articles L. 145-33 et R.145-3 et suivants du Code de commerce. Dans certains cas, les rédacteurs de baux précisent que cette valeur locative sera calculée par référence aux prix pratiqués pour des locaux équivalents du centre commercial. Ce mode de calcul du loyer de base garanti permet en effet au bailleur de procéder à un « rattrapage » du loyer du bail renouvelé par rapport aux loyers consentis plus récemment dans le centre commercial, lesquels sont généralement plus élevés.

Enfin, les rédacteurs de baux commerciaux dans les centres commerciaux prévoient généralement qu'en cas de désaccord entre les parties sur la fixation du loyer de base garanti à l'échéance du bail, celui-ci sera fixé par le Président du Tribunal de Grande Instance, de façon à correspondre à la valeur locative définie selon les règles statutaires. Cette dernière précaution nous semble utile pour éviter que le juge des loyers se déclare incompetent pour toute question relative à la fixation du loyer de renouvellement au motif que celle-ci ne serait régie que par la convention des parties, selon la formule consacrée dans l'arrêt « Théâtre Saint-Georges ».

Mais certains rédacteurs de baux, soucieux de contrôler l'office du juge, vont jusqu'à lui imposer qu'il détermine la valeur locative selon le même processus que celui prévu en cas d'accord amiable, c'est-à-dire uniquement par référence aux prix pratiqués dans le centre commercial pour des locaux équivalents. Si ce procédé ne nous paraît pas condamnable dans un contexte amiable, les parties usant de leur liberté contractuelle, une telle clause est-elle valablement opposable à un juge ? À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur ce type de clause. Néanmoins, il ne nous semble pas évident que les parties puissent ainsi imposer une définition conventionnelle de la valeur locative au juge. En cas de recours au juge, celui-ci doit à notre sens fixer la valeur locative en application des règles statutaires. Or de ce point de vue, la composition binaire du loyer rend l'exercice difficile. En effet, l'article R. 145-38, alinéa 3 du Code de commerce impose que, pour déterminer la valeur locative, il soit tenu compte « *des modalités selon lesquelles le prix autrement applicable a été originellement fixé* ». Étant donné que le loyer fixé à l'origine

comporte une partie fixe et une partie variable, le loyer de base garanti devrait être modifié également au vu du jeu de la clause de loyer variable⁵⁴⁰. En pratique, « *la détermination de la valeur locative du loyer binaire ne peut se réduire à une simple arithmétique résultant de l'application des références du centre commercial. Il faut aussi tenir compte de l'avantage procuré au bailleur par l'intéressement sur le chiffre d'affaires*⁵⁴¹ ». Il y a là à notre avis une source d'incertitude dans le calcul du loyer du bail renouvelé comportant une clause-recettes, de sorte qu'il nous semble préférable de prévoir, en cas de recours au juge, que celui-ci fixe le loyer de base garanti conformément aux règles statutaires.

277. Transition. – Les modalités de fixation et d'évolution du loyer d'un bail commercial font l'objet d'un encadrement important du législateur, intensifié par la loi Pinel et d'un contrôle étroit de la Cour de cassation, en particulier sur le mécanisme des clauses d'indexation. Dans ce contexte, l'autonomie de la clause-recettes fait figure d'exception. Ce caractère est d'ailleurs d'autant plus marquant que, par ailleurs, le législateur est intervenu fermement pour encadrer les mécanismes de répercussion des charges sur les locataires et mettre fin au loyer dit « *triple net* » qui constituait, avec la clause-recettes, la « *marque de fabrique* » des modalités financières dans les centres commerciaux.

⁵⁴⁰ *Loyers binaires et application du statut des baux commerciaux*, Marianne LASSNER et Pierre VALLEE, AJDI 2003, p. 242 s.

⁵⁴¹ *Mémento Baux commerciaux*, Ed. Francis Lefebvre, n° 55395.

C – L’aggravation de l’obligation de paiement des charges

278. Définition des charges locatives. – Les charges locatives sont les dépenses engagées par le bailleur pour assurer le fonctionnement, l’entretien et la conservation et qui, du fait de la location de l’immeuble, sont refacturées au locataire.

Si les charges locatives ont fait l’objet d’un encadrement législatif dans le domaine de l’habitation dès 1987, la question n’était en revanche pas traitée en matière commerciale jusqu’à la loi du 18 juin 2014 dite Pinel.

279. Situation antérieure à la loi du 18 juin 2014. – Dans le droit commun du louage, le locataire n’est, encore aujourd’hui, tenu que des réparations locatives ou de menu entretien, sauf celles causées par la vétusté ou la force majeure⁵⁴² et sauf clause contraire. L’article 1754 du Code civil dresse certes une liste des postes de réparations réputées locatives⁵⁴³, mais le caractère très désuet de celle-ci lui confère en réalité plus de charme que d’utilité pratique réelle. En revanche, les principes directeurs de répartition des charges sont clairs : dans l’esprit des rédacteurs du Code civil, c’est au bailleur que les charges les plus lourdes doivent en principe incomber.

Dès lors que le statut des baux commerciaux était muet sur les charges locatives et que les règles de répartition entre bailleur et locataire édictées par le Code civil étaient supplétives de volonté, les parties pouvaient donc déroger au droit commun,

⁵⁴² L’article 1755 du Code civil précise qu’« aucune des réparations réputées locatives n’est à la charge des locataires, quand elles ne sont occasionnées que par vétusté ou force majeure ».

⁵⁴³ L’article 1754 précise que le locataire est tenu, sauf clause contraire, des réparations locatives ou de menu entretien « désignées comme telles par l’usage des lieux et entre autres, les réparations à faire : aux âtres, contre-coeurs, chambranles et tablettes de cheminées ; au recrépiment du bas des murailles des appartements et autres lieux d’habitation à la hauteur d’un mètre ; aux pavés et carreaux des chambres, lorsqu’il y en a seulement quelques-uns de cassés ; aux vitres, à moins qu’elles ne soient cassées par la grêle ou autres accidents extraordinaires et de force majeure, dont le locataire ne peut être tenu ; aux portes, croisées, planches de cloison ou de fermeture de boutiques, gonds, targettes et serrures ».

mais à condition de prévoir des clauses claires et non ambiguës⁵⁴⁴. À défaut, le juge disposait, en vertu des articles 1156 et suivants du Code civil⁵⁴⁵, d'un pouvoir d'interprétation du contrat. Le juge recherchait d'abord « *quelle avait été la commune intention des parties contractantes* ». Et en présence d'une clause ambiguë⁵⁴⁶, le juge avait le plus souvent recours à l'article 1162 du Code civil selon lequel « *dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* »⁵⁴⁷. Il résultait de cette articulation que l'interprétation du contrat se faisait nécessairement au détriment du bailleur⁵⁴⁸.

280. Spécificités rédactionnelles des baux de centres commerciaux. -

Dans les centres commerciaux, la clause « charges » était plus délicate à rédiger en raison de leur nombre plus important et de leur montant bien plus élevé que dans les commerces traditionnels⁵⁴⁹. En outre les bailleurs investisseurs⁵⁵⁰ entendaient

⁵⁴⁴ À titre d'exemple, à défaut de clause spécifique dans le bail, le bailleur ne peut pas exiger le remboursement par le locataire de quelque charge ou taxe que ce soit. A titre d'illustration, la Cour de cassation s'est déjà prononcée à de nombreuses reprises sur cette question et a notamment pu décider que « *le Tribunal qui s'est à bon droit fondé sur les seules stipulations du bail conclu pour des locaux à usage commercial et qui a exactement retenu que les charges dues par le locataire y étaient énumérées de façon limitative, en a justement déduit que le bailleur ne pouvait pas demander à son locataire le remboursement de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères et du droit au bail non compris dans la liste arrêtée par les parties* » (Cass. 3^{ème} civ. 18 novembre 1998, n° 1632 D, « *Brunner c/Poujade* », RJDA 1/99 n°20) ;

⁵⁴⁵ Remplacés par les articles 1188 et suivants du Code civil à compter du 1^{er} octobre 2016.

⁵⁴⁶ Ainsi que le précisent F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE dans leur ouvrage collectif intitulé « Droit civil – les obligations », Précis Dalloz 9^{ème} édition 2005, « *on a souligné qu'il est artificiel et vain de faire de la recherche de la commune intention des parties la règle d'interprétation unique des contrats. Bien souvent, celle volonté commune est, en effet, inexistante. En présence d'une formule ambiguë, il est vraisemblable que chacune des parties lui a donné le sens qui lui est le plus favorable. Les parties n'ont pas eu une intention commune, mais des arrière-pensées différentes comme le sont leurs intérêts. (...) C'est dire que la découverte de l'intention commune se ramène à la recherche divinatoire d'une volonté hypothétique.* »

⁵⁴⁷ Remplacé par l'article 1190 du Code civil depuis le 1^{er} octobre 2016 : « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ».

⁵⁴⁸ C'est ainsi que par un arrêt en date du 9 novembre 2004, la Cour de cassation a jugé que « *la bailleuse ne pouvait se prévaloir de la clause ambiguë pour mettre les travaux à la charge du locataire* » (Cass. 3^{ème} civ., 9 novembre 2004, n° 03-16.233.

⁵⁴⁹ Un centre commercial est générateur de charges liées à des équipements ou espaces communs tels que le mail, les parkings, qui n'existent pas dans les commerces traditionnels. De même, le poste « sécurité » d'un centre commercial engendre des coûts très élevés en raison notamment de la réglementation ERP (Etablissements Recevant du Public) stricte pour ce type d'établissement.

⁵⁵⁰ Sur la question de la répercussion des charges sur les locataires, il nous semble qu'en pratique une différence existe entre les centres commerciaux de grande taille, appartenant à des investisseurs ou à des enseignes de la grande distribution et les centres commerciaux de petite taille où la galerie marchande est essentiellement constituée de commerces de services ou d'enseignes d'équipement de la personne de moyenne gamme, destinées à compléter l'offre commerciale de l'hypermarché. Dans le premier cas de figure, les bailleurs prévoient de façon quasi systématique une clause dite « de loyer net de charges ».

percevoir un loyer « *net de toutes charges* » et avaient pris l'habitude de refacturer aux locataires la totalité des charges afférentes au fonctionnement et à l'exploitation de l'immeuble. De leur côté les locataires, certes conscients des avantages indéniables procurés par un environnement qualitatif entretenu et géré, exigeaient des précisions sur le coût des charges qu'ils avaient à supporter.

281. Genèse de la loi Pinel. – C'est dans ce contexte qu'a été adopté l'article 5 de la loi Pinel sur les charges locatives. La lecture du rapport établi par le député Fabrice Verdier apporte un éclairage limpide sur les motivations du législateur. Le député y mentionne en effet que « *en dépit de l'élaboration de chartes et autres recommandations les représentants des commerçants et certains professionnels du droit, ont décrit un phénomène de financiarisation des bailleurs les plus puissants (les sociétés foncières) qui se traduit par des loyers « triple net » qui imposent le paiement par les locataires de tous les frais, taxes et impôts. Même si la situation est différente entre les baux des commerces indépendants de centre-ville et les baux dans les centres commerciaux, il apparaît nécessaire de renforcer la transparence et la prévisibilité des charges* ».

A l'instar du décret du 26 août 1987⁵⁵¹ qui, en matière de baux d'habitation, dresse une liste précise des charges dont le locataire doit s'acquitter en sus du bail, le statut des baux commerciaux prévoit désormais, pour les baux conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} septembre 2014, un « *inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liés à ce bail* »⁵⁵².

Dans le second cas en revanche, il n'est pas rare que le bailleur conserve à sa charge les grosses réparations et remplacements d'équipements coûteux. La raison en est probablement que dans le premier cas, le centre commercial représente avant tout un investissement pour le bailleur, tandis que dans le second, il constitue plutôt un mode d'optimisation de l'activité commerciale.

⁵⁵¹ Décret n°87-713 du 26 août 1987, pris en application de l'article 18 de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière et fixant la liste des charges récupérables.

⁵⁵² Article L. 145-40-2 du Code de commerce issu de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 dite loi Pinel.

282. Plan. – L’analyse de l’obligation de paiement des charges nécessite de distinguer plusieurs sous-questions : comment les charges sont-elles déterminées (1°), qui les engage (2°), comment sont-elles réparties au sein du centre (3°) et quelles en sont les modalités de paiement (4°) ? Avant l’entrée en vigueur de la loi Pinel, plusieurs réponses étaient apportées à ces questions. Nous verrons dans les développements qui suivent si certaines des solutions antérieures peuvent ou non être conservées.

1°) La détermination des charges locatives

283. Contenu de la réforme. - La détermination des charges que le bailleur est en droit de répercuter sur le locataire est sans aucun doute la question la plus délicate. Il est essentiel en effet que le bail établisse clairement le critère de détermination des charges locatives afin d’éviter toute contestation ultérieure lors des appels de charges notamment. L’article L.145-40.2 du Code de commerce introduit par la loi Pinel et qui est d’ordre public, impose désormais que le bail comporte un « inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liés à ce bail ». En outre, cet article pose également le principe selon lequel certaines charges ne peuvent plus, en raison de leur nature, être répercutées sur le preneur. Ces charges non refacturables sont prévues par le décret du 3 novembre 2014, codifié à l’article R.145-35. Au titre des travaux, cela concerne les grosses réparations de l’article 606 ainsi que les travaux de mise en conformité et ceux ayant pour objet de remédier à la vétusté, de même que les honoraires sur ces travaux. Au titre des impôts, taxes et redevances, le bailleur ne peut désormais plus refacturer ceux dont il est le redevable légal, sauf la taxe foncière et les taxes additionnelles à la taxe foncière, ainsi que les « *impôts, taxes et redevances liés à l’usage du local ou de l’immeuble ou à un service dont le locataire bénéficie directement ou indirectement* ». Enfin, il est également interdit au bailleur de refacturer au preneur les honoraires liés à la gestion des loyers du local ou de l’immeuble faisant l’objet du bail.

284. Incidences de la réforme sur les pratiques antérieures. - Les règles du Code civil étant supplétives de volonté, les parties avaient, avant l'entrée en vigueur de la loi dite Pinel, toute latitude pour choisir parmi différentes méthodes. En cette matière, il en existait principalement deux, correspondant à des typologies de centres commerciaux différentes et à des niveaux de transfert de charges variables en fonction de la taille du centre et de l'identité des bailleurs et des locataires. La question des charges n'était en effet ni perçue, ni traitée de la même manière dans les petits centres commerciaux que dans les grands, au fonctionnement plus complexe et engendrant plus de charges. Elle différait également selon que le bailleur était un investisseur ou qu'il était lui-même commerçant et selon que le locataire était un commerçant indépendant ou membre d'un réseau de distribution lui conférant une force dans la négociation. En résumé, le choix du mode de détermination des charges était, en pratique, étroitement lié au modèle économique du centre commercial.

285. Condamnation de la méthode de forfaitisation des charges locatives. - La première méthode, sans doute la plus simple, était celle de la forfaitisation des charges locatives. Cette méthode globale excluait par hypothèse toute détermination des charges en fonction de leur nature. Le forfait pouvait prendre deux formes : soit le loyer était fixé charges comprises, soit le locataire versait, en sus du loyer, une somme correspondant à un pourcentage du loyer – généralement compris entre 10 et 15%. Afin d'éviter que le bailleur supporte seul les effets de l'inflation, il pouvait être prévu que la contribution du preneur aux charges suivait les mêmes règles d'indexation que le loyer. La méthode de la forfaitisation des charges était le plus souvent utilisée dans les centres de petite taille ou générant peu de coûts communs. Elle n'était en revanche pas adaptée aux centres plus grands, où le volume et le

nombre de postes de charges nécessitaient des règles plus précises. Cette méthode dispensait le bailleur de toute justification des dépenses engagées⁵⁵³.

286. Condamnation de la méthode par référence à un loyer « net de charges ». - La seconde méthode consistait à faire référence à un loyer « net de charges ». Cette référence était employée de façon quasi systématique par les investisseurs dans les baux de centres commerciaux. A titre d'exemple, il était convenu que *« le preneur contracte en connaissance de ce qu'il aura à régler en sus du loyer la quote-part des charges et taxes affectés au local qui lui est donné à bail, de sorte que le loyer perçu par le bailleur soit net de charges et impôts de toute nature, lesquels demeurent exclusivement à la charge du preneur »*. En indiquant que le loyer était « net de toutes charges », le bailleur entendait transférer aux locataires le paiement de la totalité des charges engendrées par l'immeuble, c'est-à-dire à la fois les charges usuellement récupérables et les charges que le bailleur devait en principe assumer en application du droit commun du louage. Les charges usuellement récupérables étaient traditionnellement celles liées à un service rendu relatif à l'usage des locaux loués, les dépenses d'entretien courant, les menues réparations sur les locaux ou équipements à usage commun et les impôts et taxes correspondant à des services dont le locataire profitait directement (taxe de balayage, taxe d'enlèvement d'ordures ménagères). Toutes autres charges étaient, au sens du droit commun, imputables au bailleur. Il en était ainsi des travaux de mise en conformité des locaux, des réparations visées par l'article 606 du Code civil, des travaux de ravalement, des assurances et de la taxe foncière. La clause de loyer « net de toutes charges » était en réalité la traduction financière du transfert de l'obligation d'entretien sur le preneur.

L'avantage d'une telle clause était sa clarté. Toutefois, s'agissant d'une clause dérogatoire au droit commun, elle était interprétée strictement par le juge et systématiquement au détriment du bailleur, conformément à l'ancien article 1162 du

⁵⁵³ Cass. 3^{ème} civ. 8 mars 2005, n° 04-11047 : *« Ayant constaté que les parties avaient convenu d'un forfait de charges sans qu'il fût question de provision, la Cour d'appel en a exactement déduit que la société Artemise Supermarchés n'avait pas à justifier des prestations effectivement payées »*.

Code civil⁵⁵⁴. C'est pourquoi, en pratique, ce type de clause ne se rencontrait jamais seule, mais accompagnée d'une liste des charges récupérables sur le locataire. La clause servait alors plus de principe général destiné à éclairer le juge sur la « *commune intention des parties* », en particulier en cas d'omission d'une charge dans la liste établie par les parties. La liste était quant à elle stipulée purement indicative et non limitative, pour contrer la jurisprudence selon laquelle lorsque « *les charges dues par le locataire sont énumérées de façon limitative, le bailleur ne peut pas demander à son locataire le remboursement de quelque charge ou taxe que ce soit*⁵⁵⁵ ».

Outre le fait que de tels inventaires étaient fastidieux, ils avaient la faiblesse de ne pas être exhaustifs, ce qui posait problème au regard de la jurisprudence et des règles d'interprétation très strictes des clauses dérogatoires. Depuis l'entrée en vigueur de la loi Pinel, la clause de « *loyer net de charges* » est elle aussi condamnée car elle enfreint deux règles impératives : à la fois le caractère limitatif de la liste de charges et le caractère non transférable de certaines charges ou de certains travaux. De sorte que le loyer ne peut s'entendre comme « *net de charges* ».

287. Conclusion. – Pour la détermination des charges locatives, seule est désormais valable la méthode imposée par la loi Pinel, qui oblige le bailleur à dresser dans le bail l'inventaire précis et limitatif des catégories de charges refacturables. Les méthodes antérieures de forfait de charges et de stipulation d'un loyer net de taxes avec mention d'une liste indicative sont donc désormais prohibées par les baux signés ou renouvelés après la date d'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014. Toute clause contraire pourrait être réputée non écrite et le preneur pourrait contester non seulement la clause, mais également la refacturation des charges sur les cinq dernières années.

⁵⁵⁴ L'article 1162 du Code civil disposait : « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ». Il a été remplacé, depuis le 1^{er} octobre 2017, par l'article 1190 qui dispose que « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ».

⁵⁵⁵ Cass. 3^{ème} civ. 18 novembre 1998, n°1632 D, « *Brunner c/ Poujade* », RJDA 1/99 n°20.

2°) *L'engagement des charges locatives*

288. La question de savoir qui du bailleur ou du locataire a le pouvoir d'engager les dépenses afférentes à l'immeuble est loin d'être évidente, des arguments pouvant être invoqués au soutien de l'une ou l'autre solution. La liberté contractuelle étant totale et les enjeux financiers importants, la question a été tranchée de façon pragmatique par l'adoption de solutions de compromis.

289. **L'engagement des charges par les locataires.** – Dès lors que les baux prévoient que la totalité des charges sont récupérables sur les locataires, il pourrait sembler logique que le pouvoir d'engager les dépenses leur appartienne. On pourrait ainsi imaginer que les locataires votent en assemblée, les droits de vote étant répartis entre eux selon la même clé que celle adoptée pour la répartition des charges. Un tel système est tout à fait licite et présente au surplus une certaine cohérence intellectuelle. Il soulève toutefois deux difficultés.

La première est de priver le bailleur de tout pouvoir quant aux dépenses à engager sur l'immeuble qui lui appartient, l'empêchant ainsi notamment de veiller à la qualité de la conservation de son immeuble. La seconde est relative au comportement de certains locataires. Dans un centre commercial, il est en effet très fréquent que certains d'entre eux estiment que le pouvoir d'attraction de la clientèle repose essentiellement sur eux. On pense à certaines locomotives du centre par exemple. Fidèles à la maxime « *primam partem tollo, quoniam nominor leo*⁵⁵⁶ », ces locataires estiment que le pouvoir de décision leur revient en raison de leur capacité, prétendue ou avérée, à attirer une clientèle nombreuse. Dans une telle configuration, le risque est grand que le pouvoir soit exercé de façon totalement arbitraire par ces locataires et pas forcément dans l'intérêt de la collectivité d'entre eux, ni dans l'intérêt du centre commercial.

⁵⁵⁶ Attribuée à une fable de Cornelius Nepos, la maxime « *Primam partem tollo, quoniam nominor leo !* » signifie : « je prends la première part, parce que je m'appelle le lion ».

290. L’engagement des charges par le bailleur. – En sa qualité de propriétaire de l’immeuble, le bailleur a non seulement le pouvoir théorique d’engager toutes les dépenses liées à son entretien et à son fonctionnement, mais c’est également lui le redevable légal des taxes liées à l’immeuble. Ainsi qu’il a été évoqué plus haut, la situation se complique toutefois à partir du moment où le bailleur refacture une partie de ces dépenses aux locataires, car ces derniers ont besoin d’avoir, *a minima*, une lisibilité sur le montant des charges qui leur incomberont *in fine*.

291. Des solutions de compromis. – La quasi-totalité des baux antérieurs à la loi du 18 juin 2014 que nous avons pu analyser, stipulent que le bailleur a le pouvoir d’engager les dépenses et la faculté contractuelle de les répercuter soit totalement, soit partiellement, sur les locataires. Cependant, face aux critiques des locataires, plusieurs améliorations étaient déjà envisagées. Ces améliorations avaient pour objectif de répondre à une attente précise des locataires : avoir la certitude d’être informés suffisamment tôt du montant des charges attendu, l’assurance d’une optimisation des coûts et la possibilité d’exercer un contrôle.

292. L’information préalable des locataires. – Depuis quelques années, les locataires ont exprimé le souhait d’être informés suffisamment tôt par le bailleur du montant et de la nature des charges à venir. Dans la charte « bailleurs-locataires » éditée en juin 2005, le Conseil National des Centres Commerciaux avait d’ailleurs recommandé que le budget prévisionnel de charges par grands postes de dépenses soit adressé par les bailleurs (ou les gestionnaires mandatés par eux) aux locataires avant le début de l’exercice. Une telle précaution présente un double intérêt. En premier lieu, elle permet aux locataires d’anticiper et de préparer leur propre budget prévisionnel. En second lieu, elle pousse le bailleur à une planification des dépenses, ce qui concourt à une meilleure gestion du centre.

Le dispositif introduit par la loi Pinel répond en partie à cette attente. L’article L.145-40-2 du Code de commerce impose désormais au bailleur une obligation

d'information sur les charges et sur les travaux. Concernant les charges, le bailleur doit adresser au locataire un état récapitulatif annuel incluant la liquidation et la régularisation des charges au plus tard le 30 septembre de l'année suivant celle au titre de laquelle l'état est établi. Concernant les travaux, le bailleur a l'obligation de communiquer aux locataires, lors de la conclusion du contrat, puis tous les trois ans, un état prévisionnel des travaux sur les trois prochaines années – assorti d'un budget prévisionnel – et un état récapitulatif des travaux réalisés au cours des trois années écoulées, précisant leur coût.

Le mode de communication des états prévisionnels n'est pas précisé par le texte. Il importe de veiller à joindre au budget tout élément justificatif (devis, planning de travaux, rapports d'experts ou tout autre document de nature à éclairer les locataires). Si la communication doit être faite impérativement aux échéances fixées par les textes, le bailleur pourra également avoir intérêt à maintenir les locataires informés en cours d'exercice en cas d'écart significatif entre les dépenses prévisionnelles et celles effectivement engagées.

Soulignons que le texte n'a prévu aucune sanction. Toutefois, l'objectif étant d'assurer au locataire une visibilité sur les charges et travaux, le locataire pourrait contester le paiement des charges dont il n'aurait pas été informé au préalable ou qui dépasseraient les montants budgétés.

293. L'optimisation des coûts. – S'agissant de l'objectif d'optimisation des coûts, celui-ci est parfaitement compréhensible pour les locataires auxquels ces coûts incombent. Dans un centre commercial, l'engagement des dépenses doit donc répondre à un objectif : obtenir au juste prix le niveau de prestations nécessaire pour que le centre soit toujours hautement attractif de clientèle. Dans un souci de clarté, le bail pourrait d'ailleurs préciser que tout engagement du bailleur concernant les charges doit être pris conformément à cet objectif. Dans le même esprit, et de façon encore plus concrète, la charte « bailleurs-locataires » éditée par le Conseil National des Centres Commerciaux en juin 2005 préconisait que « *les entreprises prestataires soient sélectionnées, dans la mesure du possible, sur appel d'offres, avec le souci*

d'obtenir le meilleur prix pour les niveaux de qualité et de sécurité recherchés ». Nous n'avons toutefois à ce jour rencontré aucun bail ayant repris cette proposition, sans doute jugée trop contraignante par les bailleurs. La loi Pinel n'a quant à elle pas non plus repris cette idée.

294. Le contrôle par les locataires. – Même si cela n'est guère fréquent en pratique, certains baux prévoient que les locataires auront la possibilité de contester les dépenses engagées par le bailleur et qui leur sont refacturées. Les locataires pourraient ainsi contester le bien-fondé d'une dépense en considérant qu'elle n'est pas justifiée au regard du maintien de l'attractivité du centre commercial. La solution du recours à l'expert semble dans ce cas la plus indiquée pour obtenir un règlement rapide et contradictoire du conflit. Afin d'encadrer les modalités de saisine de l'expert, sa mission et d'ériger sa décision en règle contractuelle entre les parties, il est recommandé d'avoir prévu son intervention dans le contrat de bail.

3°) La répartition des charges locatives

295. Répartition en fonction des surfaces louées. - Lorsque l'immeuble est loué à plusieurs locataires, comme c'est le cas dans un centre commercial, les charges pouvant être répercutées sur les locataires doivent être réparties entre eux par le bailleur. L'article L.145-40-2, alinéa 5 du Code de commerce encadre également ce cas en imposant au bailleur de prévoir la répartition des charges et coûts des travaux dans le bail et en stipulant que celle-ci doit être établie en fonction de la surface exploitée. Ce critère présente en effet l'intérêt d'être à la fois objectif, aisément vérifiable et difficilement contestable. Avant l'entrée en vigueur de la loi Pinel, il avait d'ailleurs été jugé que dans le silence du bail, la répartition des charges au prorata des surfaces louées était conforme à l'usage et devait être retenue comme rendant exactement compte de la quote-part afférente aux locaux loués⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Cour d'appel de Paris, 16^{ème} chambre A, 16 janvier 2002, Juris-Data n°2002-163587.

Pour que la quote-part de charges soit suffisamment déterminable, il est essentiel de préciser la nature des surfaces prises en compte. Ce peut être la surface de plancher de construction, la surface utile ou la surface Carrez, dès lors que cette surface peut être définie de façon précise soit par un texte⁵⁵⁸, soit par le bail ou tout autre document de référence opposable aux parties.

Dans les centres commerciaux, il est d'usage depuis une quarantaine d'années de se référer à la « *gross leasable area* » ou surface GLA, notion importée des Etats-Unis. Cette surface correspond généralement à la surface hors œuvre nette (shon) du local commercial considéré, augmentée des auvents, paliers extérieurs et gaines techniques. Elle ne comprend pas les voies de desserte ou de circulation communes à différents lots. Ce type de surfaces est favorable au bailleur, dans la mesure où elle intègre des parties inexploitable en pratique par les locataires (trémies, poteaux, gaines techniques etc).

Les charges pourraient également être réparties en fonction de la surface de vente de chaque local, considérant que la référence à la surface utile ou à la surface GLA pénalise les commerces dotés d'importantes surfaces de réserves. La référence à la surface de vente, qui ne couvre que les parties du local accessibles à la clientèle et exclut donc notamment les réserves, est ainsi plus favorable aux locataires dont l'activité nécessite de grandes réserves. L'article L.145-40-2 du Code de commerce précise également que le montant des impôts, taxes et redevances pouvant être imputés aux locataires correspond strictement au local occupé par chacun et à la quote-part des parties communes nécessaires à l'exploitation de la chose louée. Il en résulte notamment que le bailleur ne peut refacturer une quote-part des charges afférentes aux locaux vacants. En revanche, le dispositif Pinel autorise la pondération pour certains locaux ou locataires.

⁵⁵⁸ La surface de plancher de construction et la surface Carrez sont toutes deux respectivement définies par l'article R. 112-1 du Code de l'urbanisme et par l'article 4-1 du décret n° 97-532 du 23 mai 1997.

296. Pondération des charges. – Le bailleur est soucieux de pouvoir appliquer une clé de répartition simple, objective et le moins contestable possible. Il doit à notre sens également être soucieux de son efficacité sur le long terme. Rappelons que l'une des clés de la réussite d'un centre commercial réside dans la capacité du bailleur à offrir à la clientèle une variété de commerces et de services complémentaires et concurrents. S'il souhaite que tous les locataires se développent, le bailleur a donc tout intérêt à alléger la contribution aux charges de ceux dont la rentabilité au mètre carré serait moindre. Dans cette perspective, le bailleur pourra donc retenir le critère de la surface GLA en lui adjoignant un mécanisme de pondération en fonction de la typologie des locaux, de leur surface et du type d'activités. La contribution aux charges d'un local commercial « classique » sera ainsi plus forte, au mètre carré, que celle d'un restaurant ou d'une salle de sports. De même, celle de l'hypermarché sera allégée par rapport à celle des cellules commerciales de petite ou moyenne surface implantées dans la galerie marchande. L'article R.145-35, alinéa 7 du Code de commerce impose uniquement que les pondérations soient portées à la connaissance des locataires.

4°) Le paiement des charges locatives par les locataires

297. En l'absence de règle prévue par les textes, le bail doit prévoir les modalités de paiement des charges locatives. Afin d'éviter au bailleur de supporter le paiement des charges sur une année complète, il est généralement prévu que les locataires s'acquitteront d'une provision sur charges. Cette provision, qui correspond à une quote-part du budget annuel prévisionnel, sera acquittée en même temps que le loyer ou à des échéances distinctes, le plus souvent trimestrielles.

Après la clôture de l'exercice, une fois connu le montant définitif des charges, il est procédé, à la diligence du bailleur ou de son gestionnaire, à une régularisation des charges. Cette régularisation consiste à calculer le différentiel entre le montant des provisions acquittées par chaque preneur sur l'année d'une part et le montant de la quote-part du budget de charges définitif incombant à chaque preneur considéré. Selon le cas, le bailleur ou le locataire sera redevable du paiement de ce différentiel. En application de l'article

R.145-36 du Code de commerce, la régularisation des comptes de charges doit être adressée aux locataires au plus tard le 30 septembre de l'année suivante ou, pour les immeubles en copropriété, dans le délai de trois mois à compter de la reddition des charges de copropriété de l'exercice annuel.

298. Transition. – Les obligations financières des preneurs dans les centres commerciaux avaient connu une forte aggravation avant la loi Pinel qui a imposé un rééquilibrage des relations bailleur-locataire à cet égard. La tendance au rééquilibrage s'observe également sur l'étendue de l'obligation de conservation du locataire.

§ 2 – L'aggravation de l'obligation de conservation du bien loué

299. Conserver une chose, c'est la maintenir intacte, dans le même état. L'obligation de conservation impose au débiteur de préserver l'état du bien en procédant, le cas échéant, à toutes les réparations nécessaires en cas de dégradations subies par le bien, mais sans y apporter une quelconque amélioration. Dans le Code civil, cette obligation s'impose au locataire, à l'emprunteur⁵⁵⁹ et au dépositaire du séquestre⁵⁶⁰. Le locataire d'un local à usage commercial n'échappe pas à cette obligation. Toutefois, en l'absence de disposition spécifique dans le Code de commerce, les règles applicables sont celles du droit commun du louage, prévues par les articles 1713 et suivants du Code civil.

300. Après un bref rappel du contenu et de la portée de l'obligation de conservation dans le droit commun du louage (A), nous verrons que cette obligation, essentiellement supplétive, fait l'objet d'aménagements conventionnels importants, destinés à répondre aux besoins spécifiques des centres commerciaux (B).

⁵⁵⁹ Article 1880 du Code civil.

⁵⁶⁰ Article 1962 du Code civil.

A – *L'obligation de conservation dans le droit commun du louage*

301. L'obligation de conservation du locataire résulte à la fois des articles 1728 à 1735 du Code civil, relevant des dispositions générales sur le bail et des articles 1754 et 1755 du Code civil, dispositions particulières aux baux à loyer. Elle constitue le corollaire de l'obligation de restitution du bien en fin de bail. En effet, dès lors que le locataire est tenu de « *rendre la chose telle qu'il l'a reçue*⁵⁶¹ », il doit la conserver en l'état pendant toute la durée du bail.

De cette obligation générale de conservation, découlent trois obligations particulières : user du bien loué raisonnablement et suivant sa destination (1°), le réparer et l'entretenir (2°) et répondre des dégradations (3°). L'obligation de conservation a également un impact sur les conditions de la restitution de la chose louée (4°).

1°) User du bien raisonnablement et suivant sa destination

302. L'utilisation « *raisonnable* » du bien est inhérente à l'obligation de conservation⁵⁶². En matière de louage, cette obligation figure à l'article 1728-1° du Code civil, qui impose au preneur « *d'user de la chose louée raisonnablement* » d'une part et « *suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention* » d'autre part. Il s'agit d'une obligation principale du locataire, au même titre que l'obligation de paiement du loyer. Dans le contrat de bail, l'utilisation de la chose louée par le preneur est donc doublement encadrée.

303. **L'usage raisonnable.** – Le preneur bénéficie certes du droit de jouir paisiblement du bien, mais il doit en user avec diligence, en y apportant tous les soins

⁵⁶¹ Article 1730 du Code civil.

⁵⁶² L'article 1197 du Code civil dispose que « *l'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable* ».

attendus d'une personne raisonnable⁵⁶³. À ce titre, le preneur doit essentiellement s'interdire tout usage susceptible de porter atteinte à l'intégrité matérielle du bien, à ses qualités substantielles⁵⁶⁴. C'est ainsi que le locataire n'a en principe pas le droit de changer la forme de la chose louée sans l'autorisation du bailleur. Enfin, le locataire doit veiller à ce que l'usage des locaux loués ne cause pas de nuisance aux tiers, notamment aux autres locataires du bailleur et aux voisins. L'usage raisonnable correspond en résumé à un usage normal du bien, sans abus de jouissance.

304. Le respect de la destination des locaux. – L'article 1728-1° du Code civil impose au preneur d'user de la chose louée « *suivant la destination qui lui a été donnée par le bail ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention* ». La destination d'un bien correspond à l'usage auquel il est affecté. La destination est soit fixée par un texte législatif ou réglementaire⁵⁶⁵, soit déterminée conventionnellement par les parties, soit encore « *présumée d'après les circonstances* ». Imposer au preneur d'user de la chose louée suivant sa destination implique à notre sens deux choses : d'une part, le preneur doit user du bien en respectant les règles inhérentes à sa destination ; d'autre part, le preneur ne devrait pas pouvoir en changer la destination sans obtenir l'autorisation préalable du bailleur.

