



Bertrand de
LACGER

Avocat à la cour
d'appel de Paris
Bruno Boccara &
Associés

La loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et le statut des baux commerciaux

5816 CINQ ANS APRÈS LE VŒU EXPRIMÉ LE 25 MAI 2003 LORS DU 99^e CONGRÈS DES NOTAIRES PAR DOMINIQUE PERBEN ALORS MINISTRE DE LA JUSTICE, D'UNE RÉFLEXION SUR LE STATUT DES BAUX COMMERCIAUX ⁽¹⁾ SUIVI LE 23 SEPTEMBRE 2003 DE LA CRÉATION D'UN GROUPE DE TRAVAIL AYANT DONNÉ LIEU LE 5 MAI 2004 AU RAPPORT PELLETIER CONTENANT QUARANTE PROPOSITIONS ⁽²⁾, DÉPUTÉS ET SÉNATEURS ONT TROUVÉ UN CONSENSUS POUR MODERNISER L'ÉCONOMIE PAR UNE LOI FLEUVE DE 175 ARTICLES RÉPARTIS EN QUATRE TITRES ⁽³⁾ DONT LE PREMIER, QUI VISE À « MOBILISER LES ENTREPRENEURS » COMPORTE EN SON CHAPITRE III, 8 NOUVEAUX ARTICLES DESTINÉS À « MODERNISER LE RÉGIME DES BAUX COMMERCIAUX ».

L'importance relative donnée aux baux commerciaux au vu, notamment d'autres réformes – comme celle, majeure, du droit de la concurrence – n'enlève rien au mérite du législateur qui, pour une fois, a su simplifier cette matière qui ne manque pas de pièges.

Son intérêt est d'autant plus réel que les dispositions de la LME en ce qu'elles intéressent les baux commerciaux ont, pour l'essentiel, vocation à s'appliquer dès leur entrée en vigueur, soit le 6 août 2008.

La présente étude suivra l'ordre retenu par le législateur, la réforme du Code monétaire et financier étant toutefois évoquée avec celle des articles L.145-34 et L.145-38 du Code de commerce.

I. – SUR L'ASSOULISSEMENT DE LA CONDITION D'IMMATRICULATION

On sait que, pour bénéficier du statut des baux commerciaux et donc du droit au renouvellement, l'article L. 145-1 du Code de

commerce fait obligation au preneur exploitant le fonds de s'immatriculer au registre du commerce ou au répertoire des métiers.

Cette condition a toujours été appréciée sévèrement par la jurisprudence, notamment dans l'hypothèse de copreneurs, le défaut d'immatriculation d'un seul faisant perdre à tous le bénéfice du statut ⁽⁴⁾ alors même que le copropriétaire non exploitant serait mentionné sur le K bis de son colocataire ⁽⁵⁾, sanction qui peut être invoquée à tout moment, même pour la première fois en appel ⁽⁶⁾.

Toutefois la diversité des situations a conduit la jurisprudence à établir des distinctions, selon que la propriété du fonds est commune, indivise ou démembrée, ce qui ne pouvait qu'être source d'insécurité juridique.

Ainsi, l'immatriculation personnelle est exigée en cas d'époux séparés de biens ⁽⁷⁾ et d'indivision conventionnelle ⁽⁸⁾ mais non aux époux communs en biens, d'indivision successorale ou post-communautaire, seul l'époux ou l'indivisaire exploitant le fonds dans l'intérêt

notes

[1] AJDI 2003, Actualités, p. 392.

[2] Modernisation du statut des baux commerciaux – Ce que le groupe de travail propose – AJDI 2004, p. 344 ; Guilluy-Friant S., Modernisation du régime des baux commerciaux et professionnels : quelles propositions ? Rev. loyers 2004, p. 344.

[3] Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (JO 5 août).

[4] Cass. 3^e civ., 9 nov. 1983, n° 81-16.747, Rev. loyers 1984, p. 40.

[5] Cass. 3^e civ., 14 nov. 2007, n° 06-19.062, Administrer 2008, n° 407, note Barbier J.-D.

[6] Cass. 3^e civ., 23 févr. 1994, n° 92-15.473, Loyers et copr. 1994 n° 292.

