

# Affiches PARISIENNES

Supplément d'*Affiches Parisiennes* du 27 novembre 2020 - n°47

GUIDE  
DE L'IMMOBILIER  
POUR LES  
ENTREPRISES  
PARIS - ÎLE-DE-FRANCE  
2020-2021



## SAVOIR NÉGOCIER SON BAIL COMMERCIAL : UN ATOUT MAJEUR, SURTOUT EN TEMPS DE CRISE

Par Marine Parmentier et Renaud Le Maistre, avocats – Woog & Associés

81

La crise sanitaire liée à la Covid-19 nous rappelle que l'immobilier constitue un outil fondamental pour l'exercice de l'activité de nombreux opérateurs économiques, mais également une importante source de coûts en cas de locaux vacants, incitant bailleurs et locataires à relire avec attention le bail plus ou moins épais qui régit leur rapport contractuel.

**E**n ces périodes où tous les opérateurs manquent de visibilité, la négociation des clauses du bail prend toute son importance pour les futurs locataires recherchant un emplacement adéquat au meilleur prix et un bailleur en quête d'un rendement optimal. Les discussions devront composer entre liberté contractuelle et ordre public, sous l'éclairage de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Lors de la négociation, les parties sont tenues à une obligation générale d'information dont l'importance « est déterminante pour le consentement de l'autre »<sup>1</sup> et plus spécifique-

ment en matière de baux commerciaux pour lesquels :

- un état des lieux doit obligatoirement être établi,
- une information est due par le bailleur concernant l'état des travaux réalisés au cours des trois dernières années et ceux projetés pour les trois suivantes<sup>2</sup>.

Cette quête de transparence milite pour un meilleur équilibre contractuel et limite ainsi le risque que le bail soit qualifié de "contrat d'adhésion".

Les informations ainsi échangées entre les parties permettent d'apprécier la consistance

et l'usage des locaux, ainsi que le coût et les conditions financières du bail.

### De la consistance et de l'usage des locaux donnés à bail

Le bailleur est tenu d'une obligation de délivrance, à sa prise d'effet et durant le bail, afin de maintenir les locaux et leurs accessoires en état de servir à l'usage pour lequel ils ont été loués<sup>3</sup>. Cette obligation de délivrance est à la fois juridique et matérielle, le local devant matériellement permettre l'exercice de l'activité du locataire<sup>4</sup>.



Le bailleur doit ainsi s'assurer :

- que l'activité projetée par le locataire est conforme à la destination de l'immeuble au regard du règlement de copropriété, particulièrement si l'activité est source de nuisances<sup>5</sup> ;
- qu'il dispose des autorisations administratives éventuellement requises en fonction de l'activité projetée, préalablement à la conclusion du bail<sup>6</sup> ;
- et que les différentes réglementations applicables aux locaux sont respectées.

Néanmoins, certaines obligations du bailleur peuvent être expressément transférées sur le preneur, les clauses imprécises étant interprétées en faveur du locataire<sup>7</sup>, sous les réserves énoncées aux articles R.145-35 du Code de commerce, notamment sur la charge des travaux de l'article 606 du Code civil qui doivent en principe incomber au bailleur, et 1170 du code civil<sup>8</sup>.

Si le bail en dispose ainsi, le preneur peut :

- Faire son affaire personnelle de l'obtention des autorisations requises pour l'exercice de son activité ;
- Réaliser les travaux « *rendus nécessaires par les vices affectant la structure de l'immeuble* »<sup>9</sup> au titre de la vétusté ou de la

force majeure, sans que cela remette en cause l'obligation de délivrance du bailleur ;

- Supporter les travaux de mise en conformité et mise aux normes des locaux, notamment en matière d'hygiène et de sécurité (électricité, incendie, gaz), prescrits par l'autorité administrative<sup>10</sup>, en ce inclus les travaux afférents à l'accessibilité des locaux aux personnes à mobilité réduite. L'exhaustivité de la clause s'impose.

Par ailleurs, compte tenu des obligations pesant sur lui, il est primordial pour le bailleur de définir avec précision la destination des locaux aux fins de contrôler l'activité du preneur tout comme d'imposer une obligation d'exploitation continue des locaux. Réciproquement, pour le preneur, les activités projetées doivent être exhaustivement indiquées dans le bail pour éviter que le bailleur mette en œuvre la clause résolutoire ou qu'il soit obligé, en cours de bail, d'acquiescer d'une indemnité de déspécialisation.