Sur le premier point, le preneur doit user du bien en suivant les règles inhérentes à sa destination. En matière commerciale, cet usage est très libre, le Code de commerce ne prévoyant guère de règle contraignante pour le locataire à cet égard. Une question mérite toutefois une attention particulière : le locataire commerçant, tenu d'user de la chose conformément à sa destination, a-t-il l'obligation d'exploiter les locaux loués ? Tandis qu'en matière de bail à ferme, l'article 1766 du Code civil prévoit expressément la

⁵⁶³ Suite à la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, le « bon père de famille », référence classique du Code civil, a laissé place au concept neutre de « personne raisonnable ».

⁵⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ. 25 mai 1966, n°64-12-323, « *Richelme c/Colin* », condamnant un locataire en raison d'un état de « *saleté repoussante* » des locaux loués, d'où se dégage « *une odeur insupportable* » et « *où des fils électriques sans protection courent contre les murs au risque de provoquer des incendies* ».

⁵⁶⁵ Article R.123-9 du Code de l'urbanisme qui prévoit neuf types de destination en droit de l'urbanisme : habitation, hébergement hôtelier, bureaux, commerce, artisanat, industrie, exploitation agricole ou forestière, entrepôt.

possibilité pour le bailleur de faire résilier le bail si le preneur ne cultive pas le fonds raisonnablement, l'article L.145-17 du Code de commerce ne sanctionne quant à lui la cessation de l'exploitation du fonds qu'en privant le locataire du droit au renouvellement et du paiement de l'indemnité d'éviction. Dans le bail à ferme, le défaut d'exploitation peut être sanctionné en cours de bail par la demande de résiliation. Dans le bail commercial, la sanction, si elle est encourue⁵⁶⁶, n'intervient qu'à l'expiration du bail, de sorte que l'on ne saurait imposer au locataire commerçant une obligation d'exploiter le fonds, du moins sur le fondement du Code de commerce. La Cour de cassation s'est d'ailleurs prononcée en ce sens dans deux arrêts en date du 10 juin 2009 : « *l'obligation d'exploiter est une condition d'application du statut des baux commerciaux dont l'inexécution ne peut entraîner la résiliation du bail en l'absence d'une clause imposant l'exploitation effective et continue du fonds dans les lieux loués*⁵⁶⁷ ». Un locataire qui n'exploiterait pas les locaux loués ne pourrait ainsi se voir reprocher de n'avoir pas respecté la destination des lieux. En matière commerciale, la règle selon laquelle le locataire doit user du bien en respectant les règles propres à sa destination n'est donc guère contraignante.

Tenu d'user de la chose suivant la destination qui lui a été donnée, le locataire a par ailleurs l'interdiction de changer la destination du bien. Il convient ici de préciser ce que recouvre la notion de destination. Au sens général du terme, la destination d'un bien loué s'entend d'une destination commerciale, ou d'habitation, ou professionnelle, ou rurale. Le changement de destination d'un local loué peut nécessiter l'obtention d'une autorisation administrative⁵⁶⁸ et est susceptible de soumettre la relation des parties à un régime

⁵⁶⁶ L'article L.145-17 du Code de commerce précise en effet que « *l'infraction commise par le preneur ne peut être invoquée que si elle s'est poursuivie ou renouvelée plus d'un mois après mise en demeure du bailleur d'avoir à la faire cesser* ».

⁵⁶⁷ Cass. 3^{ème} civ. 10 juin 2009, pourvois n° 07-18618 et 08-14422 ; C. GRIMALDI, *Revue des contrats* 1^{er} avril 2010, n°2 p. 684 et J-B SEUBE, *Revue des contrats* 2010, p. 1255 ; ces deux arrêts constituent d'ailleurs un revirement de jurisprudence par rapport à la position antérieure de la Cour de cassation. Dans un arrêt en date du 19 mars 1960, la Cour de cassation avait en effet décidé que « *l'obligation incombant au propriétaire d'après l'article 1728 du Code civil d'user de la chose en bon père de famille et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail implique celle d'entretenir les lieux et d'y exploiter jusqu'à la fin du bail le commerce prévu par celui-ci. Dès lors, même en l'absence d'une clause spéciale du contrat à cet égard, une Cour d'appel a pu estimer que l'abandon constaté par elle des lieux et du commerce prévu par le bail constituait une violation des obligations mises à la charge du preneur et justifiait en conséquence la résiliation du bail* ».

⁵⁶⁸ Permis de construire ou déclaration préalable sur le fondement des articles R.421-14 et R.421-17 du Code de l'urbanisme, autorisation de changement d'usage au titre de l'article L.631-7 du Code de la construction et de l'habitation.

juridique différent⁵⁶⁹. Un tel changement de destination est donc interdit sans l'accord des deux parties au contrat.

La question est toutefois plus délicate en matière commerciale, dans la mesure où la notion de destination peut être beaucoup plus précise. Dans le bail, les parties déterminent généralement la destination des locaux loués en visant l'activité que le preneur sera en droit d'exercer. Conformément à l'article 1728-1° du Code civil, le locataire commerçant, tenu d'exploiter les locaux conformément à la destination qui leur a été attribuée aux termes du bail, ne devrait donc pouvoir changer cette destination qu'avec l'autorisation du bailleur. Toutefois, l'article L.145-47 du Code de commerce autorise le locataire à « *adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires* » (déspecialisation partielle). Le locataire est alors uniquement obligé de faire connaître son intention au bailleur, lequel n'est en droit que de contester le cas échéant le caractère connexe ou complémentaire des activités. Ce n'est que lorsque le locataire envisage d'exercer une ou plusieurs activités différentes de celles prévues au bail que l'article L.145-18 du Code de commerce subordonne cette transformation à l'autorisation préalable du bailleur (déspecialisation plénière). Là encore, le statut des baux commerciaux s'avère favorable au locataire en limitant le plus possible les règles restreignant l'usage que celui-ci peut faire des locaux loués.

2°) *Procéder aux réparations locatives ou de menu entretien*

305. Dans le droit commun du louage, sauf clause contraire, le locataire n'est tenu de procéder qu'aux réparations locatives ou de menu entretien⁵⁷⁰. Et encore en est-il dispensé lorsqu'elles ont été occasionnées par la vétusté ou la force majeure⁵⁷¹. Le Code civil ne donne aucune définition précise des réparations réputées locatives ou de menu

⁵⁶⁹ Par exemple en cas de changement pour une destination d'habitation, cette nouvelle destination étant susceptible d'entraîner l'application immédiate et de plein droit de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 en vertu de l'article 2 de cette même loi.

⁵⁷⁰ Article 1754 du Code civil.

⁵⁷¹ Article 1755 du Code civil.

entretien. L'article 1754 du Code civil renvoie uniquement à l'usage des lieux et cite quelques exemples pour le moins désuets et inadaptés aux locaux commerciaux⁵⁷². Il appartient donc aux juges du fond de qualifier les réparations pour déterminer si elles relèvent de la responsabilité du bailleur ou de celle du locataire. À cette fin, les juges peuvent s'inspirer de la liste des charges récupérables établie par un décret du 26 août 1987 en matière d'habitation⁵⁷³. Cette liste prévoit notamment qu'incombent au locataire, au titre de l'entretien, les travaux d'entretien courant (vérification, nettoyage, graissage et réglage des différents équipements, contrôle des raccordements, ramonage des conduits de ventilation, etc.) et, au titre des menues réparations, le remplacement de petits appareils ou accessoires, la réparation de fuites, etc.

Qu'il s'agisse de la liste figurant à l'article 1754 du Code civil ou de celle énoncée par le décret de 1987, l'obligation de procéder aux réparations locatives ou de menu entretien est très limitée dans le droit commun du louage. Sauf aménagements conventionnels prévus au bail, l'essentiel des réparations incombe donc en principe au bailleur, tenu de procéder aux réparations « autres que locatives », ainsi qu'à celles occasionnées par la vétusté ou la force majeure.

3°) Répondre des dégradations ou des pertes causées au bien

306. La responsabilité pour faute présumée du locataire. – L'article 1732 du Code civil énonce clairement que le locataire est tenu pour responsable, vis-à-vis du

⁵⁷² « Les réparations locatives ou de menu entretien dont le locataire est tenu, s'il n'y a clause contraire, sont celles désignées comme telles par l'usage des lieux, et, entre autres, les réparations à faire :

Aux âtres, contre-coeurs, chambranles et tablettes de cheminées ;

Au recrépiment du bas des murailles des appartements et autres lieux d'habitation à la hauteur d'un mètre ;

Aux pavés et carreaux des chambres, lorsqu'il y en a seulement quelques-uns de cassés ;

Aux vitres, à moins qu'elles ne soient cassées par la grêle ou autres accidents extraordinaires et de force majeure, dont le locataire ne peut être tenu ;

Aux portes, croisées, planches de cloison ou de fermeture de boutiques, gonds, targettes et serrures. »

⁵⁷³ Décret n° 87-713 du 26 août 1987 pris en application de l'article 18 de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière et fixant la liste des charges récupérables.

bailleur, des dégradations ou des pertes survenues pendant sa jouissance⁵⁷⁴, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute. La responsabilité du locataire est une responsabilité pour faute présumée, celle-ci consistant le plus souvent dans un usage anormal du bien, le défaut de réparations locatives ou encore la réalisation de travaux affectant les locaux et non autorisés par le bailleur. Ce dernier n'a pas à prouver l'existence d'une faute. Il lui suffit de démontrer que les dégradations ou les pertes sont survenues pendant la jouissance du locataire, en produisant le cas échéant l'état des lieux d'entrée.

S'il souhaite être exonéré de toute responsabilité, le locataire doit prouver que la dégradation n'a pas été provoquée par une faute de sa part ou, conformément à l'article 1735 du Code civil, de son sous-locataire ou de son personnel⁵⁷⁵. Si le locataire prouve qu'il a fait un usage normal du bien loué, sa responsabilité n'est pas engagée.

Le locataire peut également être exonéré s'il invoque un cas de force majeure. Il lui appartient alors de prouver que les dégradations ou pertes ont été causées par un événement extérieur, imprévisible et irrésistible⁵⁷⁶.

Enfin, le locataire peut être exonéré de toute responsabilité s'il prouve que les dégradations ou pertes sont causées par la vétusté. Dans la mesure où l'article 1755 du Code civil dispense le locataire de procéder aux réparations causées par la vétusté, il ne saurait être tenu des dégradations engendrées par l'usure normale du bien.

307. Le cas de l'incendie. – L'article 1733 du Code civil dispose que le locataire répond de l'incendie à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine (cause étrangère). La présomption de responsabilité du locataire est beaucoup plus

⁵⁷⁴ Il convient de noter que l'article 1732 du Code civil évoque la jouissance et non la durée du bail, de sorte que si les dégradations surviennent après l'expiration du bail, mais alors que le locataire occupe encore les lieux, sa responsabilité sera engagée de la même façon que pendant l'exécution du bail.

⁵⁷⁵ La Cour de cassation ayant jugé que les patients d'un médecin ne constituaient pas des « personnes de la maison » au sens de l'article 1735 du Code civil, on peut par analogie considérer que la faute commise par un client du locataire n'entraîne pas non plus la responsabilité de ce dernier.

⁵⁷⁶ La force majeure est aujourd'hui définie dans le Code civil, à l'article 1218, qui dispose qu'« *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.* »

importante puisqu'il ne peut, en cas d'incendie, s'exonérer en prouvant qu'il n'a commis aucune faute à l'origine du sinistre.

Ce régime est d'autant plus sévère pour le locataire que la jurisprudence est très stricte dans l'appréciation des causes exonératoires. Le vice de construction ne sera ainsi retenu que s'il est effectivement à l'origine du sinistre. Il sera en revanche écarté s'il a seulement été la cause de la propagation de l'incendie⁵⁷⁷.

4°) Restituer le bien loué dans son état d'origine

308. À la fin du bail, le locataire est tenu de restituer le bien loué tel qu'il l'a reçu. En cas de dégradation ou de perte du bien, le locataire en répond dans les conditions susvisées, sa responsabilité pour faute étant en ce cas présumée, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure.

L'article 1730 du Code civil précise que s'il a été fait un état des lieux d'entrée, le preneur doit rendre le bien loué tel qu'il l'a reçu, suivant cet état. À défaut d'état des lieux, le preneur est présumé, sauf preuve contraire, avoir reçu le bien en bon état de réparations locatives. La rédaction d'un état des lieux d'entrée est donc vivement recommandée, en particulier pour le locataire.

Au cas où les locaux loués ne seraient pas restitués dans leur état initial, le locataire s'exposerait à payer au bailleur le coût des réparations, ainsi que des dommages-intérêts si le bailleur prouvait l'existence d'un préjudice.

309. Transition. - Dans le droit commun du louage, les obligations incombant au locataire au titre de la conservation du bien sont finalement peu contraignantes. Il s'agit pour l'essentiel d'en faire un usage normal, en s'abstenant de toute action pouvant porter

⁵⁷⁷ Cass. 3^{ème} civ. 18 mars 1992, n° 89-15.310.

atteinte à l'intégrité du bien et de procéder aux réparations courantes et de menu entretien pour en éviter la dégradation. Ces dispositions étant supplétives, rien n'interdit toutefois aux parties de prévoir des obligations plus lourdes pour le locataire. De tels aménagements conventionnels, en particulier concernant la répartition des travaux entre bailleur et locataire, sont désormais courants dans les baux commerciaux classiques, mais c'est surtout dans les centres commerciaux que l'on rencontre des clauses exorbitantes du droit commun.

B – L'aggravation de l'obligation de conservation du bien loué dans les centres commerciaux

310. Le succès des centres commerciaux repose non seulement sur une politique commerciale ambitieuse, mais également sur un environnement de haute qualité, destiné à attirer une clientèle nombreuse et à la faire circuler le plus longtemps possible dans l'enceinte de la galerie marchande. Un tel environnement exige, tant de la part du propriétaire que des locataires, un entretien des locaux commerciaux et des parties communes irréprochable. L'entretien et la conservation de ces espaces doivent donc faire l'objet de clauses très précises dans le bail. Au regard des développements ci-dessus, consacrés à l'obligation de conservation du locataire dans le droit commun du bail, force est de constater que l'obligation de conservation telle qu'elle résulte du droit commun du louage, ne saurait suffire et qu'en pratique, les obligations mises à la charge du locataire dans les baux de centres commerciaux dépassent très largement le cadre minimaliste fixé par le Code civil. Ainsi, tant l'usage que le locataire doit faire du bien (1^o), que la charge des travaux lui incombant (2^o), ou encore le sort des améliorations effectuées par le preneur en fin de bail (3^o) traduisent une volonté forte à la fois d'encadrer l'exploitation des locaux loués et de transférer sur les locataires une grande part des charges liées à l'immeuble.

1°) Le strict encadrement de l'usage du bien loué

311. L'article 1728-1° du Code civil impose au locataire « *d'user de la chose louée raisonnablement et suivant la destination qui lui a été donnée* ». Ainsi que nous l'avons démontré dans les développements consacrés au droit commun du louage, l'obligation d'user du bien raisonnablement oblige seulement le locataire à jouir de la chose louée normalement, c'est-à-dire avec raison, diligence et modération, en s'interdisant tout abus de jouissance. Le Code de commerce n'apporte quant à lui aucune dérogation, ni complément à cette règle. L'obligation d'user de la chose louée en suivant la destination qui lui a été donnée n'est guère plus contraignante pour le locataire. Ce dernier doit certes respecter la destination commerciale des locaux loués, mais il est autorisé, par le statut dérogatoire des baux commerciaux, à ajouter à l'activité contractuellement fixée, des activités connexes ou complémentaires. Seule la désécialisation dite plénière⁵⁷⁸ est soumise à l'autorisation préalable du bailleur. Qu'il s'agisse du droit commun du louage prévu par le Code civil ou du statut des baux commerciaux, l'usage que le locataire peut faire du bien loué est très large et fort peu encadré. Cette configuration est le résultat de la volonté du législateur de permettre au commerçant d'exploiter son outil de travail le plus librement possible. Une telle liberté ne nous paraît toutefois guère compatible avec les contraintes collectives et individuelles nécessaires au fonctionnement et au succès d'un centre commercial.

312. Encadrement strict des conditions d'usage des locaux loués. - L'exploitation d'un commerce au sein d'une structure collective doit être organisée et encadrée dans l'intérêt de tous, bailleur et locataires. Ce mode de fonctionnement a nécessairement des répercussions sur les modalités de la jouissance des locaux loués et ce, d'autant plus que le *standing* du centre commercial est élevé. Dans les centres commerciaux, le locataire ne doit pas se contenter « *d'user de la chose raisonnablement* ». Dès lors que le local est exploité au sein d'un ensemble plus vaste, il est de l'intérêt de tous

⁵⁷⁸ La désécialisation est dite plénière lorsque le locataire envisage d'exercer une ou plusieurs activités différentes de celles prévues au bail (article L.145-18 du Code de commerce).

que l'apparence des locaux soit harmonieuse et de qualité équivalente, de façon à préserver une unité favorable à l'attractivité de la clientèle. C'est ainsi que de nombreux baux conclus dans les centres commerciaux introduisent des notions d'esthétisme et de confort pour la clientèle, notions généralement absentes des baux classiques.

Il n'existe pas de clause type en la matière, le *standing* et les contraintes de fonctionnement pouvant varier d'un centre commercial à un autre. Toutefois, il est possible de recenser quelques grandes règles communes. De manière générale, les baux imposent au locataire de veiller à ce que les locaux loués présentent toujours une bonne apparence et contribuent à la préservation de l'aspect et de la bonne tenue du centre et de ses abords. Ainsi, le locataire est-il le plus souvent obligé de procéder ou de faire procéder, à ses frais, au nettoyage et à l'entretien de son local, de sorte que les lieux soient constamment et en permanence propres, afin de ne jamais dégrader la qualité et l'image du centre commercial. Des règles strictes encadrent également l'apposition ou l'utilisation d'affiches ou inscriptions sur la devanture ou la vitrine des cellules commerciales. Dans certains cas, le bailleur interdit de telles appositions si elles n'ont pas été autorisées par lui. Dans le même souci de préserver l'esthétisme du centre commercial, les enseignes y sont particulièrement réglementées, toute installation d'enseigne ou agencement en saillie sur la devanture des locaux loués étant généralement subordonnée à l'autorisation préalable du bailleur.

De telles clauses imposent des contraintes fortes aux locataires. Elles sont toutefois valables juridiquement dans la mesure où elles n'enfreignent aucune disposition impérative du Code civil ou du Code de commerce. Il pourrait même être soutenu que de telles obligations sont inhérentes à la destination d'un local exploité dans un centre commercial. D'ailleurs, ces clauses ne sont pas systématiquement perçues négativement, de nombreuses enseignes étant aujourd'hui particulièrement sensibles à l'environnement dans lequel leurs points de vente sont exploités, car la qualité de cet environnement affecte directement leur image de marque et leurs performances commerciales. De telles clauses sont donc généralement acceptées sans grande difficulté par les locataires.

Dans un centre commercial, le comportement attendu du locataire dans l'utilisation des locaux loués n'est donc pas uniquement celui d'une personne raisonnable, mais celui d'un

commerçant particulièrement diligent, conscient de la qualité de l'environnement au sein duquel il exploite son activité et sachant s'y conformer.

313. Encadrement strict des conditions d'exploitation des locaux loués. -

Cette spécificité des centres commerciaux se traduit également par un encadrement strict de la destination des locaux loués, ainsi que cette question sera plus amplement traitée dans la partie de notre étude consacrée à l'encadrement de l'activité individuelle des preneurs⁵⁷⁹. En effet, compte tenu de la spécificité des centres commerciaux et de la nécessité de maintenir une diversité des activités et des enseignes qui y sont exploitées, les baux prévoient le plus souvent que le preneur devra exercer de manière permanente dans les locaux loués la totalité des activités énumérées dans son bail, à l'exclusion de toute autre. La faculté de changer la nature des activités ou d'y adjoindre des activités connexes ou complémentaires y est également très encadrée. De même, dans un centre commercial, les locataires sont tenus d'exploiter les locaux loués à des jours et heures déterminés, conformément aux usages du centre commercial.

2°) Le transfert de la charge des travaux d'entretien et de réparation sur le locataire

314. Caractère supplétif des règles de répartition du Code civil. –

L'augmentation des normes de sécurité, les politiques de développement durable successives, de même que l'évolution constante des pratiques commerciales et l'obsolescence inévitable des immeubles entraînent une inflation constante des coûts liés à leur entretien. Au point que la question de la répartition de ces coûts entre le bailleur et le locataire est devenue, au fil du temps, un point d'après négociations. La répartition prévue par le Code civil oblige par principe le bailleur à entretenir et réparer les locaux loués (articles 1719 et 1720 du Code civil). Le locataire n'est quant à lui tenu, sauf clause contraire, que des réparations locatives ou de menu entretien, à

⁵⁷⁹ 2^{ème} partie, Chapitre II, section 1, §1 A-1°.

l'exception de celles occasionnées par la vétusté ou la force majeure, qui demeurent à la charge du bailleur.

Aujourd'hui toutefois, rares sont les baux commerciaux qui ne prévoient pas une répartition différente de celle du Code civil. Les articles susvisés étant supplétifs de volonté, les parties sont libres de prévoir des règles différentes, sous réserve désormais de la loi Pinel du 18 juin 2014 et à condition que les clauses du contrat soient claires, non ambiguës et qu'elles reflètent la volonté commune des parties. Classiquement, le juge dispose d'un pouvoir d'interprétation, dont il n'hésite pas à faire usage en ce domaine, tant les contentieux sont nombreux. Ainsi que nous l'avons déjà souligné, les règles du Code civil sont peu précises s'agissant de la définition des réparations locatives, de sorte que la pratique a, depuis longtemps, cherché un critère clair permettant de distinguer de façon fiable les travaux incombant à chacun.

Considérant que la situation du bailleur et du locataire au regard de l'entretien de l'immeuble est assez similaire à celle du propriétaire et de l'usufruitier, la doctrine et la pratique ont rapidement jugé comme pertinente la distinction introduite par l'article 606 du Code civil entre les grosses réparations, qui incombent au propriétaire et les réparations d'entretien, qui relèvent de la responsabilité de l'usufruitier. Au sens de cet article, constituent des grosses réparations « *celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières. Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier. Toutes les autres réparations sont d'entretien* ». Pendant longtemps, la distinction prévue à l'article 606 du Code civil a constitué la clé de répartition des travaux entre bailleur et locataire. Cette référence est encore très largement employée aujourd'hui, mais ainsi que nous l'avons déjà évoqué dans les développements consacrés à l'obligation d'entretien du bailleur⁵⁸⁰, la Cour de cassation en a précisé le

⁵⁸⁰ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 1, § 2, A, 1^o) « *Les grosses réparations à la charge du bailleur* ».

contenu et la portée aux termes d'un arrêt en date du 13 juillet 2005⁵⁸¹. Au sens de l'article 606 du Code civil, constituent désormais des réparations d'entretien « *celles qui sont utiles au maintien permanent en bon état de l'immeuble* », « *tandis que les grosses réparations intéressent l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale* ». En définissant ainsi de façon générale chaque type de réparations et en supprimant toute référence à la liste énumérative des gros travaux de l'article 606 du Code civil, la Cour de cassation a étendu le champ des travaux devant incomber au bailleur. Cette jurisprudence, défavorable au bailleur, reçoit un écho tout particulier depuis l'entrée en vigueur de la loi Pinel.

315. Limitation impérative des clauses de transfert. – La loi Pinel du 18 juin 2014 interdit au bailleur de refacturer aux locataires les dépenses relatives aux grosses réparations de l'article 606 du Code civil, de même que celles relatives aux travaux ayant pour objet de remédier à la vétusté. Sur le plan de l'obligation d'entretien et de réparation, il y a donc, par l'effet de la loi Pinel, un retour aux principes posés par le Code civil. A la différence près que le Code de commerce érige ces dispositions au rang de règles impératives. Il est donc désormais clair que ces travaux, qui dépassent le cadre de l'entretien et de la réparation de l'immeuble, ne peuvent incomber au preneur. Une clause qui enfreindrait ce principe serait réputée non écrite.

316. Le transfert au preneur des travaux de réparation et d'entretien des parties communes. - Dans les centres commerciaux, les baux prévoient non seulement que les locataires seront responsables de l'entretien et des réparations des locaux loués, mais également qu'ils auront la charge des travaux afférents aux parties communes du centre commercial. En effet, outre les cellules privées, un centre commercial comprend différents espaces et équipements communs, accessibles ou non à la clientèle. Ces espaces et équipements communs sont variés et nombreux : espaces de circulation (piétonniers, automobiles, aires de livraison), parc de stationnement, canalisations et réseaux divers, dispositifs de fermeture, toitures, murs, monte-charges et ascenseurs, PC sécurité, etc. Leur

⁵⁸¹ C. cass. 3^{ème} civ., Bull. 2005, III n°155, p. 144.

entretien doit être assuré au même titre que celui des parties privatives, à la différence que les locataires ne peuvent en avoir directement la maîtrise s'agissant d'espaces communs à jouissance non privative. C'est donc le bailleur qui conserve la maîtrise de l'entretien et des réparations des parties communes, tout en répercutant les coûts et frais liés à ces travaux sur les locataires au travers des charges. Ainsi que nous l'avons déjà évoqué dans la partie de notre étude consacrée aux charges⁵⁸², jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi Pinel, le bailleur incluait généralement dans les charges refacturables aux locataires la totalité du coût des travaux d'entretien, de ravalement, de réparations, grosses ou menues, sans aucune distinction, en ce compris les réparations visées à l'article 606 du Code civil, et celles qui étaient occasionnées par la vétusté. C'est ainsi que, dans les centres commerciaux, les locataires pouvaient se voir transférer la totalité de la charge des travaux d'entretien et de réparations de l'immeuble, le bailleur ne conservant finalement que les travaux rendus nécessaires par la force majeure.

D'un strict point de vue économique, le fait de faire supporter aux locataires la charge des travaux portant sur les parties communes se justifiait, dès lors que celles-ci constituent un accessoire indispensable des locaux loués⁵⁸³. L'existence d'éléments et d'équipements communs constitue une caractéristique des centres commerciaux. La mutualisation de ces équipements et espaces, propices à créer un environnement commercial favorable à l'attraction de la clientèle, engendre logiquement une mutualisation des coûts à la charge des locataires. Elle leur permettait également de tirer profit des économies d'échelle ainsi réalisées.

Un tel transfert n'est toutefois plus valable juridiquement dans la mesure où la répartition des travaux entre les parties est désormais d'ordre public.

⁵⁸² Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 1^o) Le transfert contractuel des travaux sur les locataires avant la loi Pinel.

⁵⁸³ D'ailleurs, la plupart des baux affectent très précisément à chaque local une quote-part de parties communes. Cette quote-part constitue la clé de répartition des charges communes entre tous les locataires.

3°) *Le sort des améliorations effectuées par le preneur et la restitution des locaux loués en fin de bail*

317. Sort des améliorations effectuées par le preneur. - Par application de l'article 546 du Code civil, « *tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire* ». En conséquence, le bailleur devient automatiquement et immédiatement propriétaire, par voie d'accession, des améliorations effectuées par le preneur, dès lors que ces améliorations sont incorporées au local, c'est-à-dire lorsque leur enlèvement nécessiterait des travaux de remise en état, par opposition aux améliorations qui peuvent être détachées sans modifier la structure de l'immeuble et qui restent au contraire la propriété du preneur.

Dans la plupart des baux conclus dans les centres commerciaux, il est stipulé qu'au terme du bail, le preneur laissera tous travaux d'amélioration et d'embellissement - qu'ils soient ou non incorporés aux locaux loués - le bailleur se réservant la faculté soit d'exiger la remise des locaux loués en l'état initial - aux frais exclusifs du preneur - soit de conserver ces améliorations et embellissement sans indemnité au profit du preneur.

Mais dans certains cas, le bailleur a également la possibilité de bénéficier indirectement des améliorations faites par le preneur sans attendre la fin de la relation contractuelle. C'est le cas lorsque le contrat stipule par exemple que : « *Les travaux d'aménagement étant acquis au bailleur dès l'expiration du bail pendant lequel ils ont été réalisés, le preneur reconnaît ici que le bailleur pourra en tenir compte pour la détermination de la valeur locative lors du renouvellement du présent bail* ». Dans cette hypothèse, le locataire est obligé de veiller à la conservation des biens loués, d'assumer la charge des réparations les plus diverses et s'il projette d'améliorer le local, non seulement il devra en régler les frais sans pouvoir prétendre au paiement d'une indemnité en fin de bail, mais avec la garantie que la valeur ajoutée qu'il aura apportée au bien lui sera au surplus facturée à l'occasion du renouvellement du bail par le jeu de la révision du loyer à la valeur locative.

318. Les conditions de restitution des locaux loués en fin de bail. - L'obligation de conservation du locataire fait écho à l'obligation de restitution qui lui

incombe en fin de bail. Le locataire est en effet tenu de restituer les biens dans leur état d'origine. La bonne ou mauvaise exécution de cette obligation se mesure en comparant l'état des lieux d'entrée avec l'état des lieux de sortie. Mais dans les baux de centres commerciaux, l'obligation de réparations conformément aux prescriptions du bail peut se prolonger au-delà de son expiration. En effet, il est très fréquemment prévu que le preneur devra faire dresser, à ses frais, par l'architecte du bailleur auquel les parties confient, dès la conclusion du bail, un mandat d'intérêt commun, l'état des réparations à effectuer et le locataire s'oblige à en acquitter le montant.

Cette clause permet au bailleur de maintenir la qualité des aménagements et de préserver l'harmonie de l'ensemble. Une telle clause est nécessaire dans les centres commerciaux. En effet, lorsqu'un locataire quitte le centre, il y a fort à craindre qu'il ne souhaite plus investir dans le local qu'il occupait et qu'en conséquence, les travaux de sortie ne soient pas soignés. Une telle clause a l'avantage de permettre au bailleur de maintenir la qualité des aménagements et de préserver l'harmonie du centre, en prélevant, le cas échéant, les fonds nécessaires à la réalisation des travaux sur le dépôt de garantie versé lors de l'entrée du locataire dans les lieux.

319. Conclusion. – Les obligations incombant au locataire de centre commercial tant au titre des travaux, que de l'usage du bien loué, s'avèrent plus lourdes et contraignantes que celles du droit commun de l'obligation de conservation. Dans la plupart des baux conclus dans les centres commerciaux, le locataire est tenu de procéder à la quasi-totalité des travaux de réparation et d'entretien des locaux loués. Le locataire assume également la charge financière des travaux d'entretien et de réparation des parties communes autres que les grosses réparations.

Ce transfert est possible dès lors que les dispositions du Code civil sont, en la matière, supplétives de volonté, sous réserve désormais des dispositions de la loi Pinel du 18 juin 2014, qui interdisent que soient transférés au locataire les travaux dépassant le cadre strict de l'entretien et de la réparation. Mais si les locataires acceptent généralement cette aggravation de leurs obligations, financières ou non, c'est en raison des avantages qu'ils

espèrent tirer non seulement de l'organisation du centre et de sa politique commerciale, mais également de la qualité de l'immeuble, de son *standing*, qui permettra d'attirer une clientèle différente.

Au surplus, ainsi que nous l'avons développé dans la partie de notre étude consacrée à l'allègement de l'obligation d'entretien du bailleur, si les travaux d'entretien et de réparation peuvent être transférés au preneur, en revanche, ceux relevant de l'article 606 du Code civil, ceux relatifs à la vétusté ou bien encore ceux relevant de l'obligation de délivrance du bailleur doivent être conservés par ce dernier. Il en est ainsi lorsque l'immeuble est affecté d'un vice de construction⁵⁸⁴ ou lorsque l'état de l'immeuble est tel qu'il n'est plus susceptible de recevoir la destination convenue. Dans de tels cas, les travaux de réparation sont à la charge du bailleur, le fait que l'immeuble soit un centre commercial n'ayant à cet égard aucune incidence s'agissant d'une obligation essentielle du bailleur à laquelle il ne peut se soustraire.

⁵⁸⁴ Cass. 3^{ème} civ. 9 juillet 2008, Bull civ, III n°121.

Section 2 – L'émergence d'obligations spécifiques du preneur

320. Outre les obligations traditionnellement mises à sa charge, le preneur d'un local commercial implanté dans un centre commercial assume des obligations spécifiques, non prévues par le législateur et qui constituent autant de facteurs d'aggravation de sa situation contractuelle. Il s'agit essentiellement de l'obligation d'assurance dont l'étendue est renforcée (§1) et de l'obligation de mise aux normes des locaux dont la loi du 18 juin 2014, dite Pinel, a toutefois réduit le périmètre imputable au preneur (§2).

§ 1 – L'obligation d'assurance renforcée

321. Typologie des assurances. - L'assurance est un contrat par lequel un souscripteur (l'assuré) verse une somme d'argent (prime ou cotisation) en contrepartie de l'exécution d'une prestation par une entreprise d'assurance lorsque le risque couvert se réalise. Le Code des assurances distingue deux grands types d'assurances : les assurances de dommages et les assurances de personnes. Ainsi que l'a très clairement exprimé Madame Maud Asselain⁵⁸⁵, « *les assurances de dommages ont pour objet de prémunir l'assuré contre le risque d'une diminution de la valeur de son patrimoine.*⁵⁸⁶ La catégorie des assurances de dommages se subdivise en deux sous-catégories : celle des assurances de biens (ou de choses) d'une part, qui ont pour but de compenser la perte pécuniaire résultant, pour l'assuré, d'une atteinte subie par l'un de ses biens ; celle des assurances de responsabilité d'autre part, qui mettent à la charge de l'assureur l'indemnisation de la victime à la suite d'un dommage engageant la responsabilité de l'assuré. » Les assurances de personnes couvrent quant à elle les risques d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne ou liés à la vie humaine.

⁵⁸⁵ Jurisclasseur Responsabilité civile et Assurances, Fasc 510-10 : Assurances de dommages – règles générales.

⁵⁸⁶ « Cette diminution peut résulter d'un affaiblissement de l'actif patrimonial causé par la disparition, la destruction ou la détérioration d'un bien, comme d'une aggravation du passif liée à l'apparition d'une dette de responsabilité mise à la charge de l'assuré. »

322. Application à la matière commerciale. - En matière commerciale, un même événement peut donner lieu à la mise en œuvre de plusieurs assurances distinctes. Prenons par exemple un dégât des eaux survenu dans un magasin par suite d'un défaut d'entretien imputable au locataire. Si les aménagements du local et la marchandise sont endommagés, l'assurance de dommages aux biens éventuellement souscrite par le locataire l'indemniserait du montant des pertes subies. Si les murs du local sont endommagés, ou bien si un client chute dans le magasin en raison du sol mouillé, cette fois c'est l'assurance de responsabilité qui indemniserait le bailleur ou le client. L'assurance de responsabilité couvre à la fois les cas de responsabilité contractuelle et de responsabilité délictuelle. Vis-à-vis du bailleur, la responsabilité est contractuelle et fondée sur l'inexécution d'une obligation du bail ayant entraîné un préjudice pour le bailleur. Vis-à-vis du client, la responsabilité est délictuelle puisque le locataire n'a pas de relation contractuelle avec la victime du dommage survenu par sa négligence. Même si le Code de commerce ne prévoit aucune obligation d'assurance⁵⁸⁷, les baux commerciaux stipulent généralement que le bailleur et le locataire doivent souscrire chacun une police d'assurance de dommages aux biens et une police d'assurance de responsabilité civile.