[7] Cass. 3^e civ., 18 mai 2005, n° 04-11.349, Loyers et copr. 2005, n° 135, note Brault Ph.-H.

[8] Cass. 3^e civ., 1^{er} juin 1994, n° 92-11.232, D. 1994, I.R., p. 159.

commun des époux ou des indivisaires devant être immatriculé ^[9].

Enfin, dans l'hypothèse d'un démembrement du droit de propriété du fonds par suite du décès du commerçant entre l'épouse survivante qui exploitait avec son conjoint et ses enfants nus-propriétaires, la Cour de cassation a exigé l'immatriculation du nu-propriétaire ^[10], même non exploitant, aucune indivision n'existant entre usufruitier et nu-propriétaire.

C'est sans doute pour remédier à cette solution inéquitable et mettre un terme à une jurisprudence aboutissant à exiger l'immatriculation d'un copropriétaire non exploitant que le législateur a inséré un troisième paragraphe à l'article L. 145-1 du Code de commerce selon lequel :

« III. – Si le bail est consenti à plusieurs preneurs ou indivisaires, l'exploitant du fonds de commerce ou du fonds artisanal bénéficie des dispositions du présent chapitre, même en l'absence d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers de ses copreneurs ou coindivisaires non exploitants du fonds.

En cas de décès du titulaire du bail, ces mêmes dispositions s'appliquent à ses héritiers ou ayants droit qui, bien que n'exploitant pas de fonds de commerce ou de fonds artisanal demandent le maintien de l'immatriculation de leur ayant cause pour les besoins de sa succession. »

Cette nouvelle disposition qui recentre l'obligation d'immatriculation sur l'exploitant et qui dispense d'immatriculation l'héritier ou l'ayant droit non exploitant doit être approuvée.

Il reste que le bénéfice de l'immatriculation aux héritiers ou ayants droit du preneur n'est pas automatique mais suppose, en principe, qu'ils fassent la demande du maintien de l'immatriculation de leur auteur alors qu'ils n'ont pas forcément conscience de l'importance de cette démarche et qu'aucun délai n'est fixé

par le législateur qui, en outre, limite ses effets « aux besoins de la succession ».

Il reviendra donc au notaire de la succession d'exercer pleinement son devoir de conseil et à la jurisprudence de définir le délai dans lequel cette formalité doit être accomplie.

II. – SUR L'ASSUJETTISSEMENT CONVENTIONNEL DES BAUX PROFESSIONNELS AU STATUT DES BAUX COMMERCIAUX

Le statut des baux commerciaux étant – hors les cas d'extensions légales – réservé aux commerçants, industriels ou artisans, toute autre activité et notamment celle des professions libérales était exclue.

Plutôt que de s'en tenir au régime des baux professionnels fixé par l'article 57 A de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 dont l'insuffisance est régulièrement dénoncée, il est apparu opportun, à nombre de praticiens, de se soumettre volontairement aux dispositions des articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce.

Si la validité de principe de cette extension conventionnelle a été reconnue tant en doctrine ^[11] qu'en jurisprudence ^[12], elle n'était pas sans risque, puisqu'elle supposait en l'absence de clause expresse, de rechercher l'intention des parties sinon d'apprécier leur comportement, ce qui est source d'insécurité juridique, notamment lorsque le preneur doit démontrer la renonciation tacite du bailleur à se prévaloir des conditions statutaires.

Une fois reconnue l'existence d'un bail commercial, se posait également la question de la portée de l'extension conventionnelle et du respect des dispositions impératives du statut. Si, par un arrêt du 17 mai 2002, la Cour de cassation s'est prononcée sur la nullité de toute clause contraire aux dispositions de l'article L. 145-9, alinéa 5 du Code de commerce relative à la forme du congé ^[13], il sub-

notes

[9] Cass. 3^e civ., 3 juill. 1979, n° 77-11.445, Rev. loyers 1979, p. 475, note Viatte J. ; Cass. 3^e civ., 15 mai 1991, n° 90-10.884, Bull. civ. III, n° 138 ; Cass. 3^e civ., 11 janv. 1989, n° 87-14.984, D. 1989, I.R., p. 30.