Il est également usuel de stipuler dans les baux commerciaux une clause dite de « nivellement » par laquelle le bailleur peut réclamer au locataire la remise des lieux en leur état primitif, ce qui peut se révéler onéreux si ce dernier a réalisé d'importants travaux et/ou

aménagement. Il est donc dans l'intérêt du preneur de négocier que cette remise en état ne concerne pas les travaux expressément autorisés par le bailleur.

Une fois que les parties se sont accordées sur la chose donnée à bail, encore faut-il qu'elles s'accordent sur le prix.

### Les conditions et clauses financières du bail

Indépendamment des travaux et aménagements pouvant être réalisés lors de la prise à bail, le coût d'entrée dans les locaux peut résulter de l'achat du droit au bail ou du fonds de commerce du précédent locataire ou du versement d'un droit d'entrée<sup>11</sup> au bénéfice du bailleur pour des locaux vides.

La fixation du loyer initial est le terrain privilégié de la liberté contractuelle. Usuellement, le montant du loyer d'origine est fixé de manière forfaitaire mais les parties peuvent stipuler un loyer comportant une « clause recette » par application d'un taux sur le chiffre d'affaires. Celle-ci peut prévoir un loyer :

- uniquement variable,
- ou variable avec un minimum garanti,
- ou encore variable avec une partie fixe<sup>12</sup>.

À cet égard, le futur locataire doit non seu-



lement apprécier la cohérence du montant du loyer par rapport aux prix du marché mais également le taux d'effort induit au regard de son business plan<sup>13</sup>.

Pour faciliter le début de son activité, le locataire peut solliciter des mesures d'accompagnement au bailleur qui prennent généralement la forme d'une franchise de loyer<sup>14</sup> et/ou de paliers<sup>15</sup>.

Au cours du bail, le montant du loyer peut évoluer par l'application de la révision triennale légale ou la mise en œuvre de la clause d'échelle mobile expressément stipulée dans le bail<sup>16</sup>. Il s'agit de questions relevant de l'ordre public limitant la liberté contractuelle des parties.

Suivant un mouvement jurisprudentiel continu, la Cour de cassation rappelle que le propre d'une clause d'échelle mobile est de faire varier le loyer à la hausse comme à la baisse de telle sorte qu'une clause qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse est illicite<sup>17</sup>. La sanction est le caractère non écrit de la clause<sup>18</sup>. Non seulement la clause d'indexation n'est plus applicable, mais le bailleur doit rembourser le trop-perçu du loyer.

Par ailleurs, la réforme dite « Pinel » a mis fin à la pratique du loyer « triple net », imposant aux parties d'établir un « inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liés à ce bail »<sup>19</sup>. Si le bailleur peut encore solliciter le remboursement de la taxe foncière, en revanche il ne peut transférer au preneur l'obligation de réaliser les travaux relevant des dispositions de l'article 606 du Code civil, sauf s'il s'agit « de travaux des travaux d'embellissement dont le montant excède le coût du remplacement à l'identique »<sup>20</sup>.

Si les limites sont fixées, il n'existe pas pour autant de « liste type » de charges récupérables sur le locataire contrairement à ce qui existe pour le bail d'habitation. La précision est de rigueur car l'interprétation des clauses du bail s'effectue suivant les principes de l'article 1190 du Code civil aux termes duquel un contrat doit s'interpréter contre le créancier et en faveur du débiteur. Il appartient toutefois au preneur de se renseigner avec précision sur les coûts d'entretien courant de l'immeuble dans lequel sont situés les locaux loués, ainsi que sur les éventuels travaux devant être réalisés dans l'immeuble si leur coût devait lui être refacturé par le bailleur.

Enfin, les garanties consenties par le preneur au bailleur aux fins de bonne exécution du bail peuvent représenter une charge financière conséquente.

Il est généralement prévu un dépôt de garan-

tie conservé par le bailleur durant le bail, dont le montant dépend de la périodicité et des modalités de paiement du loyer<sup>21</sup>. A titre de garantie complémentaire, la garantie bancaire à première demande est de plus en plus sollicitée par les bailleurs, particulièrement pour les locaux à usage de bureaux. Dans ce cas, les fonds versés par le preneur sont bloqués pendant une période convenue entre les parties au sein d'un établissement bancaire. Au-delà de ces questions classiques en matière de négociation, bailleur et preneur doivent également tenir compte de l'évolution technologique des bâtiments permettant d'en optimiser la gestion et le pilotage, notamment à travers les objets connectés ou la numérisation du bâtiment. La gestion, l'exploitation et la protection des données « consommées » et « générées » par les locaux loués deviennent de nouveaux enjeux pour les parties qu'il s'agisse de leur valorisation ou de leur coût de fonctionnement, particulièrement au regard des charges refacturées au locataire ou de leur valeur d'usage, le tout dans le respect des règles de protection des données personnelles.