323. Contenu des assurances souscrites par le bailleur. - La police d'assurance des biens souscrite par le bailleur ne couvre généralement que l'immobilier. Sont ainsi garantis les bâtiments, ainsi que les installations générales et techniques réputées immeubles par nature ou par destination. Dans les centres commerciaux, peuvent s'ajouter les biens meubles communs. La liste des risques pris en charge est assez classique : incendie, explosions, foudre, dommages électriques, dégâts des eaux, intempéries, grèves, émeutes, etc. Au titre de la police d'assurance de responsabilité, le bailleur est garanti contre les conséquences pécuniaires des responsabilités pouvant lui incomber du fait des

⁵⁸⁷ Contrairement au statut des baux d'habitation, la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 « tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, article 7 g) imposant au locataire « de s'assurer contre les risques dont il doit répondre en sa qualité de locataire et d'en justifier lors de la remise des clés puis, chaque année, à la demande du bailleur ; la justification de cette assurance résulte de la remise au bailleur d'une attestation de l'assureur ou de son représentant ».

ouvrages dont il est propriétaire et en raison des dommages corporels, matériels et immatériels consécutifs causés aux tiers.

324. Contenu des assurances souscrites par le preneur. – Au titre de l’assurance de dommages aux biens, le preneur est quant à lui tenu de faire assurer les dommages matériels affectant les travaux et embellissements (aménagement et agencements, même immobiliers par nature, par destination ou par incorporation) et tous les objets matériels ou autres meubles, lui appartenant ou dont il a la garde, garnissant les locaux loués. La liste des risques couverts est généralement plus étendue que celle du bailleur⁵⁸⁸. L’assurance souscrite par le preneur doit également couvrir les dépenses nécessaires pour la remise en état des locaux loués. Dans le prolongement de l’assurance de dommages aux biens, il peut être imposé au preneur de souscrire une assurance pour couvrir la perte d’usage ou la privation de jouissance pendant une durée minimum. Cette assurance permet d’indemniser le preneur du préjudice économique subi en raison de la survenance du sinistre et du temps nécessaire à sa réparation. Enfin, comme le bailleur, le preneur doit également souscrire une assurance de responsabilité civile pour tous les dommages corporels, matériels ou immatériels causés à des tiers et provoqués directement ou indirectement du fait de son activité, des biens lui appartenant ou dont il a la garde et du fait de ses préposés.

Dans les centres commerciaux, la situation du locataire au regard des assurances et de la responsabilité est aggravée par l’obligation de souscrire une assurance pour pertes d’exploitation (A) et l’obligation de renoncer à tout recours contre le bailleur et ses assureurs (B).

⁵⁸⁸ Incendie, foudre, explosion, dégât des eaux, démolition, bris de glace, fuites de sprinklers ou de tout autre liquide, dommages électriques, émeutes et mouvements populaires, tempêtes, tornades, honoraires d’expert, etc.

A - L'obligation de souscrire une assurance pour pertes d'exploitation

325. Contenu de l'assurance pour pertes d'exploitation. – Lorsqu'un sinistre se produit, l'entreprise subit généralement un double dommage : un dommage lié à la perte totale ou partielle du bien ou à sa dégradation et un dommage économique lié au ralentissement, voire à l'arrêt total ou partiel de son activité suite à la survenance du sinistre et pendant le temps nécessaire à sa réparation. Un tel trouble engendre le plus souvent une baisse du chiffre d'affaires de l'entreprise. En outre, lorsqu'un tel ralentissement survient, les charges ne sont pas réduites dans les mêmes proportions. En effet, si les charges liées à la production (achat de matières premières par exemple) ou à la vente varient en fonction de l'activité, d'autres charges fixes, telles que les impôts, les salaires, le loyer, demeurent au même niveau et constituent des charges incompressibles disproportionnées par rapport au chiffre d'affaires.

L'assurance pour pertes d'exploitation est un type d'assurance de dommages, dont l'objectif est à la fois d'aider l'assuré à réduire la période de perturbations de son activité et de l'indemniser des pertes financières résultant du sinistre durant cette période.

326. Intérêts de la souscription d'une assurance pour pertes d'exploitation dans les centres commerciaux. – Dans les centres commerciaux, le preneur est très souvent tenu d'assurer les pertes d'exploitation consécutives aux risques couverts par ailleurs par l'assurance de dommages aux biens⁵⁸⁹. Cette obligation présente un intérêt pour le preneur, dans la mesure où, le montant des charges en centre commercial étant très élevé, toute perturbation dans l'activité susceptible d'engendrer une baisse du chiffre d'affaires peut menacer l'équilibre budgétaire du locataire.

⁵⁸⁹ Incendie, explosions, dommages électriques, tempêtes, dégâts des eaux, mouvements populaires, terrorisme, vols, bris de glace, etc.

Mais l'assurance « pertes d'exploitation » est aussi cruciale pour le bailleur et ce, à deux titres. D'une part, en cas de pertes d'exploitation, il existe un risque que le preneur ne puisse régler le montant des loyers. L'assurance contre les pertes d'exploitation constitue en quelque sorte une garantie de paiement du loyer en cas de sinistre. D'autre part, dès lors que le montant du loyer dépend, en totalité ou partiellement, du chiffre d'affaires du locataire (clause recettes), l'assurance « pertes d'exploitation » offre au bailleur l'avantage de se préserver d'une diminution de loyer consécutive au sinistre. En effet, par le mécanisme de la subrogation réelle inhérent aux assurances, l'indemnité compense la perte causée par le dommage et peut être prise en compte dans le calcul du chiffre d'affaires servant pour le calcul du loyer.

L'obligation pour le locataire de souscrire une assurance « pertes d'exploitation » à ses frais est donc une source non négligeable d'aggravation de ses obligations classiques, d'autant plus que ce type d'assurances permet indirectement au bailleur de s'assurer par la même occasion de la stabilité du montant et de la régularité du paiement du loyer.

B - L'obligation de renoncer à tout recours contre le bailleur et ses assureurs

327. Les règles de responsabilité du bailleur et du locataire l'un envers l'autre n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent parfaitement convenir de renoncer à tout recours l'une contre l'autre en cas de survenance d'un dommage. Dans les centres commerciaux, outre cette renonciation à recours réciproque, les locataires s'engagent également à renoncer unilatéralement à tout recours contre le bailleur au titre de divers événements spécifiques.

328. Mécanisme de la clause de renonciation à recours. – Pour bien comprendre le fonctionnement de la clause de renonciation à recours, il convient de rappeler que l'article L. 121-12 , alinéa 1^{er} du Code des assurances dispose que :

« l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers, qui par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur »⁵⁹⁰. En vertu de cet article, l'assureur peut exercer les droits et actions dont était titulaire celui qu'il a indemnisé, c'est-à-dire qu'après avoir indemnisé la victime, l'assureur a la possibilité d'engager une action contre l'auteur du dommage ou son assureur, aux fins d'obtenir le paiement d'une indemnité. Or, la clause de renonciation à recours peut avoir pour effet de paralyser le mécanisme de la subrogation. En effet, il existe deux types de renonciation à recours : celle en faveur des cocontractants uniquement et celle en faveur des cocontractants et de leurs assureurs respectifs. Dans le premier cas, l'assureur de la victime ne peut pas agir contre le cocontractant, mais la jurisprudence admet qu'il puisse agir contre l'assureur de ce dernier. En effet, « la renonciation à tout recours contre le responsable du dommage n'implique pas la renonciation à un recours subrogatoire contre l'assureur de ce responsable⁵⁹¹ ». Dans le second cas, l'assureur de la victime est privé à la fois de tout recours contre le cocontractant, mais également contre l'assureur de celui-ci.

329. Condition d'efficacité de la renonciation à recours. - Pour être efficace, la clause de renonciation à recours doit toutefois être acceptée non seulement par le bailleur et le locataire, mais également par leurs assureurs respectifs. Elle doit également être exprimée de façon suffisamment claire et explicite au contrat de bail. Les assureurs n'étant pas partie au contrat, chaque partie devra en outre s'engager à obtenir de son assureur qu'il renonce à tout recours contre le cocontractant et son assureur. Par exemple, il pourrait être stipulé que « le preneur renonce et fait renoncer ses assureurs en cas de sinistre à tout recours qu'il serait fondé à exercer contre le bailleur, ses mandataires et ses assureurs, ainsi que contre l'ensemble des propriétaires, des locataires et plus généralement contre tous les autres occupants du centre, ainsi que leurs assureurs. À titre de réciprocité, le bailleur renonce et fera renoncer ses assureurs en cas de sinistre à tout

⁵⁹⁰ Par un arrêt en date du 10 juin 1997, la Cour de cassation a précisé que le recours subrogatoire institué par l'article L. 121-12 du Code des assurances s'exerce « quel que soit le fondement, contractuel ou quasi-délictuel, de cette responsabilité » (C. cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1997, Bull. civ. 1997, I, n°191, p. 128 « GAN c/ SMABTP »).

⁵⁹¹ Cass. 1^{ère} civ. 2 février 1994, n° 91-19952, « Union Générale du Nord c/ La Concorde ».

recours qu'il(s) serai(en)t fondé(s) à exercer contre le preneur et ses assureurs ». Un tel engagement de chaque cocontractant peut juridiquement s'analyser en une promesse de porte fort⁵⁹², mécanisme peu rassurant pour le cocontractant dans la mesure où la seule sanction envisageable se résume à des dommages et intérêts. Une solution serait donc d'exiger que soit produite, le jour de la signature du contrat de bail, une attestation de l'assureur aux termes de laquelle il s'engage à renoncer à tous recours et à ne jamais modifier les clauses du contrat d'assurance sans en avoir au préalable informé le bailleur. La clause de renonciation de l'assureur proprement dite figurera, quant à elle, dans le contrat d'assurance. À titre d'exemple, une clause de renonciation à recours pourrait être rédigée ainsi : *« L'assureur consent à renoncer à tous recours qu'il serait en droit d'exercer, au jour d'un sinistre, contre toutes les personnes physiques ou morales, de droit public, ou de droit privé, contre lesquelles l'assuré aurait lui-même, contractuellement ou par obligation, renoncé à tout recours. Il renonce également à tous recours contre les assureurs de ces personnes s'il en est fait mention expresse dans une convention »*.

330. Caractère réciproque de la renonciation à recours dans les centres commerciaux. - Dans les baux de centres commerciaux, la clause de renonciation à recours est stipulée en faveur des cocontractants et de leur assureur respectif. Cette pratique s'explique tout d'abord parce que les obligations du bailleur et du locataire au titre de l'assurance de dommages aux biens sont complémentaires. Dès lors que, schématiquement, le bailleur fait assurer les bâtiments et les équipements réputés immeubles par nature et que les locataires font assurer le reste des biens, aménagements immobiliers compris, tout sinistre survenant dans le centre sera nécessairement couvert soit par l'assurance du bailleur, soit par celle des preneurs. La réparation du sinistre étant assurée quoi qu'il arrive, la question du recours subrogatoire est une question qui, *a priori*, intéresse les assureurs et non les cocontractants, dès lors que la renonciation est réciproque.

⁵⁹² L'article 1204 C.civ. dispose que « (...) on peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages-intérêts. Lorsque le porte fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit. »

Du point de vue des assureurs, la renonciation à recours offre également des avantages non négligeables. Pour s'en convaincre, il suffit de comparer les modalités de règlement d'un sinistre selon que la clause de renonciation à recours a été stipulée ou pas. Prenons l'exemple d'un sinistre survenu dans les parties communes du centre du fait d'un locataire. En l'absence de renonciation, l'assureur du bailleur indemnise le bailleur du montant du préjudice subi, puis exerce un recours en responsabilité contre le locataire et/ou son assureur aux fins d'obtenir une indemnité. En revanche, si le bailleur et son assureur ont renoncé à tout recours contre le cocontractant et son assureur, l'assureur du bailleur assume la charge définitive de la réparation du sinistre. Pour le bailleur, le résultat est le même. Dans un cas comme dans l'autre, il est indemnisé par son assureur. Pour l'assureur du bailleur, la situation est différente. En l'absence de clause de non recours, il conserve la possibilité d'agir contre le locataire et/ou son assureur, mais cela suppose qu'il prouve que le sinistre a été causé par la faute du locataire, ce qui implique des démarches parfois longues et coûteuses. En outre, le montant de l'indemnité que l'assureur pourra percevoir sera au plus égal au montant de l'indemnité versée au bailleur, mais il pourra tout aussi bien être inférieur. En présence d'une clause de renonciation à recours, l'assureur du bailleur est déchu, il est vrai, de la possibilité d'obtenir une indemnité de la part du preneur et/ou de son assureur, mais il n'a pas non plus à supporter les contraintes, les coûts et l'aléa d'une procédure en responsabilité. En outre, le fait que la renonciation à recours soit réciproque garantit l'assureur du bailleur contre tout recours exercé par les assureurs des preneurs, ce qui permet, sur le long terme, de lisser le coût réel supporté par l'assureur.

331. Intérêt de la renonciation à recours réciproque en centre commercial. -

L'intérêt d'une clause de renonciation à recours réciproque en centre commercial est essentiellement de simplifier la gestion des sinistres et de limiter les coûts pour le bailleur. Le règlement d'un sinistre est beaucoup plus simple lorsque les parties ont renoncé à tout recours, puisque cela évite notamment d'avoir à rechercher la cause du dommage et à prouver la responsabilité de l'auteur, tout en aboutissant au même résultat vis-à-vis des parties, puisque le sinistre est réparé. Une telle simplification est avantageuse en centre commercial où les sinistres sont plus nombreux et où la recherche de responsabilité peut s'avérer complexe au regard du nombre de locataires. Sur le plan des coûts, la renonciation

à recours, dès lors qu'elle est réciproque, permet de dispenser chacun des cocontractants de la souscription de garanties de responsabilité complémentaires (garantie contre les « recours des locataires » pour le bailleur et garantie contre les « risques locatifs » pour le locataire). Cette économie est toutefois contrebalancée par le fait que les assureurs consentent généralement à renoncer à tout recours en contrepartie du paiement d'une surprime par l'assuré. Or, il est généralement stipulé que les primes des assurances souscrites par le bailleur sont incluses dans les charges incombant au locataire. Il est d'ailleurs étonnant que la loi du 18 juin 2014, dite Pinel, n'ait pas interdit la refacturation des primes d'assurance au locataire. On mesure alors toute la portée des clauses de renonciation à recours dans les baux de centres commerciaux. Équilibrées en apparence, elles font en réalité peser la totalité de la charge des assurances sur les locataires, d'autant plus que la renonciation à recours ne joue qu'entre le bailleur et chaque locataire, mais pas entre les locataires eux-mêmes.

Même réciproques, les clauses de renonciation à recours constituent donc une aggravation de la situation des locataires. Cette aggravation est en outre renforcée par la renonciation, unilatéralement cette fois, des locataires à tout recours contre le bailleur et son assureur au titre de certains événements spécifiques.

332. Renonciation à recours unilatérale des locataires et de leurs assureurs en faveur du bailleur et de son assureur. – Outre la clause de renonciation à recours en cas de sinistre qui, elle, est réciproque, il est très fréquent de rencontrer dans les baux de centres commerciaux une clause par laquelle le preneur seul, renonce par avance à tout recours contre le bailleur et son assureur au titre de divers événements, en particulier ceux constitutifs de troubles de jouissance. Ainsi, il n'est pas rare de rencontrer des baux prévoyant que le preneur et son assureur renoncent à tout recours contre le bailleur et son assureur, notamment en cas de vol ou autres actes délictueux commis dans les lieux loués ou dans les parties communes ; ou bien encore en cas d'agissements anormaux des autres commerçants du centre, de leur personnel, des clients ; ou en cas de défaut d'exploitation des autres locaux du centre ; ou en cas d'interruption, même prolongée, ou de fonctionnement intempestif des services de fluides ; ou de mise hors service ou d'arrêt de

l'un des éléments d'équipement communs ayant entraîné une privation de jouissance ou une perte d'exploitation pour le preneur.

Ces exclusions de responsabilité expressément visées dans le bail permettent au bailleur de rappeler qu'il n'entend être tenu d'aucune obligation au titre de la performance, de la surveillance et du gardiennage du centre commercial et que, sauf à prouver sa carence ou sa négligence, le bailleur ne peut non plus être tenu pour responsable en cas de dysfonctionnements des éléments d'équipement commun, eussent-ils causé un trouble aux locataires. De telles clauses sont également de nature à aggraver la situation des locataires au regard des assurances. En effet, dès lors que les locataires renoncent à tout recours contre le bailleur pour tout trouble de jouissance provenant d'un événement extérieur aux locaux loués mais inhérent au centre, à son fonctionnement ou aux autres occupants, cela signifie que les locataires doivent souscrire eux-mêmes une assurance pour couvrir ces risques à leurs frais.

333. Conclusion. – Au regard des assurances, les baux conclus dans les centres commerciaux se caractérisent par une prise en charge de la totalité des risques et coûts associés par les locataires. Si, sur le plan des principaux dommages aux biens, le bailleur et les locataires ont chacun l'obligation d'assurer les parties du centre dont ils ont la responsabilité (les bâtiments et éléments d'équipement communs pour le bailleur, le reste des biens, aménagements immobiliers compris pour les preneurs), le coût de ces assurances est en réalité intégralement pris en charge par les locataires. De sorte que la clause de renonciation à recours réciproque entre le bailleur et les locataires et leurs assureurs respectifs, d'apparence équilibrée, est en fait essentiellement destinée à simplifier la gestion des sinistres dans le centre, mais reste entièrement financée par les locataires via les charges. De façon assez étonnante, cette répercussion du coût des assurances du bailleur a, semble-t-il, échappé au législateur de 2014. Par ailleurs, sur le plan des autres sinistres, les preneurs ont l'obligation de souscrire des assurances spécifiques pour « pertes d'exploitation » de façon, notamment, à permettre au bailleur d'être garanti contre toute baisse du chiffre d'affaires occasionnée par un sinistre. Enfin, en consentant à renoncer unilatéralement à tout recours contre le bailleur et ses assureurs au titre de tout événement

ou fait de nature à leur causer un trouble de jouissance, les preneurs acceptent non seulement d'alléger la situation du bailleur, mais également de supporter les risques et coûts liés au fonctionnement du centre et à son environnement commercial.

§ 2 – *L'obligation de mise aux normes des locaux*

334. Contexte. – Sous l'influence des différentes politiques de préservation de la sécurité des personnes et de l'environnement, le droit immobilier a subi une très forte inflation législative et réglementaire au cours des dernières années, obligeant les propriétaires et exploitants à une adaptation constante de leurs immeubles, parfois à grands frais. On pense en particulier à la loi dite « handicap » du 11 février 2005, destinée à permettre aux personnes handicapées de bénéficier des mêmes conditions d'accès aux locaux commerciaux notamment, que les personnes valides, ou à défaut d'une qualité d'usage équivalente. Si les centres commerciaux ne sont que marginalement concernés par cette loi dans la mesure où la très grande majorité d'entre eux répondent déjà aux normes d'accessibilité, la réglementation applicable aux établissements recevant du public ou à certaines professions peut imposer la réalisation de travaux de mise aux normes fréquents et coûteux.

335. Rappel des règles afférentes aux établissements recevant du public. - Aux termes de l'article R.123-2 du Code de la construction et de l'habitation « *constituent des établissements recevant du public tous bâtiments, locaux et enceintes dans lesquels des personnes sont admises, soit librement, soit moyennant une rétribution ou une participation quelconque, ou dans lesquels sont tenues des réunions ouvertes à tout venant ou sur invitation, payantes ou non. Sont considérées comme faisant partie du public toutes les personnes admises dans l'établissement à quelque titre que ce soit en plus du personnel* ». Les centres commerciaux constituent des établissements de type M « Magasins de vente, centres commerciaux »⁵⁹³. Afin d'adapter la réglementation aux

⁵⁹³ Arrêté du 22 décembre 1981

risques encourus, le législateur a classé les établissements en cinq catégories, en fonction de l'effectif du public et du personnel⁵⁹⁴. Les normes de sécurité ont une incidence pratique importante tant au stade de la création du centre commercial qu'en cours d'exploitation. En tant qu'établissements recevant du public, les centres commerciaux sont donc soumis à des normes de sécurité impératives en matière d'incendie et d'accès des personnes handicapées.

La responsabilité du respect de ces règles visant à assurer la sécurité des personnes et l'accès des personnes handicapées incombe aux constructeurs, aux propriétaires et aux exploitants du centre commercial. Etant donné le coût que peuvent avoir de telles mises aux normes, une clarification du partage de responsabilité s'impose, notamment dans les rapports entre bailleur et locataire.

336. Les règles particulières à certaines activités. - Outre les règles de sécurité applicables aux établissements recevant du public, il arrive que des normes de sécurité ne concernant que certains commerçants installés dans le centre commercial soient adoptées et qu'elles imposent des travaux de mise aux normes.

Tel est le cas par exemple lorsqu'un établissement bancaire est implanté dans le centre commercial. En effet, le Code de la sécurité intérieure, dans sa partie relative à l'aménagement des locaux desservis par les personnes exerçant l'activité de transport de

594 Art. R.123-19 CCH : « L'effectif du public est déterminé, suivant le cas, d'après le nombre de places assises, la surface réservée au public, la déclaration contrôlée du chef de l'établissement ou d'après l'ensemble de ces indications.

Les règles de calcul à appliquer sont précisées, suivant la nature de chaque établissement, par le règlement de sécurité.

Pour l'application des règles de sécurité, il y a lieu de majorer l'effectif du public de celui du personnel n'occupant pas des locaux indépendants qui posséderaient leurs propres dégagements.

Les catégories sont les suivantes :

1ère catégorie : au-dessus de 1500 personnes ;

2e catégorie : de 701 à 1500 personnes ;

3e catégorie : de 301 à 700 personnes ;

4e catégorie : 300 personnes et au-dessous, à l'exception des établissements compris dans la 5e catégorie ;

5e catégorie : établissements faisant l'objet de l'article R. 123-14 dans lesquels l'effectif du public n'atteint pas le chiffre minimum fixé par le règlement de sécurité pour chaque type d'exploitation. »

fonds⁵⁹⁵, a imposé de nouvelles normes de sécurité. Ces normes impératives imposent des travaux pouvant nécessiter parfois une intervention sur la structure de l'immeuble pour un coût très important, provoquant inévitablement des débats entre bailleur et preneurs sur la question de la prise en charge des travaux. La répartition des travaux de mise en conformité entre bailleur et preneur doit donc être réglée dans le contrat de bail.

337. Plan. – Après avoir rappelé que l'obligation de mise aux normes est en principe à la charge du bailleur, nous verrons comment, pendant de nombreuses années, elle a fait l'objet d'un transfert sur la tête du preneur, créant pour ce dernier une nouvelle obligation non prévue dans le droit commun du louage (A) avant que la loi Pinel du 18 juin 2014 en limite la portée (B).

A - Une obligation incombant en principe au bailleur

338. Enoncé et fondement du principe. – Tantôt liée à l'immeuble, tantôt liée à l'activité du locataire, l'obligation d'adapter les locaux pour les mettre aux normes a, depuis longtemps, été mise à la charge du bailleur, à défaut de convention contraire des parties⁵⁹⁶. Initialement, ce principe était fondé sur l'obligation d'entretien prévue à l'article 1719-2° du Code civil⁵⁹⁷. Il l'est aujourd'hui également sur celui de l'obligation de délivrance de l'article 1719-1° du Code civil, qui impose au bailleur de délivrer au preneur un bien conforme à sa destination contractuelle⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ L'article D. 613-73 CSI impose en effet la réalisation de travaux de mise en conformité tels que la création d'un trappon permettant l'accolement du véhicule de transport de fonds à la façade de l'immeuble desservi et le transfert des valeurs sans que le convoyeur descende du véhicule, ou à défaut, un aménagement permettant, à l'intérieur des locaux desservis, le cheminement des convoyeurs lors du transport des fonds, ainsi que le dépôt et la collecte des fonds, en dehors de la vue ou de la présence du public.

⁵⁹⁶ Cass. Civ. 20 novembre 1953, n° 91-18322 : « les travaux imposés par le fait du principe sont traditionnellement assimilés aux réparations rendues nécessaires par la force majeure, lesquels sont à la charge du propriétaire par application de l'article 1719-2 du Code civil ». Désormais, la référence aux travaux rendus nécessaires par la force majeure a disparu.

⁵⁹⁷ Cass. 3ème civ. 24 mars 1993, n° 91-18322 : « les travaux prescrits par l'autorité administrative sont à la charge du bailleur, sauf stipulation expresse contraire. (En conséquence), la cour d'appel qui n'a pas constaté que le bail contenait une telle stipulation, a violé le texte susvisé (article 1719-2° du Code civil) ».

⁵⁹⁸ Cass. 3ème civ. 19 avril 1989, n° 87-14942 : l'arrêt rendu par la Cour d'appel était cassé au motif qu'elle aurait statué « sans rechercher si, eu égard à la destination des lieux prévue au bail, l'exécution des travaux imposés par l'Administration n'était pas rattachable à l'obligation de délivrance de la chose louée ».

Que l'obligation de mise aux normes soit fondée sur l'obligation d'entretien ou sur l'obligation de délivrance, le raisonnement de la Cour de cassation est le même. Si le bailleur est, sauf convention contraire, tenu de prendre en charge les travaux de mise aux normes, c'est en raison du fait qu'il est tenu, tant au moment de la prise d'effet du bail qu'au cours de son exécution, de permettre au preneur d'exploiter les locaux loués conformément à leur destination contractuelle.

339. Limites au principe. – Outre les dérogations conventionnelles dont il sera question ci-après, deux cas sont généralement reconnus comme constituant une limite à l'obligation de mise aux normes incombant au bailleur.

Le premier est lié à une réglementation spécifique, celle des installations classées pour la protection de l'environnement⁵⁹⁹. Cette réglementation est encadrée par le Code de l'environnement et crée, notamment, à la charge des exploitants une obligation de remise en état du site lorsque l'installation est mise définitivement à l'arrêt. À cette occasion, des mesures contraignantes peuvent être prescrites par l'Administration. Ces mesures ont pour objectif principal de remettre le site dans un état tel qu'il ne puisse pas porter atteinte aux intérêts de santé, sécurité et de salubrité publiques et qu'il puisse être utilisé dans le futur conformément à la réglementation. En droit de l'environnement, de telles obligations incombent à l'exploitant de l'installation, c'est-à-dire à celui au nom duquel l'installation a été déclarée, enregistrée ou autorisée. Le plus souvent, c'est le locataire qui est l'exploitant des installations nécessaires à son activité. Dans ce cas, si l'installation doit être mise aux normes en cours de bail ou que le site doit être remis en état à la fin de l'exploitation, ces obligations pèsent sur le locataire et non sur le bailleur. Par précaution, il est recommandé

⁵⁹⁹ Constituent des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) au sens de l'article L. 5111-1 du Code de l'environnement, « les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique ». Ces installations sont définies dans une nomenclature spécifique et sont soumises soit à autorisation, soit à enregistrement, soit à déclaration suivant la gravité des dangers ou des inconvénients que peut présenter leur exploitation.

de rappeler cette règle dans le contrat de bail également, afin de ménager au bailleur un moyen juridique d'exiger du locataire qu'il procède aux travaux de mise aux normes ou de remise en état du site de façon à ne pas altérer la situation de l'immeuble.

La seconde limite au principe selon lequel l'obligation de mise aux normes relève du bailleur réside dans l'activité exercée par le locataire. Pour mémoire, le fondement de ce principe est l'obligation du bailleur de délivrer et entretenir un bien en état de servir à l'usage pour lequel il a été loué. Par conséquent, le bailleur n'est pas tenu de la mise aux normes lorsque celle-ci est liée à une activité différente de celle contractuellement prévue⁶⁰⁰. De même, le bailleur n'a pas non plus à supporter la charge des travaux prescrits par l'Administration lorsque ceux-ci sont liés à l'utilisation que le locataire fait des locaux loués⁶⁰¹. Nous verrons toutefois que depuis l'entrée en vigueur de la loi dite Pinel du 18 juin 2014, ce raisonnement pourrait être battu en brèche.

En-dehors de ces deux cas spécifiques, l'obligation de mise aux normes du bailleur peut être encadrée conventionnellement dans le bail, à condition qu'elle n'aboutisse pas à un transfert sur le preneur de la prise en charge de grosses réparations. Cette dernière limite ayant été imposée par la loi Pinel.

⁶⁰⁰ Cass. 3^{ème} civ. 13 juin 2007, n° 06-13661 : « ne constitue pas un événement relevant de la force majeure la prescription par l'autorité administrative de travaux de sécurité, dès lors que ces travaux n'ont été rendus nécessaires qu'en raison de l'adjonction par le locataire d'activités complémentaires à celles contractuellement prévues ; qu'ayant relevé que la société Alyso avait effectué dans le courant de l'année 2000 des travaux de percement du mur séparant le hall de l'hôtel, transformé en salle de jeux, et la salle de débit de boissons pour valoriser cette dernière activité, nonobstant le refus du propriétaire exprimé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception le 15 janvier 2000, la Cour d'appel en a exactement déduit que la circonstance que le percement du mur ait été rendu nécessaire pour respecter les exigences de la commission communale de sécurité pour permettre l'activité de jeux était inopérante dès lors que ce percement avait été effectué en violation des dispositions contractuelles et a, sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, légalement justifié sa décision ».

⁶⁰¹ Cass. 3^{ème} civ. 28 mai 2003, n° 01-16992 : « ayant relevé que le rapport des services vétérinaires faisait état de manquements quotidiens du preneur aux règles d'hygiène élémentaire et non pas de l'impossibilité pour celui-ci d'exercer en raison de l'état des lieux loués comme il avait pu le faire au cours des cinq années précédentes, la Cour d'appel (...) a exactement retenu que le bailleur n'avait pas à supporter la charge de travaux imposés par l'Administration en raison de l'utilisation que le locataire a fait des locaux et des installations ».

B - Une obligation transférée partiellement au preneur

340. Contexte. - Les centres commerciaux constituent des établissements recevant du public relevant généralement, compte tenu des effectifs qu'ils sont susceptibles d'accueillir, de la première catégorie, c'est-à-dire de la catégorie la plus contraignante. Plus précisément, un centre commercial constitue, d'après l'arrêté du 22 décembre 1981⁶⁰², un groupe d'établissements recevant du public au sens de l'article R. 123-21, alinéa 1^{er} du Code de la construction et de l'habitation⁶⁰³. En principe, chaque locataire devrait donc être responsable, en sa qualité d'exploitant, du respect de la réglementation applicable à son établissement au vu de la catégorie dont il relève et le propriétaire bailleur devrait être responsable du respect de la réglementation pour ce qui concerne les parties communes du centre (mail, parking, etc). Toutefois, l'article R. 123-21, alinéa 1^{er} du Code de la construction et de l'habitation impose en matière de groupement d'établissements recevant du public que les exploitations soient placées sous une direction unique, responsable auprès des autorités publiques des demandes d'autorisation et de l'observation des conditions de sécurité tant pour l'ensemble des exploitations, que pour chacune d'entre elles. Le plus souvent, la fonction de direction unique est assurée par le gestionnaire du centre commercial, professionnel qualifié notamment à cet effet. Si la réglementation est très précise en la matière, elle est également particulièrement contraignante pour ce type d'établissement. Et si de telles contraintes sont parfaitement maîtrisées en amont de la construction du centre s'agissant des centres récents, le vieillissement du parc immobilier des centres commerciaux impose de façon chronique des travaux de mise aux normes parfois très coûteux. La question de la prise en charge de la mise aux normes des locaux est donc cruciale à double titre dans les centres commerciaux. Or, les centres commerciaux étant dans une large proportion détenus par des investisseurs privés, ceux-ci entendent

⁶⁰² Arrêté du 22 décembre 1981 portant approbation des dispositions modifiant et complétant le règlement de sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public (ERP type M).

⁶⁰³ Article R. 123-21, alinéa 1er du Code de la construction et de l'habitation : « *La répartition en types d'établissements prévue à l'article R. 123-18 ne s'oppose pas à l'existence, dans un même bâtiment, de plusieurs exploitations de types divers ou de types similaires dont chacune, prise isolément, ne répondrait pas aux conditions d'implantation et d'isolement prescrites au règlement de sécurité. Ce groupement ne doit toutefois être autorisé que si les exploitations sont placées sous une direction unique, responsable auprès des autorités publiques des demandes d'autorisation et de l'observation des conditions de sécurité tant pour l'ensemble des exploitations que pour chacune d'entre elles* ».

transférer aux locataires une grande partie des coûts liés aux travaux de mise aux normes. Un tel transfert est-il valable et, dans l'affirmative, à quelles conditions et dans quelle mesure ?

341. Situation antérieure à la loi Pinel. – L'obligation de mise aux normes incombe en principe au bailleur car elle se rattache à l'obligation de délivrance et à l'obligation d'entretien qui lui incombent. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014, dite Pinel, la Cour de cassation admettait toutefois que cette obligation soit transférée au locataire dès lors que le bail le prévoyait expressément⁶⁰⁴. Cette solution de principe soulevait toutefois quelques interrogations. Si la Cour de cassation fondait l'obligation de mise aux normes tantôt sur l'obligation de délivrance du bailleur - obligation essentielle - tantôt sur l'obligation d'entretien - obligation supplétive - comment pouvait-elle décider que, de manière générale, les travaux de mise aux normes puissent être contractuellement mis à la charge des preneurs ?

Avant même l'entrée en vigueur de la loi Pinel, l'on pouvait en effet s'interroger sur la validité d'un tel transfert dans la mesure où il portait sur une obligation essentielle du bailleur.

Sous cet angle, il nous semble que l'analyse que nous avons adoptée de cette obligation dans les développements précédents pouvait permettre de clarifier les choses. Rappelons en effet que l'obligation de délivrance est une obligation hétérogène dans sa nature et dans sa portée et qu'à notre sens, ne constitue une obligation essentielle à laquelle il ne peut être dérogé contractuellement que l'obligation du bailleur de mettre à disposition du preneur un bien susceptible de remplir la destination convenue au jour de la prise d'effet du bail et pendant toute sa durée d'exécution. En vertu de cette obligation, le bailleur est donc tenu

⁶⁰⁴ Cass. 3^{ème} civ. 1er juin 1999, n° 97-20164 : « Attendu qu'ayant relevé que les clauses, invoquées par la bailleuse, concernaient la jouissance des lieux par le preneur et non l'obligation de délivrance à laquelle est tenu le bailleur et exactement retenu que les travaux prescrits par l'autorité administrative devaient être assimilés aux réparations, rendues nécessaires par la force majeure et étaient à la charge du bailleur en vertu de son obligation de délivrance, sauf si le bail prévoyait expressément que le preneur prendrait à sa charge l'ensemble des travaux imposés et notamment les travaux de mise aux normes de sécurité des établissements recevant du public, la cour d'appel a, sans dénaturer, retenu que le bail ne contenait aucune clause en ce sens ».

de faire en sorte que le bien soit doté de toutes les autorisations nécessaires à l'exploitation des locaux loués, dans la mesure où il serait seul habilité à les requérir et à les obtenir. En revanche, le bailleur peut transférer au preneur la charge d'obtenir toutes autres autorisations. De même, les parties peuvent convenir que le bien ne soit pas en état de permettre au preneur d'exploiter les lieux et qu'il lui appartient de procéder, à ses frais, aux travaux nécessaires. Cette lecture de l'obligation de délivrance du bailleur permettait d'éclairer et d'approuver la solution de la Cour de cassation. En effet, lorsqu'elle se prononçait sur la question de la mise aux normes des locaux, la Cour de cassation était interrogée sur la question des travaux. Or cette question relevait non pas du point de savoir si le bien était susceptible ou non de recevoir la destination convenue, mais du point de savoir s'il était en état. L'obligation de procéder aux travaux de mise aux normes étant rattachable à l'obligation de remettre un bien en état de permettre la destination convenue, le transfert contractuel de cette obligation au preneur était par conséquent tout à fait possible. En revanche, si la mise aux normes impliquait l'obtention d'autorisations que seul le bailleur serait en mesure d'obtenir, il ne pouvait refuser de procéder aux démarches en invoquant le transfert de l'obligation de mise aux normes sur le locataire, dès lors que cette mise aux normes était requise aux fins de permettre au preneur d'utiliser les locaux conformément à la destination convenue.