[10] Cass. 3^e civ., 5 mars 2008, n° 05-20.200, AJDI 2008, p. 579, Dumont-Lefrand M.-P.

[11] Viatte J., L'extension volontaire du statut des baux commerciaux, Rev. loyers 1970, p. 254.

[12] CA Paris, 1^{er} ch., 21 mai 1957, Soc. immo. Bourse – Quatre Septembre c/ Roubi, Rev. loyers 1957, p. 350 ; Cass. 3^e civ., 3 nov. 1988, n° 87-14.963, Bull. civ. III, n° 153.

[13] Cass. ass. plén., 17 mai 2002, n° 00-11.664, AJDI 2002, p. 525, obs. Blatter J.-P., Loyers et copr. 2002, n° 174, obs. Brault Ph.-H.

sistait, malgré une doctrine unanime, un doute sur l'application au bail de l'ensemble des règles d'ordre public du statut.

Or ces dispositions doivent coexister avec celles, également impératives et parfois contraires de l'article 57 A, sauf à y renoncer, à supposer que la renonciation soit possible ^[14].

On en était donc arrivé à une impasse qui se trouve résolue par l'ajout à l'article L. 145-2 I du Code de commerce d'un 7° ainsi rédigé : « 7° Par dérogation à l'article 57 A 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, aux baux d'un local affecté à un usage exclusivement professionnel si les parties ont conventionnellement adopté ce régime ».

Dans un souci de cohérence, le législateur a également modifié l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986 disposant *in fine* que « les parties peuvent déroger au présent article dans les conditions fixées au 7° du I de l'article L. 145-2 du Code de commerce ».

Ainsi, les parties pourront librement soumettre leur bail au régime des baux commerciaux sans se soucier de l'application éventuelle du « mini statut » des baux professionnels.

Elles veilleront toutefois à bien viser le nouveau texte et à déclarer expressément qu'elles entendent déroger à l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986.

III. – SUR UNE CLARIFICATION DES BAUX DÉROGATOIRES

On sait qu'un bail commercial, ne peut, par principe – posé par l'article L. 145-4, alinéa 1^{er} du Code de commerce – avoir une durée inférieure à neuf ans.

Le législateur de 1965 a permis qu'il soit dérogé non seulement à cette durée mais au statut dans toute son étendue par la conclusion, lors de l'entrée dans les lieux du pre-

neur, d'un « bail à l'essai » d'une durée « au plus égale à deux ans » ; le preneur laissé en possession des lieux à l'expiration de cette durée pouvant alors se prévaloir d'un bail de neuf ans soumis au statut tout comme en cas de renouvellement exprès du bail ou de conclusion entre les mêmes parties d'un nouveau bail pour le même local ^[15].

Toute dérogation devant s'interpréter restrictivement, l'interprétation littérale de ce texte devait conduire à exclure la conclusion successive de baux dérogatoires même si leur durée totale n'excède pas deux ans, ce qui était l'avis de la doctrine comme de la jurisprudence ^[16].

Bien que cette solution ne soit pas critiquable en droit, on pouvait regretter sa rigueur.

Le législateur donne, au régime des baux dérogatoires, la souplesse attendue en permettant la conclusion de baux successifs dans la limite des deux ans.

L'article L. 145-5, alinéa 1^{er} nouveau du Code de commerce dispose donc désormais que « 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 deux ans ».

Les deux alinéas suivants ne sont pas modifiés de sorte qu'on peut craindre que la jurisprudence rendue à leur sujet soit toujours applicable.

Si en conséquence, le preneur est maintenu en possession à l'expiration du bail ou des baux successifs, il s'opèrera un nouveau bail soumis au statut alors même que l'occupation serait inférieure à deux ans dès lors que le bailleur n'a pas clairement manifesté son intention d'obtenir le départ de son locataire, notamment par la délivrance d'un congé ou d'une sommation de délaisser ^[17].

Il en ira de même en cas de renouvellement exprès du bail ou de conclusion d'un nouveau

notes

[14] Racllet B., L'application conventionnelle du statut des baux commerciaux aux locations professionnelles, *Administrer* 2003, n° 351, p. 9 *contra* Jacquin A., note sur CA Paris, 16^e ch. B, 8 nov. 2002, n° 2002/02261, Immobilière Daru Saint-Honoré (SA) anciennement dénommée Centre artistique de Paris Salle Pleyel c/ Spectateurs Service (SARL), *AJDI* 2003, p. 117.