1- Article 1112-1 du Code civil.

2- Article L.145-40-2 du Code de commerce.

3- « 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 » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 juin 2002, n<sup>o</sup> 00-19.037).

4- Le bailleur a manqué à son obligation de délivrance en louant des locaux à usage de restaurant-brasserie ne comportant pas de gaine d'extraction conformément à la réglementation sanitaire (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juil. 2010 09-15.409).

5- Un bail commercial ne peut être consenti sur un lot dont la destination indiquée dans le règlement de copropriété permet uniquement l'habitation et les activités professionnelles (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 mai 1990 n<sup>o</sup> 88-14.620).

6- « Qu'en statuant ainsi, alors que l'autorisation administrative exigée par la loi aurait dû être obtenue, par le propriétaire, préalablement à la signature du bail initial, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 avr. 2002 00-20.213).

7- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 sept. 2010, n<sup>o</sup> 09-69.337.

8- « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». La jurisprudence n'est pas encore définitivement tranchée sur le fait que l'obligation de délivrance relèverait ou non de l'ordre public, de telle sorte que les clauses du bail y dérogeant pourraient être réputées non écrites, notamment au regard de l'article 1170 du Code civil.

9- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 juillet 2008, n<sup>o</sup> 07-14631.

10- « [...] les travaux prescrits par l'autorité administrative sont à la charge du bailleur, sauf stipulation expresse contraire » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 avril 1996 n<sup>o</sup> 94-15906).

11- Le droit d'entrée ou pas de porte est analysé par les juridictions soit comme un supplément de loyer payé d'avance soit une indemnité liée à la perte de valeur de l'immeuble eu égard au droit pour le preneur de bénéficier du renouvel-

lement de son bail ou à défaut d'une indemnité d'éviction.

12- Il s'agit d'un point d'attention pour le locataire car la fixation du loyer révisé ainsi que celle du loyer en renouvellement sont uniquement régies par les dispositions contractuelles si le bail comporte ce type de clause (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 5 janv. 1983 n<sup>o</sup> 80-17309 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ. 10 mars 1993).

13- Le taux d'effort correspond au rapport entre le loyer payé par le locataire et son chiffre d'affaire, le cas échéant en intégrant le montant des charges.

14- Dans le cadre de la franchise de loyer, le bailleur accorde au preneur une gratuité du loyer principale sur une période donnée, les charges et les taxes récupérables demeurant généralement facturées.

15- Le loyer à palier consiste pour le bailleur à accepter une progressivité du loyer sur une période donnée.

16- La clause doit prévoir l'automatisme de son application à une échéance donnée, un indice licite au sens du code monétaire et financier ayant un lien direct avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties et une périodicité de la variation. Au titre de la clause d'échelle mobile, les parties peuvent se référer à l'ICC de manière générale, à l'ILC pour les activités commerciales et artisanales, à l'ILAT pour les activités tertiaires. Le loyer révisé ou plafonné étant calculés sur la base de l'ILC ou de l'ILAT, suivant les locaux, l'opportunité d'utiliser l'ICC est souvent remise en question.

17- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 janv. 2016, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 36.

18- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 sept. 2020, n<sup>o</sup> 19-17139.

19- Article L.145-40-2 du Code de commerce. Les parties ne peuvent déroger aux dispositions de cet article.

20- Article R.145-35 du Code de commerce.

21- Un dépôt de garantie correspondant à : un mois de loyer hors taxe et hors charge pour un loyer payé mensuellement et d'avance, deux mois de loyer HT et HC pour un loyer payable mensuellement à terme échu, trois mois de loyers HT et HT pour un loyer payable trimestriellement et d'avance, six mois de loyers HT et HC pour un loyer payable trimestriellement à terme échu. Si le montant du dépôt de garantie dépasse les limites indiquées dans l'article L.145-40 du code de commerce le bailleur doit payer un intérêt au preneur fixé dans les conditions dudit article.