Si le transfert de l'obligation de procéder aux travaux de mise aux normes était valable antérieurement à la loi Pinel, la Cour de cassation veillait strictement au respect des conditions.

342. Conditions du transfert de l'obligation de mise aux normes. – Le transfert de l'obligation de mise aux normes devait impérativement être prévu au bail. S'agissant d'une clause dérogatoire au droit commun, elle devait être rédigée de façon claire et non équivoque. A défaut, conformément aux règles d'interprétation du contrat fixées par le Code civil, en particulier l'article 1162, dans le doute, la convention s'interprétait contre le bailleur et en faveur du preneur.

343. Modification apportée par la loi Pinel. – La loi du 18 juin 2014 dite Pinel, complétée par le décret du 3 novembre 2014, a toutefois modifié cette

répartition en introduisant un dispositif spécifique aux charges et travaux. L'article R. 145-35-2° du Code de commerce dispose en effet que ne peuvent plus être imputées au locataire « *les dépenses relatives aux travaux ayant pour objet 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 de l'article 606 du Code civil* ».

344. Impacts de la modification apportée par la loi Pinel. – Il est regrettable que le législateur ait retenu la référence à l'article 606 du Code civil, dont on sait le contentieux d'interprétation qu'il a engendré. Certes, depuis 2005, les travaux visés par l'article 606 du Code civil bénéficient d'une définition prétorienne. La Cour de cassation a en effet décidé que constituent des grosses réparations « *celles qui intéressent l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale* »⁶⁰⁵. Il n'en demeure pas moins que cette définition suscitera probablement également des contentieux sur la qualification de la nature des travaux.

Ensuite, la question se pose de savoir si tous les travaux de mise en conformité ne relevant pas de l'article 606 du Code civil incomberont nécessairement au preneur par une application *a contrario* de l'article R. 145-35 2° du Code de commerce ? Il est permis d'en douter. En effet l'article R. 145-35-2° du Code de commerce n'a pas pour objet de répartir les travaux entre le bailleur et les locataires, mais d'interdire au bailleur de transférer certaines charges sur les locataires. Les baux commerciaux peuvent donc tout à fait prévoir par une clause claire et précise que les travaux de mise aux normes seront à la charge des locataires. Ainsi, seules les grosses réparations resteront à la charge du bailleur.

En revanche, les mises aux normes qui seraient rendues nécessaires du fait de l'activité propre aux locataires devront désormais être prises en charge par le bailleur dès lors qu'elles impliquent de grosses réparations. L'obligation de mise aux normes

⁶⁰⁵ Cass. 3^{ème} civ. 13 juillet 2005, n° 04-13.764.

peut donc encore aujourd'hui être transférée par le bailleur aux preneurs, mais de manière partielle.

345. Conclusion. – L'obligation de mise aux normes incombe au bailleur car elle se rattache à l'obligation de délivrance et d'entretien, à moins que les parties n'aient convenu, par une clause expresse et dépourvue de toute ambiguïté, que les travaux seront assurés et /ou pris en charge par le locataire et à condition qu'elle n'implique pas de grosses réparations au sens de l'article 606 du Code civil. Il est permis de s'interroger sur le point de savoir si une telle obligation aurait pu relever de l'obligation de conservation due par le locataire. À notre sens non. En effet, conserver c'est « *préserver, protéger, maintenir dans un certain état* »⁶⁰⁶. Or, la mise aux normes de locaux implique au contraire que des modifications parfois profondes soient apportées au bien loué. La mise aux normes va bien au-delà de la simple conservation du bien loué. En ce sens, transférer cette obligation sur les preneurs constitue pour eux non pas une simple aggravation d'une obligation classique. Il s'agit bien d'une obligation nouvelle, néanmoins encadrée désormais par la loi Pinel.

Notons que dans les centres commerciaux, ce transfert s'étend non seulement aux locaux privatifs exploités par les locataires, mais également aux parties communes du centre, la clause « Charges » du bail prévoyant généralement que sont compris dans les travaux refacturés aux locataires ceux de remplacement, d'amélioration ou de rénovation des parties communes justifiées par la réglementation administrative en vigueur ou à venir.

Enfin, les baux conclus dans les centres commerciaux stipulent généralement que les locataires devront procéder aux travaux de mise aux normes, qu'ils aient fait ou non l'objet d'une injonction administrative. Cette précaution est particulièrement utile pour éviter toute interprétation restrictive de la clause qui pourrait être néfaste au fonctionnement du centre commercial. En effet, la fermeture administrative d'un local dans un centre commercial, pour un motif lié à un manquement aux règles d'hygiène, de sécurité ou de

⁶⁰⁶ Dictionnaire de l'Académie Française, 9^{ème} édition.

salubrité, peut être particulièrement nuisible à l'image du centre. En conséquence, le bailleur a tout intérêt à pouvoir exiger des locataires qu'ils respectent la réglementation applicable sans attendre la menace de l'injonction administrative.

346. Transition. – C'est dans les centres commerciaux que sont nés les baux dits « investisseurs », baux qui permettaient au bailleur de percevoir un loyer net de toutes taxes et charges, en transférant aux preneurs les charges de l'immeuble. Ces transferts parfois excessifs et que les organismes professionnels tels que le Conseil National des Centres Commerciaux (CNCC) ne sont pas parvenus à réguler, ont fini par aboutir au vote sanction de la loi Pinel, qui impose désormais au bailleur d'assumer la charge financière des grosses réparations de l'immeuble. Hormis la clause-recettes qui permet encore au bailleur d'échapper aux rigidités et complexités de la détermination du loyer de renouvellement issues de la loi Pinel, le bail de centre commercial n'est aujourd'hui guère différent du bail de centre-ville d'un point de vue financier. En revanche, ainsi que nous allons l'étudier, les règles afférentes à l'activité du preneur sont très différentes dans un centre commercial compte tenu de la spécificité de la configuration d'un tel immeuble.

TITRE II - LES REGLES AFFERENTES A L'ACTIVITÉ DU PRENEUR

347. « Ensemble de magasins et services, conçu, réalisé et géré comme une unité⁶⁰⁷ », le centre commercial ne se résume pas à un immeuble dont la jouissance est conférée à différents exploitants. Le centre commercial est, depuis l'origine, et encore plus aujourd'hui, avant tout un lieu d'exercice d'une activité économique et commerciale intense, ayant vu naître et se déployer des formes de commerce modernes telles que la franchise et prospérer de grandes enseignes de la distribution⁶⁰⁸. Au-delà de l'aspect architectural et des problématiques liées à la gestion de l'immeuble, le succès d'un centre commercial repose sur trois piliers : la diversité de l'offre commerciale, à la fois concurrente et complémentaire, une discipline commune permettant d'assurer l'unité et l'harmonie du centre et enfin une politique de publicité et d'animation destinée à capter une clientèle de plus en plus nombreuse et à assurer le développement du centre et sa pérennité.

C'est pourquoi, en sus des règles afférentes à l'immeuble du bailleur, il doit exister un ensemble de règles destinées à organiser l'activité collective des preneurs (Chapitre 1) et à encadrer leur activité individuelle (Chapitre 2).

CHAPITRE I : L'ORGANISATION DE L'ACTIVITE COLLECTIVE DES PRENEURS

CHAPITRE II : L'ORGANISATION DE L'ACTIVITE INDIVIDUELLE DU PRENEUR

⁶⁰⁷ Raoul d'HEUCQUEVILLE, alors Président du Conseil National des Centres Commerciaux (CNCC), *La notion de centre commercial*, RDI 1994, p. 531.

⁶⁰⁸ Telles que la FNAC, H&M, C&A etc.

CHAPITRE 1 – L'ORGANISATION DE L'ACTIVITÉ COLLECTIVE DES PRENEURS

348. Unité et cohérence caractérisent les centres commerciaux. L'unité et la cohérence des locaux, préservées par le bailleur, doivent se prolonger au niveau de l'exploitation par la mise en place de règles communes, destinées à unifier les pratiques commerciales et les modes d'exploitation des locaux. Ainsi que le soulignait Monsieur Raoul d'Heucqueville⁶⁰⁹ « *le centre commercial s'oppose aux autres formes de concentration commerciale (spontanées voire anarchiques) comme les rues commerçantes ou les zones commerciales à l'entrée de villes, dans la mesure où il est, tant au stade de sa conception qu'à celui de son exploitation, soumis à des organes qui assurent cette unité, fondement principal de sa dynamique* ».

Le succès d'un centre commercial réside également dans la mise en œuvre d'une politique d'animation et de publicité commune dynamique, encadrée par un corps de règles communes contraignantes. La majorité des centres commerciaux étant en effet situés en périphérie des villes, la publicité est une nécessité absolue pour drainer le flux de clientèle susceptible de générer un chiffre d'affaires suffisant pour couvrir les charges du centre et assurer son développement.

Assurer une cohérence et une unité de l'exploitation et mettre en œuvre une politique d'animation dynamique, tels sont les deux paramètres guidant l'organisation de l'activité collective des preneurs dans un centre commercial. Pendant longtemps, il a semblé pertinent d'associer ces derniers aux prises de décision, en les regroupant au sein de structures « *ad hoc* », constituées à l'effet de décider notamment de la politique d'animation du centre (Section 1). Toutefois, sous l'effet d'attaques ciblées,

⁶⁰⁹ *Op. cit.*

portées par certains preneurs, ces structures sont aujourd'hui en voie d'abandon par les bailleurs, qui leur préfèrent des solutions moins participatives, mais plus efficaces (Section 2).

Section 1 – L'utilité et le choix des structures d'organisation

349. Le bail commercial crée une relation juridique bilatérale entre le bailleur, propriétaire du centre et chaque exploitant. Du point de vue de l'organisation de l'activité collective des preneurs, qui nécessite, rappelons-le, d'assurer la cohérence et l'unité de l'exploitation ainsi que la mise en place d'une politique d'animation et de publicité active pour la totalité du centre, le bail à lui seul ne semble pas être l'outil le plus approprié pour répondre à cet objectif collectif.

C'est pourquoi la pratique a établi, en marge du bail commercial, des documents uniques et applicables à tous les exploitants du centre. Et pour permettre d'associer les exploitants à la vie du centre et aux prises de décisions intéressant la collectivité, des structures *ad hoc* ont été créées.

350. Plan – Avant de présenter ces structures (§2), il est utile d'en préciser l'utilité dans les centres commerciaux (§1).

§ 1 – L'utilité d'une structure d'organisation

351. Le recours au règlement intérieur pour assurer la cohérence et l'unité de l'exploitation. – L'organisation de l'activité collective des preneurs doit permettre d'assurer la cohérence et l'unité des pratiques commerciales. Or, si le bail constitue le support juridique de la relation entre le bailleur et chacun des locataires, il n'est pas pour autant l'outil le plus adapté pour répondre à cet objectif d'harmonisation globale. En effet, d'une part, les règles portant sur les pratiques commerciales doivent être identiques pour tous les locataires. De ce point de vue, il est donc préférable de disposer d'un document de référence unique pour l'ensemble des locataires. D'autre part, tout en étant rattaché au bail, ce document doit pouvoir être adapté avec souplesse et rapidité. Là encore, le fait de disposer d'un document de

référence unique, différent du bail, permet d'éviter non seulement le formalisme plus long d'un avenant à chaque bail, mais aussi le risque d'une négociation individuelle par chaque preneur à cette occasion. Le contenu du règlement intérieur est entièrement libre et peut donc varier d'un centre à l'autre selon leurs contraintes et spécificités. On y trouve généralement des règles portant sur l'organisation générale du centre (horaires et jours d'ouverture, modalités de livraison, conditions d'utilisation du mail, des parkings, des quais de livraison, politique de gestion des déchets, etc.) et sur les modalités d'exploitation des commerces (respect des règles de sécurité, entretien, nettoyage, éclairage des vitrines, etc.).

Le règlement intérieur se caractérise par le fait qu'il est obligatoire, opposable à tous les exploitants du centre et modifiable unilatéralement par le bailleur. Le règlement intérieur est tout d'abord obligatoire. Il contient des règles impératives constituant autant d'obligations complémentaires à celles stipulées dans le bail, dont il constitue d'ailleurs une annexe. Ce caractère obligatoire est également spécifié dans le bail lui-même, de sorte que le règlement intérieur a, entre les parties, la même force obligatoire que le contrat de bail. S'il ne respecte pas le règlement intérieur, tout exploitant s'expose généralement non seulement au paiement de pénalités, mais il encourt également le risque de la mise en jeu de la clause résolutoire par le bailleur. Enfin, le règlement intérieur est modifiable à la seule initiative du bailleur ou de son représentant, ce qui permet au propriétaire du centre de conserver la maîtrise de la politique commerciale.

L'unité et la cohérence des pratiques commerciales dans le centre sont assurées, sous la maîtrise et le contrôle du bailleur, par le règlement intérieur et ne nécessitent pas le recours à une structure d'organisation spécifique. Néanmoins, lorsqu'elle existe, cette structure peut permettre de soumettre les modifications envisagées à l'avis consultatif des exploitants du centre, ce que prévoient certains règlements intérieurs. L'utilité de la mise en place d'une structure fédératrice s'avère en revanche beaucoup plus forte lorsqu'il s'agit d'assurer le succès de la politique d'animation et de publicité du centre commercial.

352. L'utilité d'une structure d'organisation pour assurer le succès de la politique d'animation et de publicité. – Le succès du centre commercial et son développement à long terme nécessitent que soit initiée et mise en œuvre une politique de publicité du centre commercial efficace et ciblée. Compte tenu tant de l'éloignement des centres commerciaux par rapport au centre-ville, que de la concurrence entre les centres commerciaux dont le nombre ne cesse de croître, la publicité est aujourd'hui absolument nécessaire au maintien de l'attractivité d'un centre. La publicité doit être assurée constamment, pendant toute la durée de vie du centre, et plus particulièrement à certaines périodes bien identifiées (rentrée scolaire, Noël, soldes, etc). La couverture médiatique de ces événements engendre un coût très important⁶¹⁰, mais il s'agit là d'un investissement généralement accepté par les locataires, conscients de son caractère incontournable. Outre la publicité, l'animation dans le centre commercial est également devenue, essentiellement sous l'influence américaine, un moyen d'attraction de la clientèle efficace et recherché.

Qu'il s'agisse de la publicité ou de l'animation, ces campagnes sont absolument nécessaires au développement du centre et à la croissance du chiffre d'affaires des exploitants. Elles doivent être menées de manière ciblée et régulière, de façon à attirer une clientèle suffisamment variée et nombreuse pour bénéficier à l'ensemble des exploitants du centre. Les politiques de publicité et d'animation sont très étroitement liées à l'activité des locataires. En outre, elles nécessitent une coordination entre la publicité individuelle que chaque locataire peut organiser pour son magasin, son enseigne et celle, collective, du centre commercial. C'est pourquoi, alors même qu'aucune disposition particulière ne les y obligeait, de nombreux bailleurs ont souhaité associer les commerçants à la définition de la politique de publicité et d'animation du centre en créant des structures *ad hoc* regroupant exploitants et bailleur.

⁶¹⁰ Aujourd'hui, même les campagnes d'ouverture d'un centre commercial font l'objet d'opérations marketing de très grande ampleur, financées par une contribution spécifique des locataires.

L'utilité de telles structures est indéniable. Du côté des locataires, elles offrent le double avantage d'assurer leur information, ce qui répond au souci de transparence très souvent exprimé et de permettre leur participation active au processus décisionnel sur des thématiques les concernant au premier chef. Du côté du bailleur, non seulement la consultation des locataires lui permet de doter le centre d'une politique d'animation et de publicité ciblée, en rapport avec les activités exercées dans le centre, mais surtout, en associant de façon étroite les locataires et en leur accordant un pouvoir de décision, le bailleur peut s'attendre à une adhésion plus forte des locataires à la vie collective du centre, ainsi qu'à une mise en œuvre plus facile de la politique de publicité et d'animation.

En réunissant bailleur et locataires du centre autour d'un projet collectif et en donnant à chacun le pouvoir de prendre part aux décisions, la structure d'organisation fédère l'ensemble des acteurs du centre commercial et constitue une pièce maîtresse de l'unité et du développement du centre. Si l'utilité d'une structure d'organisation est indéniable, reste à en déterminer la forme et le fonctionnement.

§ 2 – *Le choix de la structure d'organisation*

353. Rappel des objectifs. – L'objectif de la structure d'organisation est de regrouper les exploitants du centre pour traiter des questions relatives à la publicité et à l'animation. Il s'agit donc d'un objet précis et limité. Une telle structure, du fait même qu'elle regroupe les exploitants du centre, n'a pas vocation en principe à s'occuper de la gestion du centre commercial, ni des parties communes et éléments d'équipement communs. En effet, autant les bailleurs peuvent avoir intérêt à fédérer la collectivité des exploitants autour d'un thème lié à l'activité du centre, autant ils ont au contraire tout intérêt à conserver la maîtrise des sujets immobiliers ou liés à leur investissement locatif.

A - Les structures d'organisation exclues

354. Avant de procéder à l'étude du choix de la structure la plus appropriée pour fédérer les exploitants et le bailleur, il nous semble utile de préciser que d'autres structures ou organes peuvent coexister dans un centre commercial. Il convient d'en clarifier le rôle.

355. Exclusion des structures immobilières. – S'agissant des aspects immobiliers tout d'abord, si le centre est détenu en pleine propriété par une seule entité et qu'il n'est pas situé dans un ensemble plus vaste faisant l'objet d'une volumétrie ou d'un lotissement, le bailleur procède seul aux arbitrages concernant l'immeuble (nécessité ou opportunité de travaux, extension du centre, modification des éléments d'équipement, etc). En revanche, si le centre est détenu en copropriété, ou bien qu'il est situé dans un ensemble divisé en volumes ou un lotissement, le bailleur n'est pas toujours libre de prendre les décisions concernant en particulier les espaces et éléments d'équipement communs.

Dans l'hypothèse d'une copropriété par exemple, si le *mail*, les locaux techniques et les parkings constituent des parties communes, leur administration et leur jouissance sont organisées conformément aux dispositions de la loi du 10 juillet 1965⁶¹¹. En fonction de leur nature, les travaux ou modifications envisagés ne peuvent être effectués qu'après accord des copropriétaires réunis en assemblée générale, statuant à des conditions de majorité spécifiques.

Si le centre est situé dans un ensemble immobilier plus vaste, faisant l'objet d'une division en volumes ou d'un lotissement⁶¹², il fait certes l'objet d'une propriété

⁶¹¹ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

⁶¹² Comme cela peut être le cas notamment pour les centres situés en périphérie de ville.

privative, mais si certains espaces (voies d'accès, circulations, parkings parfois) ou éléments d'équipement (bassin de rétention, système de climatisation, groupe électrogène, etc.) sont communs à d'autres propriétaires de biens situés dans l'ensemble immobilier, l'accord de ces propriétaires doit être obtenu pour procéder à tous travaux ou modifications de ces espaces et équipements. En règle générale, une association de type association syndicale libre (ASL) ou association foncière urbaine libre (AFUL) est constituée entre tous les propriétaires concernés. La liste des espaces et équipements communs, ainsi que les modalités d'administration et de jouissance, sont prévues dans les statuts et le cahier des charges de l'association.

Qu'il s'agisse du syndicat des copropriétaires, de l'ASL ou de l'AFUL, ces structures ont une vocation exclusivement immobilière. C'est pourquoi elles ne regroupent que les propriétaires concernés. Le régime juridique des ASL et des AFUL étant libre, on aurait pu imaginer d'intégrer à leur objet des questions liées à l'exploitation du centre et d'autoriser que des exploitants soient membres de l'association. Un tel montage n'est toutefois guère recommandé. En effet, les problématiques immobilières et les problématiques d'exploitation étant très différentes, le processus de décision ne peut être le même : nécessaires prudence et réflexion pour les questions immobilières, nécessaires souplesse et rapidité pour les questions d'exploitation. Il est donc préférable de constituer des structures distinctes.

356. Exclusion des structures de gestion immobilière. – Les bailleurs ont le souci d'optimiser leur investissement par une gestion rigoureuse. Dans certains cas, cette activité est assumée en interne, mais elle peut également être déléguée à un tiers, personne physique ou morale. Les missions déléguées sont d'abord celles liées à la direction du centre commercial. Elles recouvrent la gestion des relations avec les locataires, les autorités et les administrations, les relations publiques, le pilotage du *marketing* et du service à la clientèle, la gestion technique, le *reporting* au bailleur, etc. La gestion immobilière constitue un deuxième volet des missions déléguées, comprenant notamment la mise en place et le suivi du budget de charges, la consultation des prestataires, ainsi que les appels de fonds auprès des locataires. Enfin, la sécurité étant un poste particulièrement important dans les centres

commerciaux, le prestataire est très souvent aussi chargé de contrôler que le centre respecte la réglementation relative à la sécurité incendie. Cette mission recouvre à la fois les parties du centre qui dépendent de la responsabilité du bailleur que celles dépendant des locataires. Le prestataire assure également le lien avec la commission de sécurité. Toutes les missions, qu'elles soient gérées en interne ou confiées à une tierce personne, répondent à l'attente du bailleur d'optimiser la gestion et l'exploitation de son immeuble.

L'objectif poursuivi par le bailleur lorsqu'il souhaite fédérer les exploitants du centre commercial autour des questions de publicité et d'animation est très différent de ceux décrits ci-dessus et nécessite une structure *ad hoc*, avec un objet spécifique.

B - Les structures d'organisation choisies

357. Deux types de structures ont été expérimentées, avec plus ou moins de succès : le groupement d'intérêt économique (GIE) (a) et l'association de commerçants (b). Nous les analyserons successivement.

1°) La tentative du groupement d'intérêt économique

358. Définition. – Institué par l'ordonnance n° 67-821 du 23 décembre 1967⁶¹³ intégrée depuis dans le Code de commerce aux articles L. 251-1 et suivants, le groupement d'intérêt économique (ou GIE) a pour but de « *faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité*⁶¹⁴ ». Le GIE est une structure qui regroupe des personnes

⁶¹³ L'ordonnance du 23 décembre 1967 a été complétée d'abord par le décret n° 68-109 du 2 février 1968 et enfin par la loi n° 89-377 du 13 juin 1989 prise en application du règlement n° 2137-85 du 25 juillet 1985 du Conseil des ministres des Communautés Européennes instituant le groupement européen d'intérêt économique (GEIE).

⁶¹⁴ Article L. 251-1 du Code de commerce.

physiques ou morales désireuses de mettre en œuvre les moyens propres à développer leur activité économique dans un esprit de coopération, tout en conservant leur indépendance. Le GIE est un « *outil de coopération interentreprise à usage commun mis à la disposition de ses membres pour leur rendre des services*⁶¹⁵ ».

À la fois structure fédératrice et outil commun, le GIE semble parfaitement répondre au besoin d'associer les commerçants et le bailleur à la prise des décisions afférentes à l'animation et à la promotion du centre, dans un esprit de coopération destiné à préserver l'unité et l'intérêt collectif. Le régime juridique du GIE offre en outre des avantages indéniables, tant au niveau de son fonctionnement interne que de son statut externe.

359. Avantages du GIE sur le plan du fonctionnement interne. – La très grande liberté contractuelle voulue par le législateur donne au GIE une grande souplesse d'organisation. Outre les quelques mentions obligatoires classiquement requises pour la rédaction des statuts de groupement⁶¹⁶, le Code de commerce n'impose que trois règles.

En premier lieu, l'article L. 251-1 du Code de commerce dispose que l'activité du GIE « *doit se rattacher à l'activité de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci* ». Le caractère accessoire du GIE est une caractéristique fondamentale de ce type de structure. Ainsi que le soulignent Jean-Jacques Burst et Hélène Azarian⁶¹⁷, « *le groupement doit nécessairement se juxtaposer aux entreprises qui le forment et constituer pour elles une structure auxiliaire* ». Cette condition ne pose aucune difficulté. Au contraire, l'objectif du

⁶¹⁵ J-J BRUST et H. AZARIAN, Jurisclasseur commercial, Fascicule 1190 mis à jour le 3 septembre 2012, n°15.

⁶¹⁶ L'article L. 251-8 du Code de commerce impose que les statuts soient écrits, ce qui est de toute façon nécessaire à l'immatriculation du GIE, et qu'ils contiennent les indications suivantes : la dénomination du groupement, les éléments d'identification de chacun de ses membres, la durée pour laquelle le groupement est constitué, ainsi que son objet et son adresse.

⁶¹⁷ Jurisclasseur Commercial, Fascicule 1190 mis à jour le 3 septembre 2012, n°15.

bailleur et des locataires n'est pas de constituer une structure collective qui se substituerait à leur activité individuelle, mais de se doter, à titre complémentaire, d'un outil commun dédié à la promotion et à l'animation du centre, une des branches de leur développement commercial.

En deuxième lieu, les membres doivent eux-mêmes exercer une activité économique. Cette condition résulte également de l'article L. 251-1 du Code de commerce et constitue une caractéristique essentielle du GIE dont le but est, rappelons-le, de « *faciliter et de développer l'activité économique de ses membres* ». Cette deuxième condition ne soulève pas non plus de difficulté particulière, le bailleur et les locataires exerçant tous, à l'évidence, une activité économique dans le centre.

En troisième lieu, le Code de commerce prévoit trois organes obligatoires : un organe de gestion (fonction assurée par un ou plusieurs administrateurs membres ou non du GIE), un organe délibérant (l'assemblée générale des membres du GIE) et un organe de contrôle de la gestion et des comptes du GIE⁶¹⁸. Ces règles impactant l'organisation de la structure ne soulèvent pas non plus de difficulté particulière. Les organes de gestion et de délibération répondent à l'objectif de renforcement de l'unité et de la cohésion des commerçants autour de la politique d'animation et de promotion du centre. Quant à l'organe de contrôle, s'il peut sembler contraignant à première vue, il n'en constitue pas moins un outil utile pour rassurer et apaiser les commerçants sur le mode de fonctionnement.

En-dehors de ces règles obligatoires, la liberté contractuelle prédomine et permet par exemple que les droits de vote soient répartis non pas par tête, mais selon des clés différentes. L'article L. 251-10, alinéa 2 du Code de commerce dispose en effet que « *le contrat peut attribuer à chaque membre un nombre de voix différent de celui attribué aux autres. À défaut, chaque membre dispose d'une voix* ». Il est ainsi

⁶¹⁸ Article L. 251-12 du Code de commerce : « *Le contrôle de la gestion, qui doit être confié à des personnes physiques et le contrôle des comptes sont exercés dans les conditions prévues par le contrat constitutif du groupement* ».

possible de corrélérer les droits de vote à la surface de vente exploitée dans le centre ou au chiffre d'affaires généré par le locataire, partant de l'idée générale que plus la surface est grande, plus l'exploitant a besoin d'une politique de promotion et d'animation efficace et que plus son chiffre d'affaires est élevé, plus cela signifie qu'il tire profit de la promotion assurée par le GIE.

En outre, la liberté contractuelle permet de mettre des obligations à la charge des membres du GIE et de les assortir de sanctions. Les statuts pourraient ainsi prévoir une obligation pour les membres de s'acquitter des cotisations nécessaires au fonctionnement du GIE et de participer, selon des clés contractuellement définies, au budget de promotion et d'animation du centre. Les statuts pourront également prévoir les sanctions en cas de défaut de paiement.

360. Avantages du GIE sur le plan du statut externe. – En premier lieu, le GIE « *jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés*⁶¹⁹ ». Le GIE jouit, comme les sociétés, d'une personnalité et d'une capacité juridiques indépendantes de celles de ses membres, ce qui lui permet, notamment, d'ester en justice, d'acquérir des biens et droits et d'avoir une existence propre, à l'égard des tiers. En second lieu, l'article L. 251-6 du Code de commerce prévoit que « *les membres du groupement sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre* ». Cette règle, qui crée une responsabilité solidaire et indéfinie des membres du groupement, constitue une caractéristique essentielle du GIE. Cette solidarité est d'ailleurs prévue de façon très large dans la mesure où tout nouveau membre est en principe, sauf stipulation contraire, tenu des dettes nées antérieurement à son entrée dans le groupement⁶²⁰. La solidarité des membres du groupement à l'égard des dettes explique le fort *intuitu personae* qui caractérise le GIE et lui confère, à l'égard des tiers, un crédit important.

⁶¹⁹ Article L. 251-4, alinéa 1 du Code de commerce.

⁶²⁰ Article L. 251-6 du Code de commerce.

Tant l'esprit de coopération qui gouverne en matière de GIE, que les avantages offerts sur le plan de son fonctionnement interne et vis-à-vis des tiers, ont contribué au choix de ce type de structure, jusqu'à ce que la pratique se tourne, pour les raisons que nous évoquerons ultérieurement, vers la structure associative.

2°) *L'expérience de l'association de commerçants*

361. Définition et fonctionnement. – « *L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité, dans un but autre que de partager des bénéfices*⁶²¹ ». Toute association peut jouir de la capacité juridique dès lors qu'elle a accompli les formalités de déclaration préalables auprès de la Préfecture ou de la sous-Préfecture d'arrondissement où elle a son siège social et qu'elle a été rendue publique par une insertion au Journal Officiel⁶²².

L'association est composée de membres qui peuvent être soit des personnes physiques, soit des personnes morales. Les membres bénéficient d'un droit de vote, quoiqu'il soit permis de prévoir dans les statuts que seules certaines catégories de membres pourront voter⁶²³. Les membres ont également des obligations, en particulier celles de payer leurs cotisations dans les conditions fixées par les statuts et de respecter les statuts et le règlement intérieur le cas échéant, sous peine d'encourir des sanctions disciplinaires et d'engager leur responsabilité civile contractuelle. Ils ne sont en revanche pas tenus des dettes de l'association. Les membres de l'association peuvent se réunir en assemblée générale pour prendre des décisions collectives. Les statuts fixent librement la périodicité des assemblées, de même que les conditions de convocation et les règles de majorité. Enfin, l'association doit être dotée de

⁶²¹ Article 1er de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

⁶²² Article 5 de la loi du 1er juillet 1901.

⁶²³ Cass. 1^{ère} civ. 25 avril 1990, n° 88-19320.

dirigeants⁶²⁴. Le plus souvent, les statuts prennent modèle sur ce qui existe en matière de sociétés, de sorte que l'association est administrée par un conseil d'administration, instance collégiale, assisté d'un bureau chargé de l'exécution des décisions, généralement composé d'un Président, d'un secrétaire et d'un trésorier. Le mode de fonctionnement des associations, s'il est très proche de celui existant en matière de sociétés ou de GIE, est en revanche beaucoup plus souple, la loi du 1^{er} juillet 1901 n'interdisant que le partage des bénéfices⁶²⁵ et renvoyant pour le reste aux règles du droit commun des obligations⁶²⁶. Cette liberté contractuelle très forte, caractéristique de l'association, constitue un avantage indéniable de cette forme de groupement. Outre cette liberté, l'association se distingue du GIE sur d'autres aspects.

362. Comparaison avec le GIE. – Comme le GIE, l'association est un groupement de personnes qui bénéficie d'une autonomie juridique indépendante de celle de ses membres et qui dispose d'une organisation et de moyens lui permettant d'agir à la réalisation de l'objectif commun.

L'association se distingue en revanche du GIE sur trois points. En premier lieu, le GIE a pour but « *de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité* ». Il n'a pas pour objectif de « *réaliser des bénéfices pour lui-même*⁶²⁷ », de sorte que tout bénéfice réalisé par le GIE doit être redistribué à ses membres. Tel n'est pas le cas de l'association. L'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 dispose en effet au contraire que le but de l'association est « *autre que de partager des bénéfices* ». À cet égard, qu'il s'agisse du GIE ou de

⁶²⁴ L'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901 impose en effet que la déclaration préalable mentionne « *les noms, professions, domiciles et nationalités de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration* ».

⁶²⁵ Article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901.

⁶²⁶ L'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 précise que l'association « *est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations* ».

⁶²⁷ Article L. 251-1 du Code de commerce.

l'association, il est à noter que si ces deux groupements n'ont pas pour but de réaliser un profit, rien ne s'oppose à ce que qu'ils permettent à leurs membres de réaliser une économie. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ces deux types de groupement sont envisageables pour assurer la promotion et l'animation du centre commercial et ainsi participer à son développement.

En deuxième lieu, l'article L. 251-1 du Code de commerce impose que l'activité du GIE « *se rattache à l'activité économique de ses membres* », qu'elle lui soit auxiliaire. Cette contrainte n'existe pas dans l'association, dont l'objet est complètement libre⁶²⁸. Cette différence n'est toutefois pas déterminante dans la mesure où la politique de promotion et d'animation du centre se rattache incontestablement à l'activité des membres du groupement.

Enfin, la différence la plus fondamentale au regard de notre réflexion sur l'organisation de la promotion et de l'animation du centre commercial, est l'absence de solidarité des membres aux dettes de l'association, tandis que l'article L. 251-6 du Code de commerce prévoit au contraire que les membres du GIE « *sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre* ». Cette responsabilité indéfinie et solidaire des membres à l'égard des dettes du groupement est à l'origine du fort *intuitu personae* qui imprègne le régime du GIE et qui s'avère finalement très contraignant dans un centre commercial. Au surplus, la solidarité entre les membres du groupement les expose à un risque inutile puisque le GIE d'un centre commercial regroupant plusieurs enseignes de renommée nationale n'a pas nécessairement besoin de cet argument pour assurer sa crédibilité auprès des créanciers. De ce point de vue, l'absence de solidarité dans le régime de l'association lui confère un avantage non négligeable.

363. Application aux centres commerciaux. – Les associations de commerçants constituées dans les centres commerciaux ont d'abord pour objet de

⁶²⁸ Sous réserve que l'objet soit licite.

regrouper les exploitants en vue de la promotion, de l'animation et de la publicité du centre et de mettre en œuvre les moyens propres à la réalisation de cet objet. Dans certains cas, on prévoit également que l'association de commerçants a compétence pour formuler des propositions sur les jours et horaires d'ouverture du centre, ceux-ci devant être communs à l'ensemble des exploitants.

La politique d'animation, de publicité et de promotion étant conçue et mise en œuvre de manière globale au bénéfice du centre dans son ensemble et de chaque exploitant en particulier, il importe que tous les exploitants intègrent la structure. C'est en effet un moyen de les faire participer activement, mais aussi de les contraindre juridiquement au respect de certaines obligations, en particulier le financement du budget et de les sanctionner le cas échéant. En pratique, les statuts de l'association prévoient donc que peut être membre de l'association toute personne physique ou morale exerçant une activité commerciale dans le centre en qualité de propriétaire, de locataire ou de locataire-gérant. Dans de nombreux cas, il est également prévu que le gestionnaire du bailleur soit également membre de l'association, mais sans droit de vote. Ceci permet en effet d'assurer le lien entre le propriétaire et les exploitants.

Au sein de l'association, les membres se réunissent au moins une fois par an en assemblée générale afin de voter le budget de promotion et d'animation du centre, mission essentielle de l'association. En matière de répartition des droits de vote, toute liberté est laissée au rédacteur des statuts, qui peut prévoir une répartition égalitaire ou différente entre les membres. Partant de l'idée que plus la surface commerciale est grande, plus ses besoins de publicité et d'animation sont importants et plus elle profite des retombées économiques, les statuts des associations de commerçants fixent le plus souvent les droits de vote en tenant compte de la surface des locaux. Toutefois, afin de ne pas pénaliser les très grandes surfaces, qui constituent généralement des locomotives attractives de clientèle, les surfaces réelles sont pondérées par des coefficients librement définis. La liberté contractuelle étant très

grande en matière d'association, toutes les configurations sont possibles, sous réserve d'être clairement exprimées⁶²⁹. Une fois voté, le budget de l'association est financé majoritairement par les cotisations des membres et les droits d'entrée versés. Afin de respecter un certain équilibre, les cotisations sont généralement fixées selon les mêmes règles que celles qui président à la détermination des droits de vote⁶³⁰. A titre subsidiaire, les ressources de l'association peuvent également être constituées des bénéfices de l'organisation de fêtes ou de manifestations.