[15] C. com., art. L. 145-5.

[16] CA Paris, 16^e ch., 5 nov. 1971, *Simonet c/ Société établissements Réro*, *JCP G* 1973, II, 17417, obs. Boccarda B., *Rev. loyers* 1972, p. 219, note Viatte J. ; Cass. 3^e civ., 20 déc. 1977, n° 75-13.899, *Rev. loyers* 1978, p. 211.

[17] Cass. 3^e civ., 24 nov. 1999, n° 96-13.484, *Bull. civ. III*, n° 221.

bail entre les mêmes parties, pour le même local à l'expiration du premier bail dérogatoire ou des baux successifs dont la durée serait inférieure à deux ans.

La jurisprudence a toutefois fait une application libérale de l'interdiction faite aux parties de conclure à l'expiration du bail initial un nouveau bail dérogatoire pour les mêmes locaux en légitimant le recours à la renonciation, non équivoque^[18], au bénéfice du statut une fois celui-ci acquis^[19].

Cette jurisprudence, qui ne contredit aucune disposition expresse du statut, mais se fonde sur le droit commun des obligations n'a pas de raison objective de disparaître, même si elle paraît contraire à l'esprit du texte.

Le législateur aurait pu contribuer à parfaire le régime des baux dérogatoires par exemple, comme le suggérait le Professeur Derruppé, en allongeant la durée permise et en limitant la faculté de renouvellement par renonciation^[20].

IV.- SUR LA SUPPRESSION DES USAGES LOCAUX, DU TERME D'USAGE ET DE LA FORCLUSION ET SUR LA TACITE RECONDUCTION^[21]

A. - Sur la disparition des usages locaux et du terme d'usage

Suivant en cela les préconisations du rapport Pelletier, la référence aux usages locaux est supprimée au profit du premier ou dernier jour du trimestre civil.

C'est sans conteste un pas vers une plus grande sécurité juridique et une simplification du droit des baux commerciaux.

Il était en effet difficilement compréhensible au XXI^e siècle d'avoir à respecter des usages locaux dont il n'était pas toujours évident de

retrouver la trace et auxquels la Cour de cassation donnait un caractère impératif, empêchant ainsi les parties d'y déroger par une clause contraire^[22].

Il pouvait donc arriver à titre d'exemple qu'un congé donné en méconnaissance de ces usages ne produise effet qu'au terme d'usage de l'année suivante^[23].

B. - Sur l'abandon de la forclusion

Depuis la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 ayant donné à l'ancien article 33 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, devenu L. 145-60 du Code de commerce, sa rédaction actuelle, toutes les actions exercées en vertu du statut se prescrivent par deux ans.

Cette même loi a modifié les anciens articles 5 et 6 du décret^[24] pour soumettre à un délai de forclusion de deux ans les actions du preneur en contestation du congé et en paiement d'une indemnité d'éviction, y compris à la suite d'un refus opposé à une demande de renouvellement.

La doctrine autorisée, s'attachant aux travaux préparatoires, n'a pas voulu y voir un régime distinct^[25], avant d'être démentie par la Cour de cassation^[26].

La gravité de la sanction résultant de la forclusion qui, à l'inverse de la prescription, est insusceptible d'interruption et de suspension explique que la jurisprudence ait restreint son domaine, ce qui a été la source d'un contentieux abondant.

C'est ainsi qu'entraient dans son champ d'application, les actions en contestation des motifs graves et légitimes motivant un refus de renouvellement sans offre d'indemnité d'éviction^[27], en contestation de la

notes

[18] Cass. 3^e civ., 2 avr. 2003, n° 01-14.898, Administrer 2003, n° 356, p. 26, obs. Boccara B. et Lipman W-Boccara D. ; Cass. 3^e civ., 11 janv. 2006, n° 05-10.217, Administrer 2006, n° 386, p. 39.

[19] Cass. 3^e civ., 20 févr. 1985, n° 83-15.730, Rev. loyers 1985, p. 291 ; Cass. 3