La très grande liberté contractuelle dont bénéficie le régime de l'association permet de créer la structure la plus adaptée aux besoins du centre commercial : une structure fédératrice, souple dans son organisation et efficace dans la mise en œuvre de son objet. C'est ainsi que l'association de commerçants a constitué, jusqu'à une période récente, la structure la plus fréquente dans les centres commerciaux. Alors même que l'association de commerçants semblait donner entière satisfaction à la majorité des exploitants et aux bailleurs de centres commerciaux, elle a été fortement atteinte dernièrement par la volonté de quelques locataires et des décisions jurisprudentielles sans équivoque.

⁶²⁹ Il peut ainsi être prévu un coefficient de pondération de 0,8 pour les surfaces comprises entre 1000 et 2500 m², de 0,9 pour celles comprises entre 500 et 1000 m² et aucune pondération pour les surfaces inférieures à 500 m².

⁶³⁰ Il est ainsi prévu un certain montant par m² de surface pondérée. Dans certains centres commerciaux, les très grandes surfaces peuvent se voir appliquer un forfait afin de ne pas alourdir de façon disproportionnée leur participation financière et de tenir compte de leur pouvoir d'attraction de la clientèle.

Section 2 – L’affaiblissement des structures d’organisation classiques et la recherche de solutions nouvelles

364. Un centre commercial n’est pas une simple juxtaposition de locaux commerciaux dans un même ensemble immobilier. Un centre commercial est tout d’abord conçu comme un lieu d’exercice et de déploiement d’une activité économique, où la diversité des commerces et l’action commune de ses acteurs doivent attirer une clientèle nombreuse et variée. Par son existence, par sa conception, mais surtout par son organisation, le centre commercial crée la synergie nécessaire à son développement et à la croissance du chiffre d’affaires des commerçants. La réunion des exploitants du centre dans une même structure dédiée à la politique de promotion et d’animation participe de la création et du maintien de cette synergie. La structure fédère les commerçants et crée un sentiment d’appartenance à une collectivité, qui facilite ensuite l’adhésion à la politique commune.

Pourtant, les structures classiques connaissent à ce jour un certain affaiblissement (A), obligeant les praticiens à se tourner vers d’autres solutions (B).

§ 1 – L’affaiblissement des structures d’organisation classiques

365. Dans les développements qui précèdent, nous avons analysé deux types de structure utilisées dans les centres commerciaux : le groupement d’intérêt économique (GIE) et l’association de commerçants. S’agissant du GIE, son échec est inhérent au régime de ce type de groupement (1°). En revanche, s’agissant de l’association de commerçants, on ne saurait encore parler aujourd’hui d’un échec, mais il est certain que les décisions rendues par la Cour de cassation depuis 2003 l’ont beaucoup fragilisée (2°).

A - L'échec du GIE

366. Le GIE, tant par l'esprit de coopération qui le caractérise que par la souplesse qu'il offre sur le plan de son fonctionnement interne, est une structure appropriée pour fédérer bailleur et exploitants autour de la promotion et de l'animation du centre. Utilisé dans certains centres commerciaux à l'origine, il a été progressivement abandonné pour plusieurs raisons que nous allons développer.

367. La contrainte liée à l'immatriculation des membres. – Le GIE acquiert la personnalité morale à compter de son immatriculation, ce qui lui confère une existence juridique indépendante de celle de ses membres. Toutefois, pour l'accomplissement des formalités d'immatriculation, il est nécessaire de déposer au Greffe du Tribunal de Commerce un extrait k bis de chaque membre du GIE. Or, à l'ouverture du centre, les sociétés membres du GIE étaient parfois encore en cours de formation, de sorte qu'il fallait attendre qu'elles aient toutes accompli leurs formalités d'immatriculation pour déposer le dossier d'immatriculation du GIE au Greffe et obtenir son immatriculation. Cette contrainte retardait, en pratique, la mise en place du GIE et a pu se révéler une source de blocage.

368. Le revers de la solidarité des membres et de l'*intuitus personae*. – Le GIE a été conçu comme un « *outil de coopération interentreprise* », ce qui implique que les membres partagent le même objectif de développement économique et contribuent eux-mêmes à la réalisation de cet objectif. Le lien entre les membres est renforcé par le principe de solidarité pour le paiement des dettes, chacun des membres étant tenu personnellement et indéfiniment des dettes du groupement. Cette solidarité reflète l'*intuitus personae* très fort qui caractérise le GIE. Si la solidarité et l'*intuitus personae* peuvent sembler avantageux dans la mesure où ils renforcent l'esprit de coopération, ils s'avèrent en réalité particulièrement contraignants pour le fonctionnement du centre.

Tout d'abord, en raison de la solidarité et de l'*intuitus personae*, toutes les décisions doivent en principe être prises à l'unanimité. Les statuts peuvent y déroger, mais

toute dérogation qui n'aurait pas été expressément prévue impliquera que la décision soit prise à l'unanimité des membres, ce qui est une source de blocage fortement préjudiciable à l'efficacité et à la souplesse de fonctionnement recherchées dans un centre commercial.

Ensuite, l'*intuitus personae* implique également qu'en cas de cession des parts du GIE, il soit en principe prévu un agrément du cessionnaire, afin que les membres du GIE puissent apprécier, en amont, les qualités du futur membre et refuser son intégration le cas échéant. Dans un centre commercial, tous les exploitants ayant vocation à profiter des retombées économiques liées à la promotion et à l'animation, l'objectif est au contraire de les regrouper tous pour qu'ils contribuent à la prise de décisions et au financement des coûts. L'agrément n'offre donc aucun avantage et constitue même un obstacle à la réalisation de cet objectif.

Enfin, la solidarité indéfinie de chacun des membres implique une confiance mutuelle entre eux et suppose qu'ils se connaissent bien, ce qui est difficilement conciliable avec un nombre important de membres et donc inadapté aux moyens et grands centres commerciaux. Au-delà de cette problématique, on peut aussi se demander si la solidarité des membres constitue vraiment un avantage dans un centre commercial. Au regard de la promotion et de l'animation du centre, il importe que les décisions soient prises rapidement et que chacun contribue, en fonction de l'intérêt que lui procurent ces campagnes, aux charges correspondantes et que des sanctions puissent être prises à l'encontre des exploitants qui ne respecteraient pas la règle. Imposer une solidarité est en réalité contraire au but recherché, car elle expose financièrement tous les exploitants au risque engendré par un ou plusieurs d'entre eux. Ajoutons qu'elle les expose d'ailleurs inutilement dans la mesure où le GIE n'a pas nécessairement besoin, pour remplir ses missions, de cette solidarité pour bénéficier d'un crédit de confiance auprès des créanciers. La signature de certaines enseignes pourrait suffire.

À l'analyse, l'*intuitus personae* et la solidarité se révèlent finalement plus contraignants qu'avantageux. Rappelons que l'objectif recherché en matière de développement d'une politique de promotion et d'animation du centre est d'avoir une

structure qui rassemble et fédère bailleur et locataires autour d'une branche précise de développement du centre. L'intégration très forte dans le GIE est à la fois contraignante et démesurée par rapport à cet objectif.

369. Liberté d'adhésion et de retrait du GIE. – Il s'agit là du principal inconvénient du GIE. Rappelons que l'objectif recherché est de déterminer une politique de promotion et d'animation commune pour le développement du centre, au financement de laquelle tous les locataires doivent contribuer. Par voie de conséquence, tout exploitant du centre devrait être membre du GIE du fait même qu'il y exploite son activité et qu'il tire profit personnellement de la publicité et de l'animation. De ce point de vue, le GIE se révèle totalement inadapté puisqu'il préserve au contraire la liberté de chacun à adhérer au groupement ou à s'en retirer.

S'agissant de l'adhésion au groupement, la jurisprudence a d'ores et déjà statué en ce sens en matière de centre commercial. Dans un arrêt en date du 28 juin 2005⁶³¹, la Cour de cassation avait sanctionné une Cour d'appel qui, partant du constat que « *les statuts du GIE (...) posaient comme postulat que l'adhésion était obligatoire pour toute activité commerciale nouvelle ou déjà existante* », en avait déduit que « *l'adhésion de la société au GIE était acquise du seul fait de son activité au sein du centre commercial* », alors que, « *en statuant ainsi, sans constater l'existence d'un élément établissant que la société avait d'une façon quelconque, manifesté sa volonté d'adhérer au GIE, la Cour d'appel avait violé (les articles 1101 et 1108 du Code civil)* ». L'adhésion au GIE doit donc obligatoirement revêtir un caractère volontaire. Il ne saurait exister d'automatisme entre la qualité d'exploitant dans le centre et celle de membre du GIE. Pour pallier cette condition, il faut donc que le consentement à adhérer au GIE soit matérialisé expressément et précisément. On peut envisager que ce consentement soit prévu dans le bail commercial, de façon à lier qualité

⁶³¹ Cass. com. 28 juin 2005, n° 02-16807.

d'exploitant et qualité de membre du GIE. Si la problématique de l'adhésion volontaire peut être résolue assez facilement, tel n'est pas le cas de celle du retrait.

L'article L. 251-9 du Code de commerce dispose que « *tout membre du groupement peut se retirer dans les conditions prévues par le contrat, sous réserve qu'il ait exécuté ses obligations* ». Le principe de liberté de retrait du GIE est posé sans équivoque. La seule condition imposée par le législateur est que le retenant ait exécuté ses obligations. Cette condition s'explique aisément du fait de la solidarité des membres du groupement. Si les conditions d'exercice du retrait peuvent être encadrées par les statuts, ceux-ci ne peuvent en revanche priver un membre du droit de se retirer du groupement. Cette liberté de retrait est contraire à l'objectif recherché car elle revient à permettre à un ou plusieurs commerçants de bénéficier des actions de promotion et d'animation mises en place par le GIE, tout en étant dispensés de contribuer à leur financement. C'est pourquoi, dès la fin des années 1980, les propriétaires de centres commerciaux ont commencé à abandonner le modèle du GIE.

B - La fragilisation de l'association de commerçants

370. La liberté contractuelle qu'offre la structure associative a particulièrement convaincu les propriétaires de centres commerciaux d'y avoir recours par préférence au GIE. Ceux-ci espéraient également pouvoir ainsi éviter les difficultés liées à la liberté de retrait des membres, telle qu'elle est prévue par l'article L. 251-9, alinéa 2 du Code de commerce⁶³², en stipulant dans les baux une clause par laquelle le locataire s'oblige à adhérer à l'association de commerçants et à maintenir cette adhésion pendant toute la durée de son exploitation dans le centre commercial. Ces espoirs ont toutefois été déçus par une série d'arrêts rendus par la Cour de cassation.

⁶³² Article L. 251-9, alinéa 2 du Code de commerce : « *Tout membre du groupement peut se retirer dans les conditions prévues par le contrat, sous réserve qu'il ait exécuté ses obligations* ».

371. La nullité absolue des clauses d'adhésion obligatoire. – « *La clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants et à maintenir cette adhésion pendant toute la durée du bail est entachée d'une nullité absolue* ». Telle est la décision rendue par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 12 juin 2003⁶³³.

Dans cette affaire, la société ARLATEX exploitait un local dans un centre commercial. Après plusieurs années d'adhésion à l'association des commerçants du centre, elle avait décidé de se retirer et réclamé la restitution de l'ensemble des cotisations versées au titre de son adhésion, en se fondant sur la nullité de la clause du bail l'obligeant à adhérer et à maintenir son adhésion pendant toute la durée du bail et de ses renouvellements successifs. La Cour d'appel de Nîmes (30 octobre 2001) l'avait déboutée de sa demande, considérant que la locataire ne pouvait se soustraire à une obligation qu'elle avait conventionnellement acceptée lors de la signature du bail, soulignant en outre qu'il apparaissait qu'elle n'avait jamais été contrainte à cette adhésion et qu'elle n'avait jusqu'alors jamais sollicité le retrait. La Cour de cassation avait cassé l'arrêt de la Cour d'appel en invoquant l'article 11 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Pour étayer sa décision, la Cour de cassation précise que l'exercice de la liberté d'association ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, « *prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Pour la bonne compréhension du raisonnement de la Cour de cassation, il convient de rappeler que la liberté d'association a été élevée au rang des Principes Fondamentaux

⁶³³ Cass. Com. 12 juin 2003 « *Arlatex* », Bull. civ. III, n°125 ; Loyers et copropriété 2003, com. n°179 ; AJDI 2003, p. 663 note Blatter.

Reconnus par les Lois de la République tant par le Conseil d'Etat⁶³⁴ que par le Conseil Constitutionnel⁶³⁵ et réaffirmée dans le préambule de la Constitution française. Il est également utile de préciser que la liberté d'association est une liberté duale, définie tant positivement que négativement. Envisagée sous l'angle positif, la liberté d'association est la liberté de s'associer. Mais la Cour de cassation, dès 1960⁶³⁶, puis la Cour européenne des Droits de l'Homme, ont également élaboré une jurisprudence qui a reconnu la liberté d'association négative, c'est-à-dire la liberté de ne pas adhérer, ou si l'on a adhéré, celle de se retirer de toute association. Cette définition négative se trouverait même être au cœur de la liberté d'association. Dans un arrêt en date du 9 février 2001, la Cour de cassation réunie en assemblée plénière, avait rappelé avec force que la liberté d'association emporte également celle de ne pas s'associer et celle de se retirer en tout temps⁶³⁷ : « *hors les cas où la loi en décide autrement, nul n'est tenu d'adhérer à une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, ou y ayant adhéré, d'en demeurer membre* ». Dans l'arrêt en date du 12 juin 2003, la Cour de cassation précise sa solution et la complète en soulignant que, dès lors que l'obligation d'adhérer n'est pas fondée sur les impératifs listés précédemment, la clause doit être déclarée nulle de nullité absolue, comme contrevenant directement à une liberté politique à valeur constitutionnelle et conventionnelle. Si la liberté de ne pas s'associer est constitutionnellement protégée, il est permis de s'étonner cependant du recours de la Cour de cassation à la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans une affaire où le demandeur était une personne morale.

Par cet arrêt, spécifiquement rendu en matière d'association de commerçants dans un centre commercial, la Cour de cassation a sonné le glas de la clause d'adhésion et

⁶³⁴ CE, Ass. 11 juillet 1956, « *Amicale des Annamites de Paris* », rec. p.317.

⁶³⁵ Cons. Constit. 71-44 DC du 16 juillet 1971.

⁶³⁶ Cass. 1^{ère} civ. 23 fév. 1960, D.1961, p.55.

⁶³⁷ Cass. Ass. plén. 9 février 2001, Bull. n°3.

porté une atteinte grave à l'efficacité de la structure associative. Bon nombre de praticiens et de commentateurs ont critiqué l'iniquité d'une telle décision⁶³⁸. En effet, dès lors que la clause d'adhésion est nulle de nullité absolue, chaque exploitant peut, à tout moment, revendiquer le droit de reprendre sa liberté et de quitter l'association, tout en continuant à profiter directement du bénéfice des actions commerciales mises en place par l'association et financées par les autres locataires. Au-delà de cet aspect inéquitable, certains auteurs ont également souligné que la portée de cette décision ne se limite pas au seul cadre de l'association de commerçants⁶³⁹. Contrairement à la plupart des commentateurs, Madame Françoise Auque estime que « *la solution n'est pas réservée aux seules associations de la loi de 1901. L'obligation d'adhérer à un GIE, voire même de s'associer à une société, pourrait être frappée de nullité* ». Elle fonde son raisonnement sur le recours à la Convention européenne des droits de l'homme, qui impose une appréciation de la liberté d'association différente de celle dont on aurait pu se prévaloir si la Cour de cassation s'était uniquement référée au droit interne. Madame Auque rappelle en effet que par un arrêt en date du 29 avril 1999⁶⁴⁰, la Cour européenne des droits de l'homme avait énoncé clairement que « *la notion d'association ne dépendait pas de la qualification retenue par les Etats contractants car cela équivaldrait à leur accorder une latitude qui risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la convention qui consiste à protéger des droits, non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs* ». Or, souligne Madame Auque « *la constitution d'un GIE au lieu d'une association (...) ou bien la création d'une structure sociétaire avec obligation de souscrire des titres sociaux et d'en rester prisonnier, serait, indépendamment des éventuelles restrictions aux droits propres des associés, un simple artifice*

⁶³⁸ A. JACQUIN, observations sous Cass. Com. 20 novembre 2010, Gaz Pal n° 324, p. 12.

⁶³⁹ J. MONEGER, observations sous Cass. 3^{ème} civ. 12 juin 2003, RTD com. 2004, p. 72 ; F. AUQUE, *Bail commercial et principe de liberté d'association*, JCP éd. G. II, n° 10190.

⁶⁴⁰ CEDH 29 avril 1999 « Chassagnou ».

condamnable sur le fondement de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Cette analyse est d'ailleurs confirmée par la Cour de cassation⁶⁴¹.

La nullité de la clause d'adhésion aboutissant à des situations inévitables au sein du centre commercial, les juges du fond ont tenté de rétablir un équilibre au niveau des conséquences de cette nullité.

372. Les conséquences de la nullité de la clause d'adhésion obligatoire. – Il convient de distinguer les conséquences juridiques et les conséquences pécuniaires.

La clause d'adhésion obligatoire est stipulée dans le bail et érigée en condition essentielle et déterminante. Sa nullité est-elle susceptible d'entraîner celle du bail dans son ensemble ? Sur ce point, la Cour de cassation a considéré, au sujet d'une clause de fourniture exclusive de bière figurant dans un bail commercial, que « *nonobstant le fait que les parties étaient convenues que cette clause était essentielle, (...) son annulation ne devait pas entraîner celle du bail*⁶⁴² ». Cette solution nous semble tout à fait transposable à la clause d'adhésion à une association de commerçants. D'ailleurs, aucune des décisions rendues par la Cour de cassation sur la question de la clause d'adhésion n'a abouti à la remise en cause du bail dans son entier.

Au plan des conséquences pécuniaires, la situation est plus délicate. Classiquement, la nullité opère rétroactivement et oblige les parties à restituer ce qu'elles ont perçu par l'effet de la clause ou du contrat annulé. En l'occurrence, du côté du locataire, la situation est simple : il a droit au remboursement des cotisations versées pendant toute la durée de son adhésion. De son côté, l'association est également en droit de réclamer la restitution des prestations fournies au locataire. La difficulté réside

⁶⁴¹ Cass. com. 16 septembre 2014, n°13-22.898, Juris Data n° 2013-035056 ; Loyers et copropriété 2014, com. 270.

⁶⁴² Cass. 3ème civ. 31 janvier 2001, n° 98-12895.

toutefois dans l'évaluation de ces prestations, car elles ne sont pas de nature pécuniaire. Ainsi que le suggère Monsieur le Professeur Cyril Grimaldi⁶⁴³, il faut « remonter au concept même de restitution ». Citant la thèse de Madame le Professeur Guelfucci-Thibierge⁶⁴⁴, il constate que « la restitution, fondée sur l'accomplissement de la prestation prévue au contrat entaché d'une cause de nullité puis annulé, a pour finalité de remettre l'auteur de cet accomplissement en l'état patrimonial qui aurait été le sien s'il n'avait pas exécuté l'obligation mise à sa charge par ledit contrat », de sorte que, « si la prestation fournie porte sur une obligation de faire, la restitution, qui s'effectuera nécessairement en valeur, correspondra au montant de cette prestation ». En l'occurrence, le locataire devrait donc restituer à l'association le coût qu'a représenté pour cette dernière la prestation accomplie à son bénéfice. Outre le fait qu'une telle évaluation nous semble très délicate à opérer car elle suppose que l'on soit en mesure d'isoler la part de prestation dont a bénéficié le locataire, Monsieur le Professeur Cyril Grimaldi ajoute que le montant d'une telle restitution pourrait se compenser avec l'éventuelle indemnité à laquelle le locataire pourrait prétendre. Cette indemnité serait fondée sur le préjudice subi du fait de l'obligation d'adhérer que lui a imposée le bailleur et qui constitue une faute. Jusqu'à présent, la Cour de cassation n'a pas été saisie de demandes de restitution de la part des associations et n'a donc statué, favorablement, que sur des demandes de remboursement des cotisations formulées par les locataires. Maintenant que la nullité de la clause d'adhésion est clairement établie, il est probable que les contentieux se déplaceront sur le terrain des conséquences de cette nullité, ce qui ne manquera pas de soulever de nouvelles difficultés.

Sensibles à la situation inéquitable causée par la jurisprudence de la Cour de cassation, certaines juridictions du fond ont tenté de rééquilibrer la situation sur le

⁶⁴³ *Bail commercial et liberté d'association, nullité et restitutions*, note sous Cass. 1^{ère} civ. 20 mai 2010, *Revue des contrats* 2011, p. 169.

⁶⁴⁴ *Nullité, restitution et responsabilités*, thèse, LGDJ, 1992.

terrain des conséquences de la nullité. Dans un arrêt en date du 6 janvier 2004⁶⁴⁵, la Cour d'appel de Montpellier avait ainsi débouté un locataire de sa demande en remboursement des cotisations, au motif que « *si ce principe (de liberté d'association) reste fondamental, il devient relatif dès lors que l'adhésion concerne l'exercice de la profession de commerçant au sein d'un centre commercial* » et « *qu'il serait anormal qu'un commerçant refusant d'adhérer à une telle association bénéficie de telles promotions* ». Bien que condamnable au regard du régime juridique de la nullité et du principe des restitutions, cet arrêt témoigne de la vision pragmatique des juges du fond et de leur volonté de tenir compte des spécificités de l'organisation des centres commerciaux.

La tentative des juridictions du fond est toutefois systématiquement anéantie par la Cour de cassation. Dans un arrêt en date du 20 mai 2010⁶⁴⁶, la Cour de cassation a ainsi condamné la Cour d'appel de Paris pour avoir « *statué par une décision aboutissant à une reconnaissance théorique, dénuée de toute effectivité, de la liberté du preneur de ne pas adhérer à l'association (de commerçants)* ». En l'espèce, après avoir constaté la nullité de la clause d'adhésion, la Cour d'appel avait condamné le locataire « *à payer à l'association, pour la période antérieure à son (retrait), une somme équivalente aux cotisations versées et, pour la période postérieure et aussi longtemps qu'il exploiterait le commerce, une somme équivalente aux cotisations qu'il aurait dû acquitter comme membre de l'association* ». En créant ces obligations pécuniaires, y compris pour l'avenir, la Cour d'appel anéantissait les effets d'une nullité qu'elle avait pourtant constatée. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation sanctionne l'arrêt. Au surplus, le raisonnement de la Cour d'appel de Paris ne pouvait être approuvé sur le fond. En effet, pour condamner le locataire à payer à l'association une somme équivalente aux cotisations versées et qui auraient dû être versées à l'avenir s'il avait conservé la qualité de membre de l'association, la Cour

⁶⁴⁵ Cour d'appel de Montpellier, 6 janvier 2004, Revue des loyers 2004, p. 590, note S. GUILLY-FRIANT.

⁶⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ. 20 mai 2010 « *Sorfoval* », André JACQUIN, Gaz Pal n° 324 page 12 ; Cyril GRIMALDI, Revue des contrats, p. 169 ; Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, AJDI 2010, n° 801.

d'appel se fonde sur la théorie de l'enrichissement sans cause. De cette façon, les juges du fond pensent pouvoir traduire juridiquement le constat fait en pratique : le locataire qui se retire a bénéficié pendant tout le temps de son adhésion et continuera à bénéficier à l'avenir des retombées de la politique d'animation et de promotion du centre, sans en supporter les frais. Il y aurait, pour les juges du fond enrichissement sans cause. Tel n'est pourtant pas le cas.

Au plan strictement juridique, il n'y a enrichissement sans cause ni pour le passé, ni pour l'avenir. L'enrichissement sans cause se caractérise par trois éléments : l'appauvrissement d'une partie, l'enrichissement de l'autre et un lien de causalité entre ces deux éléments. Pour autant, l'efficacité de l'action (anciennement appelée action « *de in rem verso* ») est subordonnée à l'absence tout à la fois de cause juridique de l'enrichissement, d'intérêt personnel et de faute de l'appauvri, ainsi qu'à l'absence d'une autre action⁶⁴⁷. Sur le premier point, ainsi que le souligne Madame Marie-Pierre Dumont-Lefrand, « *la restitution par l'association des cotisations d'adhésion qui lui avaient été versées par le preneur trouvait sa cause dans la constatation par une décision judiciaire de la nullité d'ordre public de la clause d'adhésion obligatoire*⁶⁴⁸ ». L'enrichissement par le locataire n'est donc pas sans cause. Sur le second point, force est de constater que l'association de commerçants a bien un intérêt personnel à poursuivre son action, indépendamment de l'enrichissement qu'elle procure à un locataire. Cet intérêt personnel fait obstacle à ce qu'elle se prévale de l'enrichissement sans cause pour obtenir le paiement d'une indemnité au titre du passé. Pour l'avenir, l'enrichissement sans cause ne pouvait non plus être invoqué puisque, par hypothèse « *l'association, à compter du prononcé de*

⁶⁴⁷ L'action d'enrichissement sans cause est dite subsidiaire.

⁶⁴⁸ Il est en effet admis qu'une décision de justice constitue une cause valable à un enrichissement (Cass. 2^{ème} civ. 14 octobre 1992).

la nullité du contrat, n'est pas amenée à s'appauvrir en agissant pour le locataire qui n'en est plus membre⁶⁴⁹ ».

Suite à l'arrêt du 20 mai 2010 et bien que le raisonnement de la Cour de cassation soit fondé juridiquement, de nombreux commentateurs ont regretté qu'une telle solution aboutisse à une situation inéquitable, incitant les promoteurs et bailleurs de centres commerciaux à se détourner de l'association de commerçants. Maître André Jacquin a parfaitement résumé ces réactions en commentant l'arrêt du 20 mai 2010 : « *le rideau est donc baissé, il n'y a plus de place pour le pragmatisme ou pour l'équité économique car dorénavant le locataire peut bénéficier des fruits d'une association sans participer au coût de cette dernière, ce qui bien évidemment impliquera la disparition à court terme des associations et donc de tous les éléments de publicité dont bénéficiaient l'ensemble des commerçants du centre commercial* ». Dans un arrêt postérieur du 23 novembre 2011, la Cour de cassation est revenue sur sa position, considérant que « l'annulation d'un contrat à raison de l'atteinte à la liberté de ne pas s'associer ne fait pas échec au principe des restitutions réciproques en cas d'annulation d'un contrat exécuté »⁶⁵⁰. Et dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation a précisé que la valeur des services dont le locataire a bénéficié est souverainement estimée par les juges⁶⁵¹. Malgré ce revirement sur la validité de principe des restitutions, les incertitudes sur la valeur de celles-ci demeurent, de sorte que les praticiens ont dû rechercher de nouvelles solutions.

⁶⁴⁹ Cyril GRIMALDI *Bail commercial et liberté d'association, nullité et restitutions, op. cit.*

⁶⁵⁰ Cass. 3^{ème} civ. 23 novembre 2011, n° 10-23.928.

⁶⁵¹ Cass. 3^{ème} civ. 12 juillet 2012, n° 11-17587.

§ 2 – *La recherche de solutions nouvelles*

373. La réussite d'un centre commercial passe aujourd'hui plus que jamais par la mise en place d'une politique de promotion et d'animation dynamique, constate et efficace. La promotion du centre commercial est un sujet qui intéresse non seulement le bailleur, mais également les exploitants du centre commercial. L'attractivité d'une clientèle importante et variée étant un des facteurs clés de leur détermination à s'installer en centre commercial, les locataires ont généralement bien conscience de la nécessité de déployer tous les moyens modernes pour attirer et fidéliser cette clientèle. Cet objectif commun a d'ailleurs été expressément traduit dans la Charte « Relations bailleurs et locataires » de juin 2005, rédigée sous l'égide du Conseil National des Centres Commerciaux⁶⁵². Cette charte commune rappelle en effet que « *la mise en œuvre d'un budget commun de promotion et de publicité par l'Association, le GIE ou par le biais d'un fonds ad hoc est souvent la condition du développement du centre commercial* ». Elle ajoute que « *l'adhésion des locataires (...), le maintien de cette adhésion et le paiement de leurs cotisations régulièrement votées constituent généralement une condition essentielle de la bonne marche du centre commercial* ».

Si le GIE et l'association de commerçants ont été affaiblis, bailleur et locataires n'ont pas pour autant renoncé à l'objectif primordial de développer la promotion et l'animation du centre. En témoigne notamment le maintien des associations de commerçants malgré les assauts jurisprudentiels dont elle a fait l'objet. Cette jurisprudence étant toutefois bien ancrée aujourd'hui, il est nécessaire d'apporter une

⁶⁵² Le Conseil National des Centres Commerciaux (CNCC) réunit les principaux partenaires (promoteurs, bailleurs, commerçants, gestionnaires) des centres commerciaux français et a notamment pour objet d'être « *un organe de concertation entre les secteurs professionnels présents dans les centres commerciaux* », ainsi que de « *définir toutes chartes de nature à améliorer dans les centres commerciaux la qualité professionnelle et à y développer la pratique d'une bonne déontologie* » (article 2 des statuts du CNCC).

réponse sécurisée à la demande des acteurs de centres commerciaux en recherchant des solutions alternatives.

Les commentateurs des arrêts de la Cour de cassation proposent généralement deux solutions : la transformation de l'association de commerçants en GIE ou la création d'un *fonds marketing*. La première nous semble devoir être écartée non seulement pour les raisons intrinsèques liées à son régime juridique et que nous avons développées précédemment⁶⁵³, mais également parce qu'il a été jugé que la clause d'adhésion obligatoire au GIE est également nulle de nullité absolue⁶⁵⁴ nous sommes convaincus, comme Madame le Professeur François Auque, que la jurisprudence relative à la nullité de la clause d'adhésion n'est pas limitée aux associations de commerçants. Les seules solutions qui nous semblent envisageables aujourd'hui sont celles qui n'imposent pas aux locataires d'adhérer à une structure quelconque. Restent donc les solutions purement financières du *fonds marketing* et de l'intégration du budget *marketing* au budget de charges (1^o) ou une solution de compromis que nous présenterons dans un second temps (2^o).

A - Les solutions purement financières

374. La solution du *fonds marketing*. – La clause d'adhésion obligatoire étant frappée de nullité absolue, certains praticiens ont, très tôt, conseillé de renoncer à recourir à l'association de commerçants et privilégié une solution purement financière, par la voie du *fonds marketing*⁶⁵⁵. Il s'agit d'un fonds au sens d'un capital constitué avec une affectation particulière, celle de la promotion et de l'animation du centre. Ce fonds n'a pas la personnalité juridique. Il est créé et géré par le bailleur et alimenté par les locataires par le paiement d'une charge supplémentaire. Tout

⁶⁵³ Cf. §2 – A – 1^o/ L'échec du GIE.

⁶⁵⁴ Cass.com. 16 septembre 2014, n° 13-22.898, Juris Data n° 2013-035056 ; Loyers et Copropriété 2014, com. 270.

⁶⁵⁵ André JACQUIN, *Les limites du droit européen sur les usages des centres commerciaux*, Gaz Pal 2010, p. 12.

locataire du centre a l'obligation contractuelle d'y contribuer selon des proportions librement définies par le bailleur (le plus souvent en fonction des surfaces éventuellement pondérées). L'obligation de contribuer au fonds figure dans le bail et vaut pour toute la durée de celui-ci et de ses renouvellements successifs.

Cette solution présente l'avantage indéniable de maintenir active la politique d'animation et de promotion du centre tout en évitant l'écueil de la nullité de la clause d'adhésion. Les locataires participent en effet au financement de cette politique en application d'une obligation contractuelle qu'ils ont directement contractée envers le bailleur. Bien qu'attrayante, cette solution présente toutefois une faiblesse non négligeable. Certains commentateurs ont en effet mis en exergue le fait que « *la mise en place d'un tel système géré par le seul bailleur pourrait avoir des conséquences préjudiciables pour le bailleur en cas d'échec de l'attractivité du centre commercial, dès lors que les preneurs pourraient a priori se prévaloir de l'existence du fonds pour invoquer la seule responsabilité du bailleur*⁶⁵⁶. La jurisprudence récente en matière de baux dans les centres commerciaux témoigne en effet de la détermination de certains locataires à voir reconnaître une obligation du bailleur de garantir l'attractivité du centre commercial. Jusqu'à présent, la Cour de cassation s'y est toujours refusée, considérant, selon une formule désormais récurrente que « *le bailleur est seulement tenu, en l'absence de stipulation particulière, d'assurer la délivrance, l'entretien et la jouissance paisible de la chose louée*⁶⁵⁷ ». Mais dès lors que le bailleur crée un fonds spécialement affecté à la promotion et à l'animation du centre aux fins de développement de celui-ci, ne pourrait-on considérer que l'obligation des locataires de financer ce fonds a pour contrepartie l'obligation du bailleur de tout mettre en œuvre pour en assurer l'efficacité ? Pour éviter que le *fonds marketing* ne devienne le « cheval de Troie »

⁶⁵⁶ Aline DIVO, publication CMS Bureau Francis Lefebvre, observations sous Cass. 1ère civ. 20 mai 2010.

⁶⁵⁷ Voir par exemple Cass. 3ème civ. 12 juillet 2000 n° 98-23171 ; Cass. 3ème civ. 28 juin 2005, n° 04-14087.

des locataires sur le terrain de la garantie de l'attractivité du centre, il nous semble plus prudent d'opter pour la solution classique et plus neutre de l'intégration du budget *marketing* dans les charges.

375. La solution de l'intégration du budget *marketing* au budget de charges. – Proposée par certains commentateurs dès le début des déboires de l'association de commerçants⁶⁵⁸, cette solution consiste à intégrer la participation à la promotion et à l'animation du centre commercial dans les charges fixées au bail. Cette solution nous paraît tout à fait concevable au regard de la nature des charges. Elle nécessite toutefois quelques précautions usuelles en la matière.

La refacturation aux locataires des frais liés à la promotion et à l'animation du centre nous semble tout d'abord parfaitement fondée s'agissant de dépenses nécessaires au développement de leur activité et à la croissance de leur chiffre d'affaires. Le fait qu'elles soient engagées par le bailleur ne remet pas en cause ce constat. D'ailleurs, la « nomenclature des charges communes d'un ensemble immobilier commercial » rédigée sous l'égide du CNCC et annexée à la Charte « Relations bailleurs et locataires », intègre les frais de promotion et de publicité dans les charges communes de fonctionnement et d'entretien de l'immeuble.

La refacturation aux locataires des frais liés à la promotion et à l'animation du centre nécessite toutefois, conformément à l'article L. 145-40-2 du Code de commerce introduit par la loi Pinel du 18 juin 2014, que le bail stipule cette catégorie de charges spécifique. A défaut, la refacturation serait inopposable. En outre, la répartition entre locataires doit intervenir en fonction de la surface exploitée, c'est-à-dire celle correspondant aux locaux loués, quote-part de parties communes comprise. Enfin, même si les textes ne l'imposent pas, comme pour les travaux envisagés par le bailleur, il est recommandé de prévoir une obligation d'information annuelle du

⁶⁵⁸ Notamment par Monsieur Jean-Pierre BLATTER, note sous Cass. 3^{ème} civ. 12 juin 2003, « *Arlatex* », AJDI 2003, p. 663.

bailleur à la fois sur les actions envisagées et le budget prévisionnel associé et sur le bilan des actions menées avec leur coût définitif.

Une solution purement financière offre l'avantage indéniable de préserver l'efficacité de la politique de promotion et d'animation du centre dans un cadre sécurisé pour le bailleur. Cependant, en intégrant ces dépenses dans le budget des charges refacturables aux locataires, sans les associer à la prise de décision et au vote du budget, le bailleur s'expose à notre sens à un risque de développement de contentieux. Bien sûr, si le bail a été rédigé de façon claire et non équivoque, de tels recours prospéreront difficilement. Il n'en demeure pas moins qu'au-delà de ces désagréments, le bailleur qui adopte une solution purement financière perd le bénéfice de la cohésion et de l'adhésion à la politique commune que seule une structure fédératrice permet d'offrir. C'est pourquoi il nous semble qu'une troisième voie devrait être explorée, celle d'une solution mixte.

B - Solution alternative : l'association à adhésion libre

376. Position du problème. – Pendant plus de trente ans, l'association de commerçants a rempli avec satisfaction l'objectif de mise en œuvre de la politique d'animation et de promotion de la plupart des centres commerciaux. Ce n'est qu'en raison de la jurisprudence rendue depuis 2003 par la Cour de cassation que ce type de structure a été fragilisé et que certains promoteurs et bailleurs s'en sont détournés. Pourtant, on constate que les associations de commerçants se sont majoritairement maintenues. La crainte que cette jurisprudence fasse « *tâche d'huile* » ne s'est heureusement pas concrétisée. À notre sens, la principale raison en est que l'association de commerçants présente, pour les locataires, un avantage indéniable par rapport aux formules purement financières : celui de les faire participer à la politique de promotion et d'animation, ainsi qu'au vote du budget. Quitte à assumer le coût de la promotion du centre, autant participer à son élaboration. Du côté du bailleur, il perd effectivement une partie de la maîtrise de cette politique, mais ce faisant, il favorise le consentement des locataires au paiement des frais et renforce le sentiment

d'adhésion à un ensemble collectif envisagé comme une unité. Nous pensons donc qu'il est néfaste de renoncer à la mise en place d'une association de commerçants et que la meilleure solution consisterait à la maintenir tout en se prémunissant des conséquences d'un éventuel retrait d'un ou plusieurs exploitants.

377. Proposition de solution. – La solution consisterait à conjuguer association de commerçants et solution financière. Il serait constitué une association de commerçants à laquelle tout exploitant du centre serait libre d'adhérer. L'association de commerçants aurait compétence pour décider de la politique de promotion et d'animation du centre, déterminer le budget annuel correspondant, engager les dépenses et refacturer celles-ci aux membres de l'association. Étant précisé que seraient membres de l'association non seulement tous les exploitants y ayant adhéré, mais également le bailleur. Ce dernier serait susceptible de participer à un double titre. D'une part en sa qualité de propriétaire du centre commercial et d'autre part au titre des locaux commerciaux loués à des commerçants qui n'auraient pas adhéré ou qui auraient cessé d'adhérer à l'association de commerçants. Dans le premier cas, le bailleur bénéficierait d'un droit d'information et de participation aux assemblées générales, mais avec voix purement consultative. Dans le second cas au contraire, le bailleur bénéficierait, au titre des surfaces considérées, des mêmes droits et devoirs que les autres membres de l'association de commerçants. La question de la participation aux frais de promotion et d'animation des locataires n'ayant pas adhéré ou ayant cessé d'adhérer à l'association serait traitée de la façon suivante. Les statuts de l'association prévoiraient qu'en cas de retrait ou d'expulsion d'un membre, celui-ci sera redevable de la totalité des cotisations dues à la date de son retrait ou de son expulsion⁶⁵⁹. Le bail commercial prévoirait quant à lui que dès lors que le locataire n'adhère pas ou qu'il cesse d'adhérer à l'association de commerçants, le bailleur lui refacturera les charges liées à la promotion et à l'animation du centre pour un montant équivalent à celui facturé par l'association au bailleur pour les locaux

⁶⁵⁹ Sachant que l'adhésion étant désormais libre, l'épineuse question des restitutions ne se pose plus.

considérés, en respectant les conditions posées par l'article L. 145-40-2 du Code de commerce.

378. Avantages de cette solution. – Cette solution offre plusieurs avantages. Le premier est sans conteste de pouvoir maintenir l'association de commerçants, organe fédérateur, sans risquer la sanction de la nullité. Le second avantage est celui de l'égalité et de la transparence entre tous les exploitants du centre. Egalité car le coût de la promotion et de l'animation est partagé entre tous les exploitants indépendamment de leur qualité de membre de l'association de commerçants. Transparence car le budget est voté par l'assemblée générale de l'association de commerçants chaque année et que toute personne membre de l'association est en droit d'y participer. Certes, il pourrait être reproché à cette solution de faire perdre au bailleur la maîtrise de la politique d'animation et de promotion et de lui faire supporter l'avance de trésorerie entre le moment de l'appel de fonds de l'association et celui du paiement par les locataires. Sur le premier point, nous ne pouvons que reconnaître que le bailleur délègue en quelque sorte cette branche aux locataires. Cependant, s'agissant d'une branche non immobilière mais étroitement liée à l'activité des locataires et du centre, il nous semble que l'intérêt du bailleur et celui des locataires devraient converger. En outre, ce transfert de compétence est sans doute le « prix à payer » pour renforcer la cohésion des locataires et ainsi favoriser l'unité et le dynamisme du centre commercial. Le second reproche peut être aisément écarté en prévoyant qu'une provision, calculée sur la base du budget prévisionnel établi par l'association de commerçants, soit payée par le locataire au bailleur en même temps que le loyer.

379. Transition. – L'activité collective des preneurs s'organise autour de deux axes. L'unité et la cohérence des pratiques commerciales dans le centre sont assurées, sous la maîtrise et le contrôle du bailleur, par le règlement intérieur. L'efficacité de la politique d'animation et de publicité, nécessaire à l'attractivité et au rayonnement du centre, est quant à elle assurée par une structure commune fédératrice regroupant bailleur et locataires, dotée du pouvoir de décider collégalement de la politique d'animation et de publicité, de collecter les fonds

nécessaires à sa mise en œuvre et de sanctionner les membres récalcitrants. Sous réserve d'aménager les conditions d'accès et de sortie, l'association de commerçants est, à notre sens, la structure la plus adaptée pour remplir cet objectif.

Mais la réussite d'un centre commercial ne se limite pas à l'organisation de l'activité collective des preneurs. Elle suppose également une diversité de l'offre commerciale, objectif qui impacte directement l'activité individuelle de chaque locataire.

CHAPITRE 2 – L’ENCADREMENT DE L’ACTIVITÉ INDIVIDUELLE DU PRENEUR

380. La maîtrise de l’activité est essentielle pour un commerçant. Selon le type d’activité et la façon dont il l’exerce, l’exploitant est en effet susceptible d’attirer et de fidéliser une clientèle plus ou moins nombreuse. La maîtrise de l’activité s’entend également, pour le commerçant, de la possibilité de changer d’activité lorsqu’il estime qu’elle est moins rentable ou qu’il souhaite tout simplement en changer.

Envisagée à l’échelle d’un centre commercial, l’activité exercée par les locataires commerçants devient stratégique. En effet, le succès d’un centre dépend en grande part de la diversité des activités qui y sont exercées. Cela est dû principalement au fait qu’une majorité de centres commerciaux sont, encore aujourd’hui, situés en périphérie des villes et que l’offre faite aux consommateurs y est, par nature, limitée à l’enceinte du centre commercial. Pour que le centre soit attractif, il doit donc impérativement contenir une variété de commerces propres à répondre exactement aux besoins de la clientèle. *A minima*, le centre doit pouvoir offrir les services et commerces que les clients sont susceptibles de trouver en centre-ville.

À cet égard, et comparé au centre-ville où, à défaut de conception d’ensemble, l’offre commerciale se développe au gré des initiatives individuelles, le centre commercial a quant à lui l’avantage d’être conçu et organisé dès l’origine afin d’offrir une diversité de commerces complémentaires.

381. Au stade de la conception du centre, la variété des commerces est assurée par le plan de commercialisation établi par le promoteur ou le gestionnaire. Ce plan fixe la nature des activités en tenant compte de l’environnement commercial

du centre⁶⁶⁰, mais prévoit également l'emplacement de chacune d'elles en fonction des études de chalandise effectuées en amont afin d'assurer une rentabilité maximale. Ultérieurement, cet équilibre du plan de commercialisation doit pouvoir être maintenu pour assurer la pérennité du succès du centre commercial. Ce maintien nécessite un encadrement strict de l'activité individuelle de chaque locataire et une véritable organisation de la concurrence. Bien que justifié par un intérêt commun évident - les locataires ayant, tout autant que le bailleur, intérêt au succès du centre commercial – cet objectif se heurte pourtant aux dispositions impératives du statut des baux commerciaux et du droit de la concurrence.

382. Dans les développements qui suivent, nous étudierons dans quelle mesure il est possible d'encadrer l'activité individuelle des preneurs dans les centres commerciaux, en distinguant le contrôle sur l'évolution de l'activité en cours de bail (section 1) et celui fait à l'occasion de la cession du droit au bail par les preneurs (section 2).

⁶⁶⁰ Le plan de commercialisation ne sera pas le même selon que le centre est situé en ville ou en périphérie. Il diffèrera également en fonction de la proximité éventuelle d'autres centres commerciaux ou zones commerciales.

Section 1 – L’encadrement de l’activité individuelle des preneurs en cours de bail

383. La variété et la complémentarité des activités exercées par les locataires étant une des clés de réussite du centre, il est crucial de préserver l’équilibre du plan de commercialisation tant à l’ouverture qu’au cours de la vie du centre commercial.

Le locataire a l’obligation d’utiliser les locaux conformément à la destination convenue⁶⁶¹. Cependant, il est autorisé à modifier cette activité en cours de bail en exerçant le droit à déspecialisation⁶⁶². Même s’il est subordonné à certaines conditions, ce droit présente donc, du fait même de son existence, une menace particulièrement grave dans les centres commerciaux. En effet, par une initiative personnelle, un commerçant peut rompre l’équilibre commercial de l’ensemble. La spécificité des centres commerciaux, eu égard à la problématique de la déspecialisation, a été très justement exposée par Monsieur Bruno BOCARRA⁶⁶³ à l’occasion des débats sur le projet de réforme du statut des baux commerciaux en 1979. Dans cet environnement spécifique qu’est le centre commercial, écrivait-il « *le problème se pose (...) en des termes multilatéraux, puisque en-dehors du bailleur et du locataire il existe une autre partie prenante constituée par le groupe des autres exploitants du centre* ».

384. C’est dans ce contexte particulier qu’il convient d’étudier la question de l’encadrement de l’activité individuelle des preneurs dans un centre commercial.

⁶⁶¹ Article 1728 du Code civil.

⁶⁶² Article L. 145-47 et suivants du Code de commerce.

⁶⁶³ *Le projet de réforme du statut des baux commerciaux – La déspecialisation et les centres commerciaux*, AJPI 1979, Etudes p. 5.

Après avoir rappelé le cadre légal (§ 1), nous étudierons les moyens contractuels envisageables pour organiser la concurrence dans les centres commerciaux⁶⁶⁴ (§ 2).

§ 1 – Les dispositifs légaux d’encadrement de l’activité individuelle du preneur en cours de bail

385. L’activité individuelle des preneurs n’est pas totalement libre. Elle est doublement encadrée : par le droit commun du louage d’une part, qui oblige le locataire à user des locaux suivant la destination convenue et par le statut des baux commerciaux d’autre part, qui subordonne la faculté de faire évoluer les activités prévues au contrat de bail à des conditions de forme et de fond précises. Ce dispositif, commun à l’ensemble des baux relevant du statut (A), est complété d’une règle spécifique aux centres commerciaux nouvellement créés (B).

A – Le dispositif commun à tous les baux relevant du statut des baux commerciaux

386. L’article 1728-1° du Code civil impose au locataire d’user de la chose suivant la destination qui lui a été donnée. Cette disposition, qui figure dans le droit commun du louage, implique que toute modification de la destination doit être préalablement autorisée par le bailleur. Or, en matière commerciale, la règle du maintien de la destination contractuelle peut s’avérer particulièrement contraignante en raison du droit au renouvellement dont bénéficie le locataire commerçant, le renouvellement se faisant aux conditions du bail d’origine. Ainsi que l’écrivait Boccara dans l’article intitulé « *Le projet de réforme du statut des baux*

⁶⁶⁴ Étant ici précisé que la question de l’organisation de la concurrence sera traitée uniquement au regard du bail commercial. Pour les développements concernant la problématique de l’organisation de la concurrence dans les centres commerciaux soumis au régime de la copropriété des immeubles bâtis ou faisant l’objet d’une division en volumes, il convient de se reporter à la première partie de notre étude.

*commerciaux*⁶⁶⁵ », le caractère limitatif des clauses de destination prend nécessairement un relief particulier dans le contexte statutaire français puisque, par l'effet du régime qui nous est propre et des renouvellements successifs qu'il comporte, de telles clauses revêtent un caractère quasi permanent. Afin d'éviter de figer ainsi l'activité permise dans les locaux et de permettre aux locataires de la faire évoluer, le législateur a donc introduit en 1965 un assouplissement par la voie dite de déspecialisation du bail⁶⁶⁶. La déspecialisation consiste dans le changement de destination des locaux donnés à bail. Elle peut être soit partielle (1°), soit plénière (2°).

1°) La déspecialisation partielle : une procédure favorable au locataire

387. Définition. – L'article L. 145-47 du Code de commerce autorise le locataire à « *adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires* ». Elle est dite partielle dans la mesure où elle ne conduit pas à un abandon de l'activité prévue au bail, mais à une extension à d'autres activités, lesquelles peuvent même devenir prépondérantes par rapport à l'activité initiale, tant qu'elles lui sont connexes ou complémentaires⁶⁶⁷.

Considérant qu'elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle sur les notions de connexité ou de complémentarité, qui sont pourtant cruciales, de sorte qu'il est difficile d'en avoir une définition précise⁶⁶⁸. Un ancien jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de

⁶⁶⁵ Op. cit. AJPI 1979, Etudes, p. 5.

⁶⁶⁶ « *L'évolution des méthodes commerciales et des procédés de fabrication exige que les commerçants s'adaptent à une réalité changeante et ne soient pas paralysés par des clauses trop rigides* », M. HOGUET, Rapport de la loi du 12 mai 1965, JO déb. AN, 25 juin 1964.

⁶⁶⁷ Cass. 3ème civ. 4 février 1997 : « *Le caractère complémentaire d'une activité n'exclut pas qu'elle puisse être prépondérante par rapport à l'activité ancienne.* », Administrer, juin 1997, n° 290, p. 36.

⁶⁶⁸ Cass. 3ème civ. 13 février 1969, JCP G 1969, IV, 74.

la Seine en 1966⁶⁶⁹ définit la déspecialisation partielle comme « *la possibilité d'adjoindre aux commerces contractuellement autorisés de nouvelles activités connexes ou complémentaires, c'est-à-dire soit présentant des rapports étroits avec l'objet du bail, soit constituant des activités complémentaires du commerce autorisé et susceptibles d'en favoriser le développement et sans en modifier la nature compte tenu dans l'un et l'autre cas de l'évolution des usages commerciaux* »⁶⁷⁰. Bien qu'ancienne, cette définition est encore valable aujourd'hui.

388. Procédure allégée favorable au locataire. – La déspecialisation partielle est d'abord un droit pour le locataire. Dès lors que l'activité qu'il souhaite adjoindre est connexe ou complémentaire à celle prévue au bail, le locataire peut l'exercer librement, à la seule condition d'informer le bailleur, par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, des activités qu'il envisage d'exercer. Le bailleur dispose quant à lui d'un délai de deux mois pour contester, le cas échéant, le caractère connexe ou complémentaire de ces activités. Le droit à déspecialisation du locataire est en outre d'ordre public⁶⁷¹. En-dehors d'une opposition fondée sur le défaut de caractère connexe ou complémentaire de l'activité envisagée, le bailleur ne peut donc pas refuser la modification de l'activité du locataire. Si l'on ajoute à cela le fait que le législateur n'a nullement prévu de mécanisme d'information, encore moins de contestation, des tiers⁶⁷², on

⁶⁶⁹ TGI Seine, 18^{ème} chambre, 25 novembre 1966 ; JCP G 1967, IV, 141.

⁶⁷⁰ Ont ainsi été jugées connexes ou complémentaires la vente de croque-monsieurs et pizzas dans une boulangerie (Cour d'appel de Versailles, 12 janvier 1995, Administrer juin 1995, page 19, note E-E Franck), l'activité de nettoyage à sec dans une laverie (Cass. 3^{ème} civ. 13 février 1973, « Ben Saïd c/ Sté Laverie de la Dame Blanche » ; Bull. civ. 1973, III, n° 113 ; JCP G 1973, IV, 124) ou encore la vente de luminaires en tous genres, petits meubles d'appoint, accessoires de décoration et de cadeaux dans un commerce dédié à la vente de meubles et articles de Paris (Cass. 3^{ème} civ. 16 mars 1977 : Rev. Loyers 1977, p. 323). En revanche, la maroquinerie a été jugée comme non complémentaire à l'activité de vente de chaussures (Cour d'appel de Paris, 16^{ème} chambre, 25 novembre 1974 : Gaz. Pal. 1975, 1, p. 100, note Brault).

⁶⁷¹ L'article L. 145-15 C. com. répute « *nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et aménagements qui ont pour effet de faire échec (...) aux dispositions (...) des articles L. 145-47 à L. 145-54 du Code de commerce* ».

⁶⁷² À la différence de la procédure prévue par les articles L. 145-48 et suivants du Code de commerce pour la déspecialisation plénière.

comprend que la déspecialisation partielle porte, en soi, le germe de troubles d'organisation de la concurrence dans un centre commercial. En effet, ainsi que le soulignait Boccara⁶⁷³ « toute extension d'activité se réalisera et ne peut se réaliser qu'au détriment des autres commerçants du centre ».

2°) *La déspecialisation plénière : une procédure encadrée préservant les droits des tiers*

389. Définition. – L'article L. 145-48 du Code de commerce prévoit que « le locataire peut, sur sa demande, être autorisé à exercer dans les lieux loués une ou plusieurs activités différentes de celles prévues au bail, eu égard à la conjoncture économique et aux nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution, lorsque ces activités sont compatibles avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier ». La déspecialisation est ici dite plénière car elle vise le cas où le locataire entend soit exercer une activité complètement différente de celle prévue au bail, soit adjoindre une activité non considérée comme connexe ou complémentaire. À l'instar de la déspecialisation partielle, la déspecialisation plénière est d'ordre public. Elle s'en distingue en revanche dans la mesure où le changement d'activité est subordonné à l'autorisation du bailleur et non à une simple information de la part du locataire.

390. Une procédure encadrée. – En premier lieu, le locataire doit formuler une demande d'autorisation auprès du bailleur par acte extra-judiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le bailleur dispose d'un délai de trois mois pour accepter, refuser ou bien faire connaître les conditions auxquelles il subordonne son accord⁶⁷⁴. En outre, la demande du locataire doit être justifiée par « la

⁶⁷³ Bruno BOCCARA, *Le projet de réforme du statut des baux commerciaux – la déspecialisation généralisée et les centres commerciaux*, op. cit.

⁶⁷⁴ L. 145-49 C. com.

conjoncture économique et les nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution ». Les deux conditions sont cumulatives et doivent être interprétées de façon stricte. La déspecialisation plénière doit uniquement permettre à un commerçant de remplacer une activité moribonde et sans intérêt pour la clientèle par une activité correspondant plus aux besoins de la clientèle. Ainsi que l'ont souligné certains auteurs⁶⁷⁵, la déspecialisation plénière ne peut permettre de « *changer la nature d'un commerce normalement rentable pour un commerce dont les bénéfices escomptés seraient plus substantiels afin de réaliser une opération spéculative* ». La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs retenu cette analyse au sujet d'une demande de transformation d'un fonds de teinturerie-pressing en commerce de prêt-à-porter chaussures⁶⁷⁶. En l'espèce, les juges avaient relevé que le locataire ne démontrait pas que l'activité actuelle était inadaptée et que l'activité nouvelle s'imposait. Au surplus, l'activité prévue au bail était parfaitement rentable et la transformation envisagée n'apportait pas une amélioration de la distribution dans un quartier où la grande abondance de magasins de prêt-à-porter et de chaussures satisfaisait déjà les besoins des consommateurs. La Cour d'appel avait donc refusé la déspecialisation plénière demandée par le locataire.

Appliquée à un centre commercial, cette règle permet également au bailleur de s'opposer valablement à la demande de déspecialisation plénière en invoquant les *nécessités de l'organisation rationnelle du centre commercial*. L'article L.145-48 du Code de commerce impose en effet au locataire de justifier sa demande de déspecialisation plénière « *eu égard à la conjoncture économique et aux nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution* ». Ces deux éléments sont cumulatifs. Le locataire doit donc prouver d'une part que son activité actuelle n'est plus rentable et d'autre part que la nouvelle activité entraînerait une amélioration de la distribution eu égard aux besoins de la clientèle dans ce domaine. Or, en matière de centres commerciaux, cette condition peut s'avérer favorable

⁶⁷⁵ Archevêque, Legrand et de Belot, *La loi du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux*, Gaz Pal 1971, 2, Doctr., p. 590.

⁶⁷⁶ CA Paris 22 février 1990 ; JCP éd. N. 1991, 100516.

au bailleur. En effet, si le plan de commercialisation du centre est équilibré, il est plus délicat pour le locataire de prouver que la nouvelle activité qu'il envisage d'exercer répond aux nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution. Au contraire, le bailleur peut invoquer l'argument à son profit en soutenant que la disparition de l'activité convenue au bail est de nature à remettre en cause l'organisation rationnelle de la distribution dans le centre commercial.

Enfin, l'activité envisagée doit être « *compatible avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier* ». À défaut, le bailleur peut refuser la déspecialisation plénière et si ce motif est considéré comme grave et légitime, le tribunal ne pourra passer outre le refus du bailleur⁶⁷⁷.

391. Procédure préservant les droits des tiers. - Dans les rapports avec les tiers, le locataire est tenu d'informer les créanciers inscrits sur le fonds de commerce de la demande de déspecialisation formulée (article L. 145-49 du Code de commerce). De son côté, le bailleur doit aussi aviser « *ceux de ses locataires envers lesquels il se serait obligé à ne pas louer en vue de l'exercice d'activités similaires à celles visées dans la demande* » (article L. 145-49 du Code de commerce). Contrairement à la déspecialisation partielle, le législateur a donc préservé les droits des tiers, en l'occurrence les locataires du centre commercial auxquels le bailleur aurait consenti une exclusivité, par le biais d'une information obligatoire. Une fois informés, ces derniers peuvent ensuite manifester au bailleur leur désaccord dans un délai d'un mois. En cas de contestation, il appartient en dernier ressort au tribunal d'apprécier le caractère suffisamment grave et légitime de cette opposition pour refuser, le cas échéant, la déspecialisation demandée.

⁶⁷⁷ Article L. 145-52 C. com. a contrario. En pratique, les tribunaux s'avèrent particulièrement exigeants dans l'appréciation des conditions et refusent de faire droit à la demande d'un locataire lorsqu'ils considèrent qu'il aurait pu éviter la déspecialisation plénière en se convertissant dans une branche plus complémentaire de son activité antérieure.

392. Transition. – En pratique, les locataires ont facilement recours à la déspecialisation partielle. Il n'en va pas de même de la déspecialisation plénière en raison principalement de la longueur et des contraintes liées à la procédure.

D'un point de vue économique, il est exact que le régime de la déspecialisation partielle confère aux locataires une souplesse qui leur permet de « *s'adapter à une réalité changeante* » et de ne pas être « *paralysés par des clauses trop rigides* », ainsi que le souhaitait le législateur. En revanche, force est d'admettre que la facilité de mise en œuvre de cette procédure, doublée de son caractère d'ordre public constituent une source de trouble majeur au regard de l'organisation de la concurrence dans les centres commerciaux.

Pourtant, dès 1965, le législateur avait semblé prendre en considération les spécificités de ce type d'établissement, en introduisant un dispositif propre aux centres commerciaux nouvellement créés.

B - Le dispositif spécifique aux nouveaux centres commerciaux

393. Déspecialisation plénière interdite pendant les neuf premières années. – L'article L. 145-48 du Code de commerce prévoit une dérogation à la procédure de déspecialisation plénière en interdisant au « *premier locataire d'un local compris dans un ensemble constituant une unité commerciale définie par un programme de construction de se prévaloir de cette faculté pendant un délai de neuf ans à compter de la date de son entrée en jouissance* ». Cette disposition vise spécifiquement les centres commerciaux neufs et assure ainsi une stabilité du plan de commercialisation pendant les neuf premières années suivant leur ouverture⁶⁷⁸.

⁶⁷⁸ Cette disposition s'applique non seulement au premier locataire, mais également à l'éventuel cessionnaire du droit au bail puisque ce dernier vient aux droits du cédant.

Ce dispositif figurait déjà dans le décret du 30 septembre 1953 (article 34-1) et visait à prendre en compte les difficultés propres au lancement d'un nouveau centre commercial. En effet, le démarrage d'un centre est une période délicate pour le bailleur et les locataires, qui ont engagé de lourdes dépenses : le bailleur dans la construction de l'immeuble et l'aménagement des espaces communs et les locataires dans l'aménagement de leurs locaux. Mais si le centre tarde à engendrer des bénéfices, la tentation peut être forte pour certains locataires d'invoquer la déspecialisation plénière pour développer un commerce plus rémunérateur. Cette tentation peut d'ailleurs l'être d'autant plus qu'au cours des premières années, certains commerces peuvent connaître un développement florissant et d'autres stagner. Or, l'une des clés de réussite d'un centre commercial réside dans la planification de la diversité des activités qui y sont exercées, qui permet d'attirer une clientèle variée et plus nombreuse. Il est donc essentiel de pouvoir préserver cette diversité en limitant la faculté de déspecialisation. La dérogation au principe de déspecialisation plénière spécifique aux nouveaux centres commerciaux constitue à cet égard une avancée. Elle n'est toutefois pas suffisante.

394. Un dispositif insuffisant. – La dérogation introduite par l'article L. 145-48, alinéa 2 du Code de commerce concerne uniquement la déspecialisation plénière et est cantonnée aux neuf premières années suivant l'ouverture d'un nouveau centre commercial. Son champ d'application est donc doublement limité, ce qui en réduit considérablement la portée et l'intérêt.

Sur le plan de la nature de la déspecialisation tout d'abord, limiter cette interdiction aux seules déspecialisations plénières n'a pas véritablement de sens dans les centres commerciaux, dès lors que toute déspecialisation, quelle qu'elle soit, est susceptible de perturber l'équilibre du plan de commercialisation. Il faut bien comprendre que dans un centre commercial, la diversité des commerces exploités, clé du succès, suppose une organisation. Tout changement d'activité n'est pas automatiquement susceptible de bouleverser l'économie générale du centre, mais un défaut d'organisation peut lui être fatal. C'est pourquoi il est nécessaire de limiter ou d'encadrer les initiatives individuelles de changement d'activité pour privilégier une

approche globale. De ce point de vue, la déspecialisation partielle, dans la mesure où elle peut être mise en œuvre par le locataire sans l'accord préalable du bailleur, s'avère plus dangereuse pour le centre commercial que la déspecialisation plénière. L'exception légale, en ce qu'elle est limitée à la déspecialisation plénière, ne nous paraît donc pas suffisante au regard de la spécificité de l'organisation des centres commerciaux. Elle ne l'est guère plus sur le plan de la période retenue.

L'article L. 145-48, alinéa 2 du Code de commerce bloque toute déspecialisation plénière pendant les neuf premières années qui suivent l'ouverture du centre commercial. Cette limitation dans le temps n'est pas satisfaisante et peu compréhensible à la réflexion. On comprend en effet que la dérogation a été introduite pour favoriser les centres commerciaux nouveaux. Il est toutefois étrange que cette notion de nouveauté perdure sur neuf années. Une telle durée, qui correspond à la durée légale du bail commercial, excède largement la période de lancement du centre.

En revanche, si l'on considère cette durée au regard de la spécificité des centres commerciaux, elle s'avère insuffisante. L'organisation de la diversité des commerces dans un centre commercial est tout aussi nécessaire lors de son ouverture que par la suite. Ainsi que l'ont souligné Mesdames Chatelain et Gautier-Le Chatelier « *la limitation de l'impossibilité de changer d'activité au premier locataire du centre n'est qu'une solution de compromis sans grande logique : on ne voit pas comment le centre perdrait en neuf ans, l'espace d'un bail, les caractéristiques qui ont nécessité des règles particulières. Un centre commercial conserve en effet sa spécificité tout au long de son existence* »⁶⁷⁹.

395. Transition. – En interdisant la déspecialisation plénière pendant les neuf années qui suivent l'ouverture d'un centre commercial, le législateur a introduit

⁶⁷⁹ *La concurrence dans les centres commerciaux*, JCP E, Etudes 13643, p. 593.

une règle propre aux centres commerciaux. Très limité dans son champ d'application et sa durée, ce dispositif est toutefois largement insuffisant. La solution consisterait-elle à supprimer toute faculté de déspecialisation dans les centres commerciaux ? Nous ne le pensons pas. Une telle solution nous paraît en effet trop radicale car elle priverait les locataires de toute possibilité de faire évoluer leur activité, ce qui n'est guère compatible avec le principe de liberté du commerce et de l'industrie. À notre sens, le problème posé par la faculté de déspecialisation dans les centres commerciaux, réside essentiellement dans le fait qu'elle impose au bailleur, mais aussi et surtout à la collectivité des autres locataires, une initiative individuelle susceptible de bouleverser l'équilibre du plan de commercialisation. La solution la plus appropriée pour répondre aux besoins spécifiques des centres commerciaux est de proposer des outils contractuels permettant de maintenir l'équilibre du plan de commercialisation.

§ 2 – Les techniques contractuelles d'encadrement de l'activité individuelle du preneur en cours de bail

396. Dans un centre commercial, l'organisation du commerce peut être envisagée de deux façons : soit en agissant directement sur l'activité de chaque locataire (A), soit en aménageant la concurrence entre eux (B).

A – Les clauses afférentes à l'activité individuelle du preneur

397. La clause de destination. – La clause de destination du bail est celle par laquelle les parties définissent les activités autorisées. Cette clause est essentielle au regard de l'organisation du centre commercial, car elle est la traduction contractuelle du plan de commercialisation voulu par le bailleur. En effet, l'article 1728 du Code civil oblige le preneur, à titre d'obligation principale, à « *user de la chose louée (...) suivant la destination qui lui a été donnée par le bail* ». Si l'on souhaite encadrer l'activité des locataires, la première solution est de préciser dans le

contrat de bail la liste détaillée des activités que chacun des locataires est en droit d'exercer. Cela permet ainsi d'obliger tout locataire qui envisagerait d'exercer des activités autres que celles conventionnellement définies, à entamer une procédure de déspecialisation (plénière ou partielle selon le cas), en respectant le dispositif légal, à moins que l'activité soit considérée comme implicitement incluse dans les commerces autorisés aux termes du bail. La théorie dite de « l'activité incluse » permet en effet généralement aux juges d'élargir le champ des activités autorisées dans le bail pour tenir compte notamment de l'évolution des usages en matière de vente en adoptant une conception extensive de la destination.

Il convient néanmoins de souligner que, d'après la Cour d'appel de Paris, lorsque le bail est consenti à un commerçant dans un centre commercial *« et par conséquent dans le cadre d'une unité économique fermée, pour maintenir l'équilibre économique du centre et éviter toute anarchie dans la concurrence, il convient de faire une interprétation stricte de la clause de destination »*⁶⁸⁰. Cet arrêt est intéressant puisqu'il se fonde sur la spécificité des centres commerciaux pour décider que la clause de destination doit être interprétée de façon stricte.

398. La clause d'indivisibilité. – Dans les baux conclus dans les centres commerciaux, la clause de destination intègre le plus souvent une notion d'indivisibilité des activités visées au bail. L'objectif est de renforcer l'encadrement de l'activité de chaque locataire en le contraignant à exercer la totalité des activités prévues au bail. Alors que la clause de destination permet de délimiter les activités que le locataire est en droit d'exercer, la clause d'indivisibilité l'oblige à les exercer toutes.

Certains bailleurs vont même jusqu'à préciser le pourcentage autorisé pour chacune des activités, afin d'encadrer étroitement leur exercice. S'agissant d'une obligation

⁶⁸⁰ CA Paris, 16ème ch. A, 10 octobre 1995, « *Sté JLSI c/Sté Guy Robic* » ; Loyers et copr. 1996, comm. n°167 : « *Que ce faisant, la société propriétaire rapporte suffisamment la preuve qu'il est d'usage dans les centres commerciaux de distinguer le prêt-à-porter classique du prêt-à-porter de vêtements de cuir* ».

contractuelle, la sanction du non-respect est la résolution du contrat ou le refus de renouvellement du bail sans versement d'une indemnité d'éviction. Ce type de clause a été critiqué dans le *Livre Blanc* publié par l'organisme PROCOS⁶⁸¹ en juin 2003, comme étant étranger au statut des baux commerciaux⁶⁸². Cette critique ne nous semble toutefois pas fondée. Au plan juridique, le fait qu'elle ne soit pas prévue par le statut des baux commerciaux ne signifie pas qu'elle soit interdite, d'autant plus que la clause d'indivisibilité ne fait pas obstacle à la faculté de déspecialisation. En outre, au plan économique, cette clause nous paraît justifiée dans les centres commerciaux par l'intérêt commun du bailleur et des locataires, puisqu'elle assure une diversité des commerces et joue un rôle de régulation indirecte de la concurrence entre les commerçants

399. La clause d'enseigne. - La clause d'enseigne oblige le locataire à exploiter le fonds de commerce sous l'enseigne stipulée au bail. Selon Madame Sabine Germain et Maître Hittinger-Roux⁶⁸³, elle est justifiée en pratique car « *tout centre commercial qui se respecte se doit de proposer un certain nombre de marques. Il en va de son image et de son attractivité* ». Or cette clause est susceptible de faire échec aux règles de la déspecialisation car elle oblige le locataire à exercer la même activité, d'autant plus si l'enseigne correspond à une marque de distributeur⁶⁸⁴. Une telle clause a donc été vivement critiquée par les locataires.

Le Livre Blanc précité retenait, en juin 2003, que : « *le décret de 1953 ainsi que la grande majorité des baux initialement signés entre locataires et bailleurs ne prévoient aucune*

⁶⁸¹ PROCOS est la Fédération représentative du commerce spécialisé.

⁶⁸² « *Le décret de 1953 prévoit que les locaux à usage commercial sont exclusivement destinés à l'activité ci-après. Il n'est nullement question dans cette définition d'une quelconque notion de permanence et d'indivisibilité. Cette notion de permanence et d'indivisibilité a été récemment introduite par des bailleurs institutionnels dont l'objectif principal était de figer les activités de leurs locataires et, en conséquence, de reprendre le contrôle de la destinée de leurs locaux commerciaux. Ce type de clause a non seulement pour effet de faire perdre au locataire la destinée de son commerce, mais il a surtout pour effet d'empêcher l'exploitant d'un fonds de commerce de moderniser ce fonds, de le faire évoluer en fonction de la demande de la clientèle, de l'adapter à l'exploitation et la distribution de produits toujours plus innovants* ».

⁶⁸³ *Le bail commercial expliqué aux commerçants*, éd. du Sites, 1997, p. 40.

⁶⁸⁴ Ce qui sera le plus souvent le cas, la clause d'enseigne ne présentant d'intérêt pour le bailleur que si elle est attachée à un concept ou à une marque.

clause d’enseigne. Force est de constater que cette clause d’enseigne est de plus en plus introduite dans les baux par les bailleurs afin de leur permettre de contraindre leur locataire à exercer leur activité sous une enseigne déterminée. Les bailleurs s’immiscent ainsi dans les affaires de leurs locataires, dans la gestion de leur exploitation. Ils les empêchent de maîtriser l’évolution de leur concept, de moderniser ce concept, de s’adapter aux demandes du marché et de leur clientèle. ».

En juillet 2000, la Cour de cassation avait d’ailleurs annulé une clause d’enseigne au motif qu’elle ne permettait pas l’application des dispositions d’ordre public du statut des baux commerciaux⁶⁸⁵. En l’espèce, il s’agissait d’un bail exploité par un franchisé sous l’enseigne *Comod*. La société *Comod* ayant résilié le contrat de franchise, le locataire était dans l’incapacité de continuer à exploiter le fonds sous cette enseigne, mais en continuant à l’exploiter sans l’enseigne *Comod*, il se trouvait *de facto* en contravention avec la clause d’enseigne stipulée dans son bail.

Eu égard au caractère d’ordre public du droit à déspecialisation conféré au locataire, la décision de la Cour de cassation n’est pas inattendue. Néanmoins, il ne nous semble pas qu’elle aboutisse à une interdiction absolue de la clause d’enseigne. A notre sens, la clause d’enseigne ne devrait être condamnée que lorsqu’elle empêche toute déspecialisation. En revanche, si le bail autorise un changement d’enseigne à des conditions compatibles avec le statut des baux commerciaux, la clause d’enseigne doit selon nous être considérée comme valide⁶⁸⁶.

De ce point de vue, la solution proposée en 1994 par le Conseil National des Centres Commerciaux dans la *Charte des relations entre bailleurs et locataires* est intéressante.

⁶⁸⁵ Cass. 3^{ème} civ. 12 juillet 2000, « Comptoirs modernes économiques de Rennes c/ Sté La Palière Distribution », AJDI 10 nov. 2000.

⁶⁸⁶ Sur ce point, la doctrine est très partagée. En faveur d’une appréciation libérale des clauses d’enseigne, voir Cohen-Trumer et Lévy (*La clause d’enseigne dans les baux des centres commerciaux*, AJPI 1992, p. 840s) qui considèrent que si la déspecialisation est incompatible avec la clause d’enseigne, cette dernière est simplement inopposable ; tandis que J. Lafond estime qu’il s’agit là d’une « lecture optimiste de la jurisprudence, qui paraît manifester en fait une hostilité envers la clause d’enseigne considérée comme a priori incompatible avec les droits que le locataire tient du statut des baux commerciaux » (Jurisclasseur – Bail commercial – Centres commerciaux, Fasc. 1500, n°118).

Cette solution est la suivante : « *si pour des raisons indépendantes de la volonté du locataire ou de son fait, celui-ci se trouvait dans l'impossibilité de poursuivre son exploitation sous l enseigne désignée dans le bail, il doit pouvoir proposer à l'agrément de son bailleur, dans la même activité, une autre enseigne de notoriété, de niveau de gamme et de qualité comparables, sans changement de conditions locatives* ». Toutefois, cette tentative n'a pas empêché, en pratique, de déplacer la difficulté sur l'appréciation des notions de notoriété, niveau de gamme et qualité comparables. En outre, il nous semble que, pour être conforme au statut des baux commerciaux, l'agrément ne devrait être requis que lorsque le changement d'enseigne entraîne une déspecialisation totale du bail.

Si la clause d'enseigne n'est à notre sens pas nulle *en soi*, son efficacité n'est toutefois pas absolue au regard du statut des baux commerciaux. En outre, au-delà de l'aspect juridique, l'efficacité de la clause d'enseigne tient essentiellement en pratique au contrat de franchise qui lie le locataire à l'enseigne. Il est donc illusoire à notre sens de considérer qu'une clause d'enseigne suffise à maintenir l'organisation des commerces dans le centre commercial. Dans la majorité des cas, si le locataire oppose au bailleur qu'il n'est plus en capacité d'exploiter le fonds de commerce sous l'enseigne convenue, le bailleur ne pourra pas exiger du locataire qu'il poursuive puisque le droit à l'enseigne résulte non pas du bail mais du contrat de franchise. La problématique pour le bailleur ne sera donc pas tant de préserver le plan de commercialisation que d'obtenir du locataire qu'il puisse, malgré la disparition de l'enseigne, assumer le paiement d'un loyer suffisant. À cet égard, la négociation d'un loyer minimum garanti, en plus du chiffre d'affaires, est essentielle.

Malgré ces points de fragilité de la clause d'enseigne, nous estimons utile de la prévoir dans les baux commerciaux de centres commerciaux. En effet, au-delà de la description des activités qui figurent dans la clause de destination du bail, l'enseigne permet de déterminer de façon beaucoup plus fine les standards de qualité et les niveaux de gamme. Cet élément peut à notre sens être pris en compte par le juge au moment d'apprécier les caractéristiques de la déspecialisation et permet de compléter utilement la clause de destination du bail.

400. Clause résolutoire en cas de non respect de la procédure de déspécialisation. - En l'absence de toute clause spécifique, la sanction du non respect de la procédure de déspécialisation légale, qu'elle soit plénière ou partielle, est classique. Le locataire qui ne respecte pas les conditions de mise en œuvre de la déspécialisation ou bien qui étend son activité malgré une contestation du bailleur encourt la résiliation du bail ou le refus de renouvellement sans indemnité d'éviction. Mais cette sanction peut être aléatoire. En effet, la résiliation judiciaire du bail est soumise à l'appréciation du juge, qui peut estimer que le manquement du locataire à ses obligations n'est pas suffisamment grave pour entraîner une telle sanction. Quant au refus de renouvellement, cette sanction n'est dissuasive que si la déspécialisation intervient peu avant l'expiration du bail. Cette incertitude quant à l'efficacité de la sanction porte atteinte à l'efficacité de la procédure de déspécialisation elle-même. Si le locataire est conscient qu'il risque de mettre fin à la relation contractuelle en cas d'entorse à la procédure de déspécialisation, il sera certainement plus enclin à la respecter à la lettre.

La solution proposée consiste donc à insérer une clause résolutoire dans le bail. Cette clause offre l'avantage de contraindre le juge à résilier le contrat dès lors que l'infraction est établie. Le juge perd ainsi tout pouvoir d'appréciation. La clause résolutoire peut par exemple être rédigée de la façon suivante : *« L'exercice de tout commerce non autorisé, de même que le défaut de respect des procédures légales prévues aux articles L.145-47 et L.145-48 et suivants du Code de commerce sur la déspécialisation, constituera une infraction susceptible d'être sanctionnée par la clause résolutoire si bon semble au bailleur. Le preneur s'engage à respecter les stipulations qui précèdent et à les imposer le cas échéant, à tout successeur dans le présent bail, à peine de résiliation du présent contrat. A défaut pour le preneur de respecter les stipulations qui précèdent, le bail sera résilié de plein droit et sans aucune formalité judiciaire, un mois après une mise en demeure d'exécuter ou une sommation de payer demeurée sans effet pendant ce délai, et contenant déclaration par le bailleur de son intention d'user du bénéfice de la présente clause ».*

401. Transition. – Eu égard au caractère d'ordre public du droit à déspécialisation conféré au preneur, les clauses contractuelles utilisées dans les baux

de centres commerciaux peuvent apparaître à première vue d'une efficacité relative. Pourtant, qu'il s'agisse de la clause de destination, de la clause d'indivisibilité ou de la clause d'enseigne, elles sont toutes à notre sens d'une grande utilité car elles permettent d'accentuer la spécificité des centres commerciaux en illustrant de façon très concrète la variété des activités qui y sont exercées et donner ainsi aux juges des éléments d'appréciation dans le traitement des demandes de déspecialisation.

B – Les clauses afférentes à l'organisation de la concurrence entre les locataires

402. À titre liminaire, il convient de rappeler que le bailleur n'a aucune obligation légale d'éviter que les locataires se fassent concurrence dans le centre commercial, à moins d'une stipulation contraire. Néanmoins, à la demande de certains locataires, le bailleur peut parfois être contraint d'accepter de leur consentir une exclusivité ou de prévoir des clauses les préservant de la concurrence⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ De telles clauses peuvent maintenant être exigées par certaines enseignes de renommée nationale/internationale comme condition de leur venue dans le centre commercial.

1°) Définition des clauses d'exclusivité et de non-concurrence

403. La clause d'exclusivité. – La clause d'exclusivité est la clause par laquelle le bailleur s'engage vis-à-vis du locataire à lui conférer le bénéfice de l'exclusivité dans le centre commercial. En règle générale, une telle clause est consentie à des locataires de renom, dont la présence dans le centre est susceptible d'attirer une clientèle nombreuse. En-dehors de ces situations exceptionnelles, les propriétaires de centres commerciaux sont au contraire attentifs à éviter toute exclusivité qui les contraindrait outre-mesure dans la commercialisation des locaux. Le plus souvent, ce sont d'ailleurs des clauses de non-exclusivité qui sont spécifiquement introduites dans les baux afin d'éviter cet écueil.

A titre d'exemple, il peut être stipulé que *« le bailleur ne confère au preneur aucune exclusivité et se réserve le droit de louer tous autres locaux situés dans le centre pour toute utilisation commerciale ou artisanale même similaire ou concurrente à celles proposées par le preneur. Le bailleur ne sera responsable, en aucun cas, de la concurrence que les autres personnes physiques ou morales exerçant, à quelque moment que ce soit, quelque activité que ce soit dans le centre pourraient faire au preneur, y compris les personnes liées par un contrat au preneur (contrat de franchise) »*.

404. La clause de non-concurrence. – La clause de non-concurrence stipulée dans un bail interdit quant à elle au locataire d'exercer une activité qui fasse, directement ou indirectement, concurrence à un autre locataire du centre commercial. L'engagement de non-concurrence peut résulter d'une clause insérée dans le bail, le locataire s'obligeant envers le bailleur à ne pas exercer une activité réservée à un autre locataire. L'engagement de non-concurrence peut alternativement être souscrit directement par le locataire dans un acte distinct du bail (dans les statuts de l'association de commerçants par exemple). Ajoutons qu'il est le plus souvent

applicable pendant la durée du bail, mais qu'il peut également avoir un effet post-contractuel⁶⁸⁸.

2°) Validité des clauses d'exclusivité et de non-concurrence

405. Au regard du droit commun. - La validité de la clause de non-concurrence est traditionnellement admise dès lors qu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace. Depuis quelques années, le droit positif exige, en outre, qu'elle réponde à un intérêt légitime et qu'elle soit proportionnée à cet intérêt qu'elle tend à préserver⁶⁸⁹.

Lorsqu'elles sont insérées dans les baux commerciaux, les clauses de non-concurrence sont le plus souvent limitées à la durée du bail. Toutefois, le statut des baux commerciaux prévoyant un droit au renouvellement du bail, il pourrait être soutenu que la clause de non-concurrence, maintenue à l'occasion des renouvellements successifs du contrat, n'est pas valide puisqu'elle n'est pas limitée dans le temps. L'argument n'est cependant pas insurmontable dès lors que la clause de non-concurrence se limite au centre commercial et qu'elle est par conséquent limitée dans l'espace.

En revanche, l'exigence d'un intérêt légitime fait débat spécialement en notre matière. Un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes a, en l'occurrence, considéré que l'exigence d'un intérêt légitime était satisfaite au motif que la nature de l'activité exercée par le locataire (en l'espèce un tabac-presse) et la clientèle qui s'y rattachait

⁶⁸⁸ Ainsi peut-on lire dans un contrat de bail : « *Le preneur s'interdit pendant la durée du présent Bail et de ses renouvellements ou prorogations éventuels d'exploiter ou de s'intéresser directement ou indirectement à l'exercice d'une activité similaire à une distance de moins de cinq mille mètres à vol d'oiseau d'une limite extérieure quelconque du Centre (...). En fin de bail, pour quelque cause que ce soit et notamment en cas de rupture amiable et anticipée conformément à l'article 6 du présent Bail, le Preneur s'interdit d'exploiter ou de s'intéresser directement ou indirectement à l'exercice d'une activité similaire, à une distance de moins de mille cinq cents mètres (1.500 m) et pendant une durée de trois (3) années courant à compter de la fin du bail, sauf accord exprès et écrit du Bailleur* ».

⁶⁸⁹ Voir par exemple Cass. Com. 4 juin 2002, Contrats, Concurrence et Consommation 2002, n°153, note L. Leveneur ; Cass. com. 24 novembre 2001, Contrats, Concurrence et Consommation 2010, JCP 2 2010, 1220.

devaient être préservées dans l'intérêt collectif du bailleur et des autres locataires. En d'autres termes, la clause de non-concurrence post-contractuelle, dans la mesure où elle visait à la préservation de la destination des lieux, a été considérée comme légitime, car indispensable au maintien de l'attractivité des lieux et, partant, à la commercialité du centre commercial⁶⁹⁰. Il n'est pas tout à fait certain que cette décision soit aisément transposable à tous les centres commerciaux et, en particulier, à ceux dans lesquels la même nature d'activité peut être exercée par plusieurs locataires. Sur un plan général, il existe, en outre, un îlot de résistance assez important face au courant doctrinal jurisprudentiel appréciant la « légitimité » de l'intérêt, principalement au regard des colocataires. D'aucuns continuent, en effet, de soutenir qu'en matière de bail commercial, le bailleur met uniquement à la disposition du locataire la jouissance d'un immeuble. L'élément clientèle est, en d'autres termes, extérieur au contrat de bail. Dès lors, la clause de non-concurrence ne saurait être justifiée par la protection d'une clientèle.

406. Au regard du droit de la concurrence. - Aux termes de l'article L. 420-1 : « *Sont prohibées (...) lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les (...) conventions (...) notamment lorsqu'elles tendent à (...) limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises (...)* »⁶⁹¹. En première analyse, il n'est guère douteux que les clauses d'exclusivité tout comme celles de non-concurrence entrent dans le champ d'application de cette prohibition. Cependant, il ne semble pas qu'en notre matière la jurisprudence se soit prononcée sur ce point précis. Peut-être faut-il en trouver la raison dans le fait que l'interdiction édictée n'est pas d'une portée absolue, quoique, en particulier, l'article L. 420-4 du Code de commerce énonce un ensemble d'exceptions applicables, notamment, lorsque les

⁶⁹⁰ CA Nîmes, 20 mars 2014, n°12/05061.

⁶⁹¹ Sur les sanctions applicables, voir articles L. 420-3 (sanction civile de la nullité) et L. 420-6 du Code de commerce (sanctions pénales d'amende et d'emprisonnement).

contractants peuvent justifier de l'intérêt de la clause au regard de la contribution au progrès économique.

3°) *L'effet des clauses d'exclusivité et de non-concurrence*

407. Effet entre les parties. – Si la clause de non-concurrence est stipulée dans un document distinct du bail (dans les statuts de l'association de commerçants par exemple), dans lequel les commerçants du centre se sont réciproquement engagés les uns envers les autres à ne pas se faire de concurrence et que cette clause n'est pas respectée, le locataire concerné peut exercer une action en responsabilité contractuelle directement à l'encontre du locataire qui s'est affranchi de l'obligation de non-concurrence. Dans ce cas, la responsabilité du bailleur n'est pas engagée.

En revanche, tel n'est pas le cas si la clause d'exclusivité ou de non-concurrence est stipulée uniquement dans un bail. Si la clause n'est pas respectée, le locataire peut alors seulement mettre en jeu la responsabilité contractuelle du bailleur pour obtenir la réparation du préjudice, mais il ne peut en revanche pas agir contre le concurrent. Pendant longtemps, cette réparation a consisté dans l'attribution de dommages-intérêts. Une telle sanction s'avère cependant aléatoire, la détermination du montant de l'indemnité pouvant varier d'un expert à l'autre. Elle n'est pas non plus satisfaisante dans la mesure où elle ne permet pas de faire cesser le trouble à l'origine du dommage, trouble qui se poursuit tant que l'activité concurrente est exercée. La véritable sanction du non-respect d'une clause d'exclusivité ou de non-concurrence devrait donc être la cessation de l'activité concurrentielle, ce qui suppose que la clause puisse produire effet à l'égard des tiers.

408. Effet à l'égard des tiers. – En vertu de l'article 1199 du Code civil, « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des*

dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV⁶⁹² ». Par conséquent, une clause de non-concurrence stipulée dans un bail n'est pas opposable aux autres locataires du centre commercial, car ils ne sont pas partie au contrat. Toutefois, depuis 2006, la jurisprudence française a évolué dans le sens d'une plus grande efficacité des clauses de non-concurrence et d'exclusivité à l'égard des tiers.

Dans un premier arrêt en date du 4 mai 2006, rendu en matière de clause d'exclusivité, la Cour de cassation a décidé que *« le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation »*. Le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité est donc désormais en droit d'obtenir de son bailleur qu'il exige l'exécution en nature de l'engagement, c'est-à-dire la cessation de l'activité concurrentielle. Cette solution nécessite toutefois que l'action du locataire soit engagée à l'encontre du bailleur.

Puis, par un arrêt important en date du 6 octobre 2006, la Cour de cassation, statuant en Assemblée Plénière, a permis que l'action en responsabilité soit exercée directement à l'encontre du tiers. Désormais, *« le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »*. Cette solution a été appliquée par la Cour de cassation à une clause de non-concurrence dans un arrêt rendu le 13 juillet 2010. En l'espèce, il s'agissait de régler un conflit entre deux locataires d'un petit ensemble commercial. L'un des locataires reprochait à l'autre d'exercer un commerce le concurrençant directement, alors que son bail prévoyait une clause lui interdisant d'exercer toute activité déjà existante au sein de l'immeuble. La Cour d'appel avait fait droit à l'action exercée directement par le locataire s'estimant victime de la concurrence en interdisant à l'autre locataire d'exercer l'activité concurrentielle et en

⁶⁹² Le chapitre III du titre IV est consacré aux actions ouvertes au créancier.

le condamnant à verser des dommages-intérêts⁶⁹³. Une telle solution suppose toutefois que le bail consenti au locataire à l'origine du fait concurrentiel contienne une clause de non-concurrence, de façon à pouvoir constater l'existence d'une faute.

Ces décisions récentes permettent de conforter la position des bénéficiaires de clauses d'exclusivité et de non-concurrence en leur donnant les moyens juridiques de défendre leurs droits même directement face à des tiers. L'efficacité de ces clauses est en revanche limitée en cas d'exercice par un locataire de sa faculté de déspecialisation.

409. Efficacité limitée en cas de déspecialisation. – Il convient de distinguer selon que la déspecialisation est partielle ou totale.

Dans le premier cas, un locataire décide d'étendre son commerce à des activités connexes ou complémentaires pour lesquelles une exclusivité a été consentie à un autre locataire du centre commercial. S'agissant d'un cas de déspecialisation partielle, pour lequel le législateur n'a prévu aucune réserve du droit des tiers, le locataire est en droit d'effectuer cette déspecialisation. La clause d'exclusivité s'efface donc devant le droit à déspecialisation qui est d'ordre public⁶⁹⁴. Le locataire bénéficiaire de l'exclusivité ne peut s'opposer à une telle extension. Tout au plus peut-il agir en responsabilité contractuelle contre le bailleur s'il estime qu'il existe un motif de contestation du caractère connexe ou complémentaire de la déspecialisation. Il peut également réclamer au bailleur la restitution des sommes éventuellement versées par lui au titre de l'exclusivité lors de la signature du bail.

Dans le second cas, un locataire souhaite exercer une ou plusieurs activités différentes de celles prévues au bail et pour lesquelles une exclusivité a été consentie à un autre locataire du centre commercial. S'agissant d'un cas de déspecialisation

⁶⁹³ Cass. 3^{ème} civ. 13 juillet 2010, n° 09-67-516.

⁶⁹⁴ Cass. 3^{ème} civ. 1^{er} février 1978, n° 76-12.490, Bull.civ. III, n° 63, p.50.

plénière, le locataire doit en faire la demande au bailleur et ce dernier « *doit, dans le mois de cette demande, en aviser, dans la même forme, ceux de ses locataires envers lesquels il se serait obligé à ne pas louer en vue de l'exercice d'activités similaires à celles visées dans la demande* ». Informés de la demande de déspecialisation plénière, les locataires bénéficiant d'une clause d'exclusivité ou de non-concurrence au titre de l'activité pour laquelle la déspecialisation est demandée doivent « *à peine de forclusion, faire connaître leur attitude dans le mois de cette notification*⁶⁹⁵ ». Bien que la terminologie employée par le législateur ne soit guère satisfaisante⁶⁹⁶, en pratique, le locataire pourra invoquer la clause d'exclusivité dont il bénéficie pour s'opposer à la transformation du fonds. Le bailleur, responsable du respect de la clause d'exclusivité, aura quant à lui tout intérêt à formuler une opposition en ce sens à la demande de déspecialisation. Il appartiendra alors au tribunal de déterminer selon que le motif invoqué est suffisamment grave et légitime pour justifier un refus de déspecialisation plénière. Dans la négative, le locataire protégé par la clause d'exclusivité pourra réclamer des dommages-intérêts au bailleur, dont le montant pourra être mis à la charge du locataire demandeur de la déspecialisation, sur le fondement de l'article L. 145-50 du Code de commerce⁶⁹⁷. Dans le cas d'une demande de déspecialisation plénière, les locataires bénéficiant d'une clause d'exclusivité sont donc autorisés à faire valoir leurs droits en intervenant directement dans la procédure, mais sans garantie de succès.

L'engagement de non-concurrence souscrit par un locataire aux termes du bail ne peut l'empêcher de procéder à une déspecialisation partielle ou plénière, quand bien même il enfreindrait son engagement de non-concurrence, car le droit à déspecialisation est d'ordre public.

⁶⁹⁵ Article L. 145-49, alinéa 2 du Code de commerce.

⁶⁹⁶ On peut en effet légitimement s'interroger sur la définition juridique d'une « attitude ».

⁶⁹⁷ Art. L. 145-50 C. com : « *le changement d'activité peut motiver le paiement, à la charge du locataire, d'une indemnité égale au montant du préjudice dont le bailleur établirait l'existence* ».

410. Conclusion. – Nous savons que l’encadrement de l’activité individuelle des preneurs est essentiel, en particulier dans les centres commerciaux, si l’on souhaite maintenir un équilibre entre les activités exercées dans le centre.

A la question de savoir s’il existe des techniques contractuelles permettant d’optimiser cet encadrement, nous avons répondu que la clause de destination, la clause d’enseigne, la clause d’exclusivité et la clause de non-concurrence sont autant de procédés légaux dont l’efficacité est cependant limitée par l’existence du droit à la déspecialisation, plénière ou partielle, qui est d’ordre public.

Ainsi que nous l’avons étudié, la déspecialisation plénière n’est pas la plus redoutée dans les centres commerciaux, puisqu’elle autorise le bailleur et les locataires protégés par une clause d’exclusivité à s’y opposer et qu’elle est en outre interdite au cours des neuf premières années de l’ouverture d’un centre commercial. La déspecialisation partielle est en revanche beaucoup plus redoutable et bien sûr plus fréquente.

A notre sens, l’outil le plus efficace pour préserver la stabilité du plan de commercialisation est la clause de destination. En prenant soin de la rédiger en listant précisément les activités autorisées et en imposant au locataire de les exercer toutes par le biais d’une clause d’indivisibilité, le bailleur limite ainsi les possibilités du locataire de modifier sa sphère d’activité. D’autant plus si l’on tient compte de la spécificité des centres commerciaux et que la destination des locaux est interprétée de façon stricte et à la lumière des éléments d’appréciation pouvant être contenus dans une clause d’enseigne figurant dans le bail.

Par l’emploi d’une clause de destination bien rédigée, le bailleur limite l’effet de la déspecialisation partielle, mais ne l’empêche pas, ce qui demeure, à notre sens, conforme à l’esprit des textes et permet d’assurer une certaine souplesse. L’on voit que le bailleur a ainsi un rôle central dans l’organisation de la concurrence dans le centre commercial.

Section 2 – L’encadrement de l’activité individuelle du preneur à l’occasion de la cession du droit au bail

411. La cession du droit au bail est l’opération par laquelle le preneur cède le bénéfice du contrat de bail à un tiers. La cession emporte substitution du cessionnaire au preneur dans l’exécution du contrat. En droit commun du bail, cette faculté est offerte à tout locataire tant qu’elle ne lui a pas été interdite⁶⁹⁸. En matière commerciale, la question de la cession du droit au bail est délicate. En effet, les intérêts du bailleur et du locataire sont antagonistes. La cession du droit au bail est importante pour le locataire en ce qu’elle conditionne le plus souvent la cession du fonds de commerce. Mais elle est également cruciale pour le bailleur qui se voit imposer un débiteur différent de son cocontractant initial.

Au surplus, ces intérêts se trouvent exacerbés dès lors que le local loué est situé dans un centre commercial. Du côté du locataire, le fait d’être titulaire d’un bail dans un centre commercial est généralement facteur de valorisation du droit au bail, et le prix de cession s’en trouve augmenté. Envisagée du côté du bailleur, la question est tout aussi fondamentale, mais son souci est autre. La forte sélection des locataires lors de l’entrée dans les lieux ne doit pas être remise en cause par le biais d’une cession de droit au bail. Le bailleur doit en effet veiller au bon équilibre des activités du centre et à la qualité des enseignes présentes pour préserver l’équilibre de son plan de commercialisation. Il a donc tout intérêt à s’opposer à l’arrivée de commerçants qui ne lui conviennent pas. Or, certaines qualités sont requises pour exploiter un commerce dans une galerie marchande (faculté d’adaptation à un ensemble de règles collectives, adhésion à une politique commerciale commune, respect des horaires, des règles de communication, etc). *L’intuitus personae* est fort en matière de baux

⁶⁹⁸ Art. 1717 C. civ. : « le preneur a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite ».

commerciaux. En résumé, si le locataire a intérêt à ce que la cession du droit au bail soit facilitée, le bailleur doit veiller quant à lui à ce que le contrôle de cette cession et de la personne du cessionnaire ne lui échappe pas.

Afin de ménager ces intérêts antagonistes, le législateur a mis au point un mécanisme qui, après analyse, se révèle plutôt équilibré. Le dispositif résulte de l'article L.145-16 du Code de commerce, qui dispose : *« sont 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 »*.

§ 1 – La cession du droit au bail au successeur du fonds de commerce : une liberté protégée

412. Le droit au bail étant un élément du fonds de commerce, il doit impérativement pouvoir être cédé à l'acquéreur du fonds, à défaut de quoi la cession du fonds de commerce serait empêchée. Un tel obstacle remettrait en cause le concept de propriété commerciale auquel le droit français semble encore attaché. En conséquence, toute clause ayant pour objet ou pour effet d'interdire au locataire de céder son droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce est prohibée. Toutefois, encore faut-il qu'il y ait une cession réelle du fonds de commerce et pas seulement de certains éléments et que la cession se fasse au profit de celui qui acquiert véritablement le fonds de commerce.

Si le principe de liberté de cession du droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce est absolu, rien n'empêche le bailleur d'en limiter la portée. En effet, le législateur répute non écrites les clauses emportant interdiction absolue de céder le droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce, mais ne prohibe pas les clauses simplement restrictives.

413. Dans les centres commerciaux, les bailleurs exigent ainsi fréquemment que le preneur soit à jour du règlement des loyers et charges préalablement à toute cession, que le cédant demeure garant solidaire du cessionnaire et que la cession du bail par le preneur à l'acquéreur du fonds de commerce porte sur la totalité des activités commerciales exercées, telles que celles-ci sont conventionnellement définies, ces activités constituant un tout indivisible.

La cession du droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce peut également être combinée avec la clause d'agrément, la clause de solidarité et la clause de préemption analysées ci-après. Ces clauses n'emportent pas interdiction absolue de céder le droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce, mais elles restreignent le droit du preneur.

§ 2 - La cession du droit au bail indépendamment de la cession du fonds de commerce : une liberté encadrée

414. En-dehors de la cession du droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce, protégée par des dispositions impératives, la cession autonome du droit au bail par le locataire peut être contractuellement limitée, pour permettre au bailleur de contrôler la cession et notamment la personne du cessionnaire. Quatre types de clauses peuvent être utilement insérées à cette fin dans le contrat de bail : la clause d'interdiction pure et simple (A), la clause d'agrément (B), la clause de garantie solidaire (C) et la clause de préemption (D).

A - La clause d'interdiction pure et simple

415. Cette clause est la plus stricte pour les locataires. Rappelons que l'article L.145-16 du Code de commerce répute non écrites uniquement les clauses emportant interdiction absolue de céder le droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce. Le contrat de bail peut donc parfaitement prévoir une clause par laquelle

toute cession du bail est interdite, à l'exception de celle effectuée au profit de l'acquéreur de l'intégralité du fonds de commerce. En présence d'une telle clause, le locataire ne pourra en aucun cas céder le droit au bail à un tiers autre que l'acquéreur du fonds de commerce.

Cette clause est souvent complétée par une autre interdiction, pouvant être rédigée de la façon suivante : « *le locataire ne pourra ni sous-louer, ni se substituer toute personne ou société, même à titre gratuit dans les lieux loués, ni donner son fonds de commerce en location-gérance* ». Cette clause est conforme à l'article L. 145-31 du Code de commerce qui prévoit que « *sauf stipulation contraire au bail, ou accord du bailleur, toute sous-location totale ou partielle est interdite* ».

416. De telles clauses sont usuelles dans les baux de centres commerciaux. Bien que critiquées par les locataires, elles sont juridiquement valables. Elles assurent au bailleur la garantie du respect du plan de commercialisation, avec les mêmes commerçants que ceux choisis initialement. Ces clauses sont toutefois très contraignantes pour le locataire et portent une atteinte non négligeable, quoique valable, au concept de propriété commerciale, le locataire ne pouvant disposer librement d'un des éléments de son fonds de commerce.

B - La clause d'agrément

417. La clause d'agrément oblige le preneur à demander l'accord du bailleur sur la personne du cessionnaire préalablement à toute cession du droit au bail, y compris s'il s'agit de l'acquéreur du fonds de commerce. Cette clause a été validée par la jurisprudence en ce qu'elle « *ne tend pas à interdire absolument au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce mais (...) permet au*

*bailleur un contrôle de la régularité de la cession, de la moralité, de la solvabilité et de la compétence de l'acquéreur éventuel*⁶⁹⁹ ».

Notons toutefois que le refus du bailleur n'est pas discrétionnaire. Si le refus n'est pas justifié par des motifs sérieux, le juge peut passer outre et autoriser la cession (sanction en nature)⁷⁰⁰ ou bien condamner le bailleur à verser des dommages-intérêts au locataire (sanction par équivalent) sur le fondement de l'abus de droit⁷⁰¹.

A contrario, si le locataire cède la droit au bail sans obtenir l'accord du bailleur, les conséquences sont très lourdes. La cession n'est en effet pas nulle – elle est donc valable entre le locataire et son cessionnaire – mais elle est inopposable au bailleur. En conséquence, le cessionnaire peut réclamer au cédant que les locaux soient mis à sa disposition, mais il ne peut opposer au bailleur un titre d'occupation et encore moins un droit au renouvellement⁷⁰².

C - La clause de garantie solidaire

418. Le bailleur peut également exiger du locataire qu'il demeure garant solidaire de la bonne exécution du bail en cas de cession. Traditionnellement, cette solidarité était présumée et il n'était pas nécessaire de la stipuler expressément. En effet, la cession de droit au bail opère certes une substitution dans la qualité de partie au contrat, mais elle n'a pas pour effet de délier le cédant de tous ses engagements. Toutefois, par un arrêt en date du 12 juillet 1988, la Cour de cassation a jugé qu'en

⁶⁹⁹ Cass. 3^{ème} civ. 14 avril 1982, JCP éd. G 1982, IV, p. 217.

⁷⁰⁰ Cass. Com. 19 février 1963, « *Lacourarie c/Selas* » ; Gaz. Pal. 1963, I, p. 443 : la clause d'agrément « *était conforme aux dispositions légales qui n'interdisent pas au propriétaire d'imposer au locataire l'obligation de soumettre à son appréciation le projet de cession, le preneur pouvant, en cas de refus injustifié, se faire autoriser par justice* ».

⁷⁰¹ CA Pau 29 août 1991, n° 90-2853, 3^{ème} ch., « *Ammann c/ Sté Dinguidard Meubles* ».

⁷⁰² Cass. com. 14 avril 1961, « *Martin c/ Thomas du Claraz* » ; Bull. civ. III n° 157.

l'absence de clause expresse de solidarité entre cédant et cessionnaire, le cédant est déchargé des obligations nées du bail⁷⁰³.

En conséquence, les bailleurs exigent désormais que soit stipulée dans le bail une clause par laquelle non seulement le locataire cédant sera garant du cessionnaire en cas de cession, mais également que l'acte de cession comporte une clause par laquelle les deux parties sont déclarées solidaires l'une de l'autre de la bonne exécution du bail, et ce pendant toute la durée du contrat à compter de la date de cession et même en cas de cessions successives. Le mécanisme de la garantie du cédant a été remanié par la loi du 18 juin 2014 dite Pinel. Désormais, le bailleur doit informer le cédant de tout défaut de paiement dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle la somme aurait dû être acquittée⁷⁰⁴ et le bailleur ne peut invoquer la clause de garantie du cédant au bénéfice du bailleur que pendant trois ans à compter de la cession du bail⁷⁰⁵.

En cas d'irrespect de la clause et d'omission de la stipulation de garantie solidaire dans l'acte de cession, la cession est inopposable au bailleur. Le cédant reste donc tenu à son égard des obligations contenues dans le contrat de bail.

D - La clause de préemption

419. En cas de cession, par le preneur, du droit au bail ou du fonds de commerce, le bailleur a la possibilité d'exercer son droit de préemption dès lors que celui-ci a été prévu au contrat de bail. Cette clause ne portant pas atteinte aux droits du locataire, a été validée par la jurisprudence⁷⁰⁶. Elle est stipulée dans la plupart des baux de centres commerciaux car elle permet au bailleur de veiller au respect et à

⁷⁰³ Cass. 3^{ème} civ. 12 juillet 1988, RTD com. 1989, p.217.

⁷⁰⁴ Article L. 145-16-1 du Code de commerce.

⁷⁰⁵ Article L. 145-16-2 du Code de commerce.

⁷⁰⁶ Cass. 3^{ème} civ. 12 juillet 2000, Bull. civ. III, p.95.

l'équilibre du plan de commercialisation. Les modalités de mise en œuvre de cette clause sont généralement les suivantes. Le preneur, désireux de céder son fonds de commerce, devra en informer le bailleur par lettre recommandée en indiquant, à peine de nullité de la notification, l'identité de l'acquéreur, le prix, les modalités de paiement, et toutes les conditions de la vente projetée. La notification vaudra alors offre de vente aux conditions qui y sont mentionnées, particulièrement pour ce qui concerne le prix. Le bailleur disposera, dès réception de la notification, d'un certain délai (généralement deux mois) pour informer le locataire de sa décision d'user de son droit de préférence à son profit ou à celui de toute personne physique ou morale qu'il pourra se substituer. Il est également généralement prévu que ce droit de préférence s'imposera dans les mêmes conditions aux acquéreurs successifs pendant toute la durée du bail, de ses prorogations ou renouvellements éventuels.

Par le mécanisme de la substitution dans le bénéfice de la préemption le bailleur peut donc imposer à son locataire la personne du cessionnaire.

D'apparence « pro-bailleur », ces clauses n'en sont pas moins équilibrées. En effet, l'intérêt principal du commerçant lorsqu'il cède son droit au bail ou son fonds de commerce est d'en obtenir un prix convenable. Dès lors, peu importe l'identité du locataire que le bailleur substitue à celui proposé à l'origine, pourvu que le commerçant perçoive le prix de son droit au bail. Or justement, s'agissant du prix, le droit de préemption s'exerce aux conditions financières convenues entre le cédant et le cessionnaire projeté. Si une telle clause n'est pas préjudiciable au locataire sur le plan financier, elle offre au bailleur le pouvoir de conserver la maîtrise du choix des exploitants.

420. Conclusion. – Le départ et le remplacement d'un locataire dans un centre commercial peuvent être source de difficultés pour le bailleur, soucieux d'une part de veiller à l'aptitude du nouveau locataire à exercer dans un environnement discipliné et d'autre part de s'assurer du maintien de l'équilibre du plan de commercialisation. A cet égard, force est de reconnaître que le Code de commerce laisse une certaine latitude au bailleur pour assurer la préservation des intérêts du

centre. A condition d'avoir prévu, dans le bail, les clauses permettant d'encadrer la liberté du locataire de céder le bail à l'acquéreur du fonds de commerce.

Conclusion

421. « *Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite*⁷⁰⁷ ». Cette réflexion empruntée à Carbonnier nous semble parfaitement refléter le test de résistance auquel le bail commercial soumet le statut éponyme lorsqu'il s'exerce dans un centre commercial.

Rien ne semblait pourtant prédisposer le bail commercial au succès qui est le sien dans ce domaine.

Certes, « *à moins d'être un marchand ambulant, un commerçant ne peut exercer son activité sans un toit et des murs, qui relèvent bien souvent du bail commercial, car l'entreprise préfère diviser ses investissements*⁷⁰⁸ ». Le bail commercial est donc incontestablement l'outil juridique naturel lorsqu'il s'agit de distinguer la propriété de l'immeuble et son exploitation et d'organiser cette coexistence de droits et devoirs réciproques.

Mais un centre commercial n'est pas un immeuble comme les autres. Véritable entité économique dont l'organisation pourrait s'apparenter à celle d'une entreprise, son fonctionnement semble *a priori* incompatible avec un cadre impératif de règles destinées à protéger les exploitants et leur fonds de commerce.

⁷⁰⁷ CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2001.

⁷⁰⁸ Françoise AUQUE, *Faut-il réformer le statut des baux commerciaux ?* Conférence de l'association droit et commerce au Tribunal de commerce de Paris le 7 juin 2004, *Revue de jurisprudence commerciale*, Juillet/Août 2004 – n° 4, p. 1.

L'on ne saurait nier que ce caractère impératif explique en partie le succès du bail commercial, mais sa longévité est, à notre sens, surtout le signe d'un contrat qui a su s'adapter⁷⁰⁹.

422. Dans une première partie, nous avons démontré la supériorité du bail commercial sur les droits réels et les autres droits personnels.

Pour ce qui concerne les droits réels, nous avons étudié deux figures de la propriété collective : la copropriété et la division en volumes. Outre la rigidité du régime de la copropriété et les incertitudes liées à l'application de la volumétrie, nous sommes convaincue que la propriété - qu'elle soit individuelle ou collective - est par nature inadaptée à l'organisation d'un centre commercial, en ce qu'elle cultive la protection des intérêts individuels, tandis que l'organisation d'un centre nécessite souvent de privilégier la collectivité.

Ces réflexions nous ont toutefois permis de mettre en évidence certaines inadaptations de la copropriété et de la division en volumes et de préconiser une intervention législative afin de les adapter aux contraintes actuelles de l'immobilier commercial.

En ce qui concerne la division en volumes, nous pensons qu'il serait souhaitable d'introduire dans l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965⁷¹⁰ la notion d'hétérogénéité de l'affectation, afin de pouvoir y recourir, sans risquer une requalification en copropriété, lorsqu'au sein d'un même ensemble immobilier plusieurs affectations différentes coexistent. La division en volumes, conçue en

⁷⁰⁹ Nous sommes en effet convaincue que si le statut des baux commerciaux avait réellement empêché le développement des centres commerciaux en France, le législateur serait intervenu pour adapter le statut. Nous sommes en effet convaincue que si le statut des baux commerciaux avait réellement empêché le développement des centres commerciaux en France, le législateur serait intervenu pour adapter le statut.

⁷¹⁰ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

fonction des affectations, accéderait ainsi à un niveau supérieur dans l'échelle des systèmes d'organisation, passant de la division de l'espace à sa rationalisation.

En ce qui concerne la copropriété, partant de l'idée qu'il existe une différence fondamentale entre les immeubles à usage d'habitation et les immeubles à vocation commerciale, l'on pourrait distinguer deux régimes de copropriété. Le régime impératif de la loi du 10 juillet 1965 continuerait à s'appliquer aux immeubles d'habitation, tandis qu'il serait supplétif pour les immeubles à usage autre que d'habitation.

Ces modifications offriraient l'avantage de faire évoluer les modes de propriété collective en les adaptant aux formes contemporaines d'utilisation des immeubles.

Pour ce qui est des autres droits personnels, le bail commercial l'emporte également comparé à la fragilité de la convention d'occupation précaire, à la rigidité de la concession immobilière et au caractère trop égalitaire du modèle des magasins collectifs de commerçants indépendants institués en 1972 sur le fondement de l'attribution en jouissance. Bien que testés, aucun n'a su s'adapter avec succès aux spécificités des centres commerciaux.

423. Dans une seconde partie, nous avons au contraire démontré comment le régime du bail commercial s'est adapté à ces spécificités. Certes, nous ne pouvons nier que nos développements ont évolué au fil du temps en raison de l'entrée en vigueur de la loi dite Pinel du 18 juin 2014 et que la situation du bailleur de centre commercial est aujourd'hui moins favorable qu'elle ne l'était auparavant.

Néanmoins, l'on observe que les baux sont toujours rédigés de façon à optimiser la rentabilité de l'immeuble et à doter le bailleur des outils juridiques nécessaires à l'organisation rationnelle du centre et qu'ils diffèrent singulièrement, par leur contenu, des baux traditionnels de locaux commerciaux. Pouvons-nous pour autant parler d'un statut dérogatoire au bail commercial ? Sans pouvoir constater l'existence

d'un véritable statut autonome, nous sommes convaincue qu'il existe un droit spécial applicable aux baux commerciaux des centres commerciaux et distinct du statut. Ce droit spécial emprunte tout à la fois aux dispositions statutaires impératives du Code de commerce, à celles essentiellement supplétives du Code civil et à une certaine pratique contractuelle propre à ce type de locaux.

L'exemple le plus marquant de ce droit spécial est probablement celui de la clause-recettes - dont la validité est reconnue de façon constante par la Cour de cassation depuis 1994 - qui permet au bailleur d'échapper intégralement aux dispositifs impératifs d'encadrement des loyers révisés et des loyers des baux renouvelés.

Au-delà de cet aspect purement économique, la reconnaissance de la validité de la clause-recettes est également le signe que le statut des baux commerciaux est beaucoup plus adaptable qu'il n'y paraît.

Si l'ingénierie des praticiens - prompts à exploiter les méandres de la loi et de la liberté contractuelle - explique le succès du bail commercial, l'on ne peut ignorer le rôle de la Cour de cassation. Consciente de la spécificité de cet univers ainsi qu'elle l'a exprimé dès 1984⁷¹¹, elle a su tout aussi bien prendre position en faveur du bailleur en défendant l'autonomie de la clause-recettes, que protéger l'intérêt financier des locataires en faisant évoluer la jurisprudence sur l'obligation de délivrance, annonciatrice des futures dispositions de la loi Pinel sur les charges.

424. La contrepartie d'un corps de règles qui se construit dans les cabinets de conseil et dans les prétoires est l'instabilité qui en découle, et son pendant, l'insécurité juridique. L'ultime interrogation est de savoir si le législateur doit intervenir pour adapter le statut aux centres commerciaux et réintroduire des règles impératives qui leur seraient propres.

⁷¹¹ Dans son Rapport annuel publié à l'époque, l'on pouvait lire que « *le statut des baux commerciaux est impropre à régir certaines relations juridiques modernes, notamment les centres commerciaux* » ; La Documentation Française, p. 73.

Une nouvelle intrusion du législateur dans la sphère de la liberté contractuelle nécessiterait selon nous d'être justifiée par des impératifs d'ordre public. Pourrait-il s'agir d'un ordre public économique de direction visant à protéger le commerce ? Pourtant, l'installation dans un centre commercial est aujourd'hui l'une des plus rentables économiquement et les centres commerciaux ont permis l'essor de nouvelles formes de distribution, tels que les réseaux de franchise. Pourrait-il s'agir d'un ordre public de protection des locataires ? Pourtant, le commerçant de centre commercial est aujourd'hui généralement un contractant averti, conseillé par les experts juridiques du réseau dont il dépend.

Outre le fait que la justification de cet ordre public est loin d'être acquise, légiférer sur les centres commerciaux ne nous semble pas non plus souhaitable dans la mesure où cela reviendrait à figer les règles dans une matière appelée à s'adapter constamment aux évolutions des pratiques commerciales.

A l'intervention du législateur, nous préférons la souplesse de la règle contractuelle élaborée par les praticiens et discutée dans le cadre d'instances mixtes regroupant des représentants des bailleurs et des locataires telles que le Conseil National des Centres Commerciaux.

425. L'évolution législative pourrait toutefois intervenir dans le sillage des réflexions actuelles sur la mise en place d'un Code européen des affaires, que nombre d'investisseurs - confrontés dans le cadre de leurs opérations transfrontalières à la lourde contrainte de droits fondamentalement différents d'un pays à l'autre - appellent de leurs vœux. Dans ce contexte, l'enjeu sera de parvenir à harmoniser sans perdre en cohérence, ni en efficacité.

Bibliographie

I – TRAITES, OUVRAGES GÉNÉRAUX, COURS

BLATTER (J-P) : *Traité des baux commerciaux*, Le Moniteur, 6^{ème} éd., 2017.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.) : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 9^{ème} éd., 1991.

CARBONNIER (J.) : *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2001.

-*Droit civil, les biens*, PUF, coll. « Themis », 1^{ère} éd., 1956.

COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.) : *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. « Précis » 9^{ème} éd., 2011.

CORNU (G) : *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., 2018.

COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F.) : *Droit des sociétés*, LexisNexis Litec, 19^{ème} éd. 2006.

DERRUPPE (J.), BRIERE DE L'ISLE (G.), MAUS (R.) et LAFARGE (P.) : *Baux commerciaux*, manuel Dalloz de droit usuel, 1^{ère} éd., 1979.

DIVO (A.), GAUCLERE (B.), KABLA (S.), MACHINET (G.), MAIGNE-GABORIT (F.), RIGLET (Ph.), TIXIER (J-L) : *Mémento baux commerciaux*, Francis Lefebvre, 2017-2018.

ESCARRA (J.) et RAULT (J.) : *Principes de droit commercial*, Sirey 1934, T.1.

GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), avec le concours de FABRE-MAGNAN (M.) : *Traité de droit civil, Introduction générale*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1994.

GUYENOT (J.) : *Cours de droit commercial*, Litec, Paris 1968.

GUYON (Y.) : *Droit des Affaires*, Economica, coll. « Droits des Affaires et de l'Entreprise », série Enseignement, 11^{ème} éd., 2001.

HOUIN (R.) et PEDAMON (M.) : *Droit commercial*, Dalloz 7^{ème} éd., 1980.

MALINVAUD (Ph.), JESTAZ (Ph.), JOURDAIN (P.) et TOURNAFOND (O.) : *Droit de la promotion immobilière*, Précis Dalloz, coll. « Précis », 7^{ème} éd., 2004.

MAZEAUD (H, L et J) : *Leçons de droit civil*, Montchrestien, T. 3, 4^{ème} éd., 2^{ème} vol., *Principaux contrats*, 1974.

PLANIOL (M-F) : *Traité élémentaire*, 1890.

RIPERT (G.) : *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) : *Traité de droit commercial*, T. 1, LGDJ, 14^{ème} éd..

TERRE (F.) et SIMLER (Ph.) : *Droit civil, Les biens*, Dalloz, coll. « Précis droit privé », 7^{ème} éd., 2006.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.) : *Les obligations*, Dalloz 9^{ème} éd., 2005.

II – OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES

CAPITANT (H.) : *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, thèse, Paris Librairie Dalloz, 1923.

CERMOLACCE (A.), *Cause et exécution du contrat*, thèse, PUAM 2001.

CHATELAIN (F) et GAULTIER-LE CHATELIER (S) : *Les centres commerciaux*, thèse Paris II, 1981.

DERRUPPE (J.) : *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse, Toulouse, 1952.

KISCHINEWSKY-BROQUISSE (E.) : *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, 4^{ème} éd., 1989.

LARROUMET (Ch.) : *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse, Bordeaux, 1968.

LE FLOCH (P.) : *Le fonds de commerce – Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, thèse, LGDJ 1986.

LEVY (J-P) : *Histoire de la propriété*, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 1972.

LOMBOIS (C.) : *Commentaire de la loi du 10 juillet 1965*, D.1966, p. 437.

ROLLAND (A.) : *La situation des concessionnaires et des franchisés membres d'un réseau commercial*, Thèse, Rennes 1976.

TROPLONG (R-T) : *De l'échange et du louage*, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil, Hingray, Paris, 1843.

III – ARTICLES, CHRONIQUES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

ARCHEVEQUE, LEGRAND et de BELOT : *La loi du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux*, Gaz Pal 1971, 2, Doctr., p. 590.

ATIAS (C.) : Obs. s. CA Paris 1^{er} mars 1974, JCP G 1977, II 18740.

-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ., 12 février 1997, IRC sept. 1997.

-*Menace sur la division en volumes ?*, Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 19 septembre 2012, Defrénois 2012, p. 1003.

-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ., 26 mars 1997, D.1997, somm. 325.

AUQUE (F.) : *Le bailleur de centre commercial : un bailleur comme les autres ?* AJDI 2007, Etudes, p. 536.

-*Bail commercial et principe de liberté d'association*, Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 12 juin 2003, JCP éd. G. II, n° 10190.

-*Faut-il réformer le statut des baux commerciaux ?* Conférence de l'association droit et commerce au Tribunal de commerce de Paris le 7 juin 2004, Revue de jurisprudence commerciale, Juillet/Août 2004 – n° 4, p. 1.

-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 10 mars 1993, JCPN 1993, 101315.

BASCHET (D.) : *La franchise est en deuil*, obs. s. CA Paris 6 février 1996, Gaz Pal 31 mai 1996.

BLATTER (J-P) : Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 3 novembre 2016, n°15-16.826 et 15 – 827, AJDI 2016, p. 894.

-Obs. s. Cass. Com. 12 juin 2003 « Arlatex », AJDI 2003, p. 663.

BOCCARA (B.) : *La concession immobilière*, Jurisclasseur Construction-Urbanisme, Fascicule 112.

-*Baux commerciaux : la distinction du champ d'application du statut et des conditions du droit au renouvellement*, JCP 1979, I, 2932, 1014.

-*Régime locatif des franchisés et renouvellement des concepts sur le fonds de commerce : la fin d'une controverse ?*, AJDI 2002, p. 502.

- *Les centres commerciaux et les loyers du marché*, AJPI 1983, p. 379.

-*Le projet de réforme du statut des baux commerciaux – La déspecialisation et les centres commerciaux*, AJPI 1979, Etudes p. 5.

-Obs. s. Cass. Ass. plén. 26 janvier 1973, JCP éd. G. 1973, II, 17462.

-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 24 février 1976, JCP 1976, II, 18427.

-Obs. s. CA Paris, 6 février 1996, JCP G 1997, II, 22818.

-Obs. s. Cass. Ass. plén. 24 avril 1970, JCP 1970 II 16489.

-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 10 mars 1993, JCP 1993, éd. E II, 460.

BOCCARRA (B.) et PEDAMON (M.) : *Commentaire de la loi du 16 juillet 1971*, R.T.D. com 1973, n°1, p. 214.

BOFFA (R.) : *La destination de la chose*, Defrénois 2008 n°425.

- BOUYEURE (J-R) et BARBIER (J-D) : *Le monde à part des centres commerciaux*, Administrer, juillet 2003, p. 21.
- BRAULT (Ph-H) : Obs. s. CA Douai, 21 janvier 2010, Loyers et copropriété 2010, com.107.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 14 janvier 2016, n° 14-24681, Loyers et copr. 2016, comm. 66.
- CABANAC (J.) : *Règlement de copropriété et commerces, la clause de non-concurrence*, Inf. immob. Juin 1977, p. 18.
- CAPOULADE (P.) et GIVERDON (C.) : *Propos sur les ensembles immobiliers*, RDI 1997, p. 161.
- CAUSSAIN (J-J), DEBOISSY (F) et WICKER (G) : Obs. s. Cass. Com. 22 février 2005, JCP éd. E, 2005, 1046, n°3.
- CHATELAIN (F) et GAULTIER-LE CHATELIER (S) : *La concurrence dans les centres commerciaux*, JCP éd. CI, 1981, II 13643.
- CHAVANCE (E.) : Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 20 janvier 2009, Loyers et copropriété n°3, mars 2009, com. 63.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 11 décembre 2013, « *Western Corporation c/ Icade* », Loyers et copropriété n°12, com. 42.
- COHEN-TRUMER et LEVY : *La clause d'enseigne dans les baux des centres commerciaux*, AJPI 1992, p. 840.
- d'HEUCQUEVILLE (R.) : *La notion de centre commercial*, RDI 1994, p. 531.
- DAGOT (M.) : *Loyer minimum renouvelé d'un bail avec clause-recettes*, obs. s. Cour d'appel d'Orléans, 22 juin 1995, JCPN 96, p. 409.
- DERRUPPE (J.) : *La vie du centre commercial*, RDI 1994, p. 565.
-Obs. s. CA Paris, 16^{ème} ch.B, 6 janvier 1989, « *Sentier Saint-Fiacre c/ SARL JJ Deray* », RTD com. 1989, p.646.
-Obs. s. CA Paris, 6 février 1996, RDI 1996, p. 289.
- DIVO (A.) : Obs. s. Cass. 1^{ère} civ. 20 mai 2010, publication CMS Bureau Francis Lefebvre.
- DUMONT-LEFRAND (M-P) : Obs. s. Cass. 3^{ème} Civ. 15 octobre 2014, D. 2015 p. 1619.
-Obs. s. Cass. 1^{ère} civ. 20 mai 2010 « *Sorfoval* », AJDI 2010, n° 801.
- FERRIER (D.) : Obs. s. CA Paris 6 février 1996, D. Ferrier D. 1997, somm. p. 57.

- GENICON (T.) : *Le régime des clauses limitatives de responsabilité : état des lieux et perspectives*, Revue des contrats 2008, p. 982.
- GIVERDON (C.) : Obs. s. Cass. 3^{ème} civ., 10 mars 1981, D. 1981, IR p. 395.
-Obs. s. C. Appel Aix en Provence, 16 avril 1992, RDI 1993, p. 115.
- GIVORD (F.) : Obs. s. CA Montpellier, 19 janvier 1962, D. 1963, p. 172.
- GIVORD (F.) ET GIVERDON (C.) : Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 27 avril 1988, RDI 1988, p. 340.
-Obs. s. CA Paris, 28 avril 1983, RDI 1983, 372.
- GRIMALDI (C.) : *Les clauses portant sur une obligation essentielle*, Revue des contrats 2008, p. 1095.
-*La clause de prise des locaux loués en l'état à l'aune de l'obligation de délivrance*, obs. sous Cass. 3^{ème} civ. 20 janvier 2009, Revue des contrats 2009, p. 1495.
-*Bail commercial et liberté d'association, nullité et restitutions*, obs. s. Cass. 1^{ère} civ. 20 mai 2010, Revue des contrats 2011, p. 169.

-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 10 juin 2009, pourvois n° 07-18618 et 08-14422 ; Revue des contrats 2010, n°2, p. 684.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.) : *Nullité, restitution et responsabilités*, thèse, LGDJ, 1992.
- GUILLOT (M.) : Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 27 mai 1971, JCP éd.G. 1971, II, n°16819.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 15 octobre 1974, JCP éd.G. 1974, II, n°17889.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 22 janvier 1975, Bull. civ. III, n°26, p. 20, JCP N II 1975, 17992.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 9 novembre 1982, Bull. civ. III, n°215, Administrer, novembre 1983, n°140.
- GUILLY-FRIANT (S.) : Obs. s. Cour d'appel de Montpellier, 6 janvier 2004, Revue des loyers 2004, p. 590.
- GUYON (Y.) : Obs. s. Cass. 3^{ème} Civ. 10 juin 1980, D. 1980, p. 566.
- HITTINGER-ROUX (G.) : *Le bail commercial expliqué aux commerçants*, éd. du Sites, 1997.
- JACQUIN (A.) : *Le renouvellement des baux de centres commerciaux comportant une clause-recettes*, Gaz. Pal. 12 et 13 octobre 1994, Doct. p. 2.
- *Les limites du droit européen sur les usages des centres commerciaux*, Gaz Pal 2010, p. 12.
-Obs. s. Cass. Com. 20 novembre 2010, Gaz Pal n° 324, p. 12.

- KENDERIAN (F.) : Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 5 septembre 2012, RTD com 2013, p. 62.
- KENFACK (H.) : Obs. s. CA Paris 4 octobre 2000, D. 2001 p. 1718.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 27 mars 2002, D. 2002, p. 2400.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 14 janvier 2005, JCP E 2005, 826, n° 13.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 19 mars 2003, D. 2003 p. 2749.
- KOENIG (A.) : *Commerce, distribution, franchise et copropriété : mariage contre nature ?*, Defrénois 1996, art. 36398, p. 18.
- LAFOND (J.) : *Bail commercial – Centres commerciaux*, Jurisclasseur Fasc. 1500.
- LARROUMET (Ch.) : *L'intérêt collectif et les droits individuels des copropriétaires dans la copropriété des immeubles bâtis*, JCP 1976, éd. G., I, 2812.
- LASSNER (M.) ET VALLEE (P.) : *Loyers binaires et application du statut des baux commerciaux*, AJDI 2003, p. 242.
- LEBATTEUX (P.) & BARNIER-SZTABOWICZ (J.) : *Les ensembles immobiliers et l'adoption d'une organisation différente*, Administrer, juin 1994, p. 9.
- LE FLOCH (P.) : *Fonds de commerce et contrats de distribution*, Jurisclasseur.
- *Propriété commerciale et distribution intégrée*, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud -Dalloz Sirey, 1997.
- LEVENEUR (L.) : Obs. s. Cass. 27 mars 2002, Contrats, concurrence, consommation, 2002, com. 155.
-Obs. s. Cass. Com. 4 juin 2002, Contrats, Concurrence et Consommation 2002, n°153.
- LIPMAN-BOCCARRA (D.) et SAINTURAT (M-L) : Obs. s. CA Paris, 26 novembre 1996, Administrer avril 1997, p. 33.
- MONERGER (J.) : *L'organisation de la concurrence dans le préambule des statuts d'un centre commercial*, JCP éd. E 1986, II, n°14726.
-Obs. s. Rennes, 26 septembre 1984, « *Sté Auvinet c. S.A. S.A.C.O.M.I. et autres* », JCP E, 1986, II, 14726, p. 389.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 22 mars 2006, JCPE 2006 1802.
-Obs. s. Cass. 27 mars 2002, RTD Com. 2003, p. 273.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 5 février 2003, RTD com 2003.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 1^{er} octobre 2003, JCP E 2003, 1665.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 19 mars 2003, RTD com 2003 p. 276.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 12 juin 2003, RTD com. 2004, p. 72.
- PAILLUSSEAU (J.) et LE FLOCH (P.) : *Les magasins collectifs de commerçants indépendants*, Encyclopédie Dalloz – Droit de l'entreprise, 2003).

- PAISANT (G.) : *Pour la validité des clauses de non-concurrence dans les règlements de copropriété*, RDI 1980, p. 117.
- PUIILL (B.) : *L'activité commerciale dans la copropriété*, RTD com. 1979, p. 419.
-Obs. s. TGI Toulouse, 24 mars 1980, JCP éd. E 1981, n°13669.
- RAYNAUD (J.) : *La franchise sort du coma*, obs. s. CA Paris 4 octobre 2000, AJDI 2001, p. 502.
- ROUBIER : *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, RTD Civ. 1935, p. 251.
- ROUQUET (Y.) : Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 5 février 2003, D. 2003, p. 973.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 14 janvier 2016, Dalloz Actualité 20 janv. 2016.
- ROZES (L.) : Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 14 janvier 2005, D. 2006 p. 926.
- SAINTURAT (M-L) : *Propriété commerciale et établissements inclus*, AJDI 2004, p. 355.
- *Entretien, réparations et mises en conformité de l'immeuble et du local loué*, Administrer 2006 n° 391, p. 17.
-Obs s. TGI Paris, 4 juillet 2013, Administrer 2013, somm. p.42.
- SAVATIER (R.) : *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridiques des biens corporels*, RTD civ. 1958, p.1.
-*L'introduction et l'évolution du bien clientèle dans la construction du droit positif français*, in Mélanges Maury 1960, T II p. 559.
- SEUBE (J-B) : Cass. 3^{ème} civ. 10 juin 2009, Revue des contrats 2010, p. 1255.
- SIMLER (P.) : *Ouvrages complexes et droit de propriété*, RDI 1999, p. 489.
- SIZAIRE (D.) : *La loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis*, Rev. Ec. et Dr. Immob. 1966, n°17, p.59.
- VIAL-PEDROLETTI (B.) : Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 10 décembre 2008, Loyers et Copro n°3, mars 2009, com. 54.
- VIATTE (J.) : Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 16 juin 1971, Rev.loy. déc.1971, p.542.
-Obs. s. Cass. 3^{ème} civ. 14 mai 1980, 79-10511, Rev. Loyers 1980, p. 377.
- WALINE (J.) : Obs. s. Trib. Civ. Seine 10 juin 1929, DP 1929.2, p. 135.

IV – COLLOQUES ET RAPPORTS

« Charte CNCC – Bailleurs – Locataires : recommandations concernant les relations entre bailleurs et locataires des centres commerciaux », Juin 2005.

- « Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ? », Colloque organisé par l'Université de Lille II en décembre 1999 sur la question, AJDI 2000, p. 510.
- « Journées d'études Dalloz – AJDI, *Actualités des baux commerciaux* » 8 février 2007.
- « Division de l'immeuble – Le sol, l'espace, le bâti », 103^{ème} Congrès des notaires à Lyon, 2007.
- « Les baux commerciaux », Colloque du 17 juin 2003 organisé par l'Union Nationale de la Propriété Immobilière et discours de Dominique PERBEN, alors garde des Sceaux, ministre de la Justice.
- « Les baux commerciaux en Europe : présentation comparative », Assemblée générale du Conseil National des Centres Commerciaux par HEALEY & BAKER.
- « Rapport annuel de la Cour de cassation », 1984, Documentation Française.
- « Rapport annuel de la Cour de cassation », 1988, Documentation Française.
- « Rapport d'information déposé par la commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises et présenté par Mm. Fabrice VERDIER et Daniel FASQUELLE, Députés », n° 3843.
- « Rapport d'information déposé par la Commission des affaires économiques sur la vacance des locaux commerciaux et les moyens d'y remédier », présenté par M. Daniel FASQUELLE, Député, n° 3192.
- « La propriété commerciale », Rapport de la Commission d'Etudes Législatives, JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), in Bulletin d'études législatives 1922-1923, p. 296.

Index

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

Animation

- Copropriété, 45, 55,
- Fonds marketing, 374s.
- Structure d'organisation, 352s.

Attribution en jouissance

- Mécanisme, 122
- V. également magasins collectifs de commerçants indépendants

Cession du droit au bail

- Agrément, 417
- Garantie solidaire, 418
- Interdiction, 415s.
- Préemption, 419
- Successeur du fonds de commerce, 412

Charges

- Copropriété, 32, 34
- Définition des charges locatives, 278, 283s.
- Engagement des charges, 289s.
- Forfait, 285
- Loyer net de charges, 205, 286
- Paiement, 297
- Pondération, 34, 296
- Répartition entre les locataires, 295s
- Transfert au locataire, 312s.
- Travaux d'entretien, 207s.

Clauses d'agrément

- Cession droit au bail, 417
- Copropriété, 36

Clauses d'exclusivité

- Concession immobilière, 103
- Garantie du bailleur, 234

Clauses-recettes

- Définition, 262
- Licéité, 264s.
- Loyer de renouvellement, 276
- Loyer variable additionnel, 274

Concession immobilière

- Clauses d'exclusivité, 105
- Comparaison avec le bail, 92
- Destination des locaux, 103s.
- Etude d'ensemble, 91 s.
- Garanties du concessionnaire, 102s.
- Liberté de cession du droit du concessionnaire, 111
- Nature du droit du concessionnaire, 110
- Obligations du concédant, 113
- Redevance, 95
- Renouvellement, 97
- Résiliation anticipée, 106

Concurrence

- Acte de vente, 54
- Centres commerciaux isolés, 51
- Clause d'exclusivité, 403, 409
- Clause de non-concurrence, 404, 409
- Clause d'enseigne, 399
- Clause d'indivisibilité, 398
- Copropriété, 49s.
- Déspécialisation, 409
- Destination de l'immeuble, 50
- Division en volumes, 79, 85

Convention d'occupation précaire

- Comparaison avec le bail, 116
- Inadaptation au centre commercial, 117
- Stands implantés dans le centre commercial, 118
- Statut des baux commerciaux, 116

Contrats constitutifs de droits personnels

- Attribution en jouissance, 119s.
- Concession immobilière, 91s.
- Contrat de dépôt, 89
- Convention d'occupation précaire, 116s.
- Prêt à usage, 89
- Location-gérance, 89

Copropriété

- Affectation, 38, 53
- Animation, 45, 55
- Caractère impératif, 23, 27
- Centres commerciaux isolés, 51
- Charges, 32
- Clauses d'agrément, 36s.
- Clauses d'exclusion, 39
- Concurrence, 49s., 54
- Destination, 36, 42s., 50, 57
- Droits individuels, 57
- Droit de préférence, 36,
- Ensemble immobilier, 24
- Etude d'ensemble, 16s.
- Nullité, 31
- Ordre public, 32
- Travaux, 30
- Vœux d'intervention législative, 85

Désécialisation

- Clause de non-concurrence, 55
- Etude d'ensemble, 386s.
- Nouveaux centres commerciaux, 393
- Partielle, 387s.
- Plénière, 389s.

Destination

- Clause de destination, 397
- Conception objective, 50s.
- Conception subjective, 52,
- Concession immobilière, 103s.
- Conformité du bien, 174
- Conservation du bien, 304
- Copropriété, 36s., 42s., 57

Division en volumes

- Autonomie, 78, 82
- Centres commerciaux, 72
- Clause de non-concurrence, 79, 85
- Convention contraire, 65
- Droit de superficie, 60
- Ensemble immobilier, 62
- Equipements communs, 80
- Etude d'ensemble, 59s.
- Exception à la copropriété, 62, 65, 70
- Hétérogénéité des affectations, 73, 85
- Hétérogénéité des droits, 63, 70, 73
- Intérêt collectif, 82
- Lotissement, 69
- Régime conventionnel, 79
- Vigilance rédactionnelle, 81
- Vœux d'intervention législative, 85

Emplacements

- Convention d'occupation précaire, 118
- Garantie, 231
- Statut des baux commerciaux, 142s.

Ensemble immobilier

- Copropriété, 24
- Division en volumes, 62

Fonds de commerce

- Application statut des baux commerciaux, 152s.
- Autonomie de gestion, 161s.
- Clientèle personnelle, 163s.
- Franchisés, 154s.

Indexation

- A la hausse, 253
- Aménagements contractuels, 252s.
- Appréciation au regard du C. com., 251
- Définition, 249
- Plancher, 254
- Validité au regard du CMF, 250
- Tunnel, 255

oyer

- Accessoires, 244s.
- Clause-recettes, V. ce mot
- Etude d'ensemble, 239s.
- Indexation, V. ce mot
- Loyer nets de charges, 205, 286
- Loyer de renouvellement, étude d'ensemble, 257s.
- Plafonnement, 258s.
- Révision triennale, 247s.

Magasins collectifs de commerçants indépendants

- Application volontaire, 130
- Clause d'agrément, 124
- Echec, 125s.
- Exclusion de commerçant, 124
- Exclusion du régime de la copropriété, 123
- Fonctionnement, 121s.
- Genèse, 120

Obligation d'assurance du locataire

- Pertes d'exploitation, 325
- Renonciation à recours, 327s.

Obligation de conservation du locataire

- Améliorations, 317
- Dans les centres commerciaux, 310s.
- Destination, 304
- Incendie, 307
- Réparations locatives et menu entretien, 305
- Responsabilité du locataire, 306
- Restitution du bien, 308, 318
- Usage raisonnable, 302

Obligation de délivrance du bailleur

- Allègement, étude d'ensemble, 171s.
- Centres commerciaux en cours de construction, 189
- Conformité du bien, 174
- Dimension objective, 176s.
- Dimension subjective, 176s.
- Etat du bien, 175
- Garantie des vices cachés, 221
- Grosses réparations, 193

- Obligation continue, 177s.
- Prise des biens en l'état, 186
- Remise matérielle, 173

Obligation d'entretien du bailleur

- Contenu, 196s.
- Environnement commercial favorable, 229
- Répartition entre bailleur et locataire, 197s.
- Transfert contractuel au locataire avant la loi Pinel, 204s.
- Transfert contractuel au locataire depuis la loi Pinel, 209s.

Obligation de garantie du bailleur

- Changement de forme de la chose louée, 222s.
- Emplacement, 231
- Environnement commercial favorable, 226s.
- Exclusivité, 234
- Jouissance paisible, 216s., 221, 222, 228
- Obligation essentielle, 222s.
- Vices, 214, 219
- Vice du consentement, 227

Statut des baux commerciaux

- Autonomie de gestion, 161s.
- Bail de courte durée, 141
- Bail emphytéotique, 140
- Clientèle personnelle, 163s.
- Dépendance à l'égard d'un autre membre du centre commercial, 159s.
- Dépendance à l'égard d'un tiers au centre commercial, 153s.
- Emplacements, 142, 148s.
- Fonds de commerce, 152s.
- Locaux clos et couverts, 146s.

Structure d'organisation

- Animation, 352
- Association de commerçants, 361, 370
- Choix de la structure, 353s.
- Groupement d'intérêt économique (GIE), 358s, 362, 366
- Règlement intérieur, 351
- Structures de gestion, 356
- Structures immobilières, 355

Travaux

- Clause de prise des biens en l'état, 186
- Copropriété, 30
- Etablissements recevant du public, 335s.
- Grosses réparations, 193
- Lors de l'entrée en jouissance, 194
- Parties communes, 316
- Réparations locatives et menu entretien, 305
- Répartition entre bailleur et locataire, 198s.
- Transfert au locataire, 182s.
- Travaux de mise aux normes, 177s, 187, 334s.
- Travaux de structure, 193, 221

Résumé :

Les centres commerciaux sont devenus une composante majeure de notre environnement. Mais si le paysage commercial a évolué au cours des cinquante dernières années, les cadres juridiques habituels tels que la copropriété, la concession immobilière, et l'attribution en jouissance se sont révélés inadaptés. Le présent travail propose de démontrer dans un premier temps que le bail commercial demeure l'outil contractuel le plus adapté pour organiser les relations au sein d'un centre commercial. Le succès du bail commercial pourrait toutefois interpeller. Comment une technique juridique construite autour de l'idée de protection et d'indépendance du commerçant traditionnel, peut-elle constituer la technique privilégiée d'organisation des centres commerciaux ? Si la matière demeure gouvernée en partie par l'ordre public, l'analyse de l'évolution de la jurisprudence et des clauses rédigées dans ces types de contrat révèle que le champ d'expression de la liberté contractuelle n'est pas négligeable et que le statut des baux commerciaux s'est adapté aux spécificités des centres commerciaux. En témoigne notamment la jurisprudence sur les clauses-recettes. L'importance quantitative du phénomène, combinée aux problématiques multiples qu'il n'a cessé de soulever et aux évolutions jurisprudentielles et législatives qu'il a engendrées ne doit-il pas conduire à considérer qu'il existerait une catégorie de baux commerciaux dérogoratoire pour les centres commerciaux ? C'est ce que notre étude propose de démontrer dans un second temps.

Descripteurs : Bail commercial – centres commerciaux – organisation juridique – statut des baux commerciaux

Title: Commercial leases in shopping centers

Abstract :

Commercial picture has changed over the past fifty years. Shopping centers now occupy a key position in real estate. However, usual legal frameworks such as coownership (copropriété), concession (concession immobilière) and attribution into possession (attribution en jouissance) have proven to be inappropriate. The present study provides to first demonstrate that the commercial lease remains the most appropriate contractual tool to organise relationships within a shopping center. One could however be surprised by such a success. Indeed, how could one explain that this legal technique, which was first created to protect traditional shopkeepers and their business from any eviction, soon became the favorite technique to organise shopping centers ? It can certainly not be ignored that commercial leases are partially governed by imperative rules. However, either the evolution of case-laws and the terms and conditions negotiated in such contracts intend to prove that the the so-called statut des baux commerciaux has adapted to specific characteristics of shopping centers. The present study intends to demonstrate that there is a class of commercial leases which is specifically adapted to shopping centers and derogates from the common status.

Keywords : commercial lease – shopping centers – legal organisation – commercial leases status – obligations of the lessor – obligations of the lessee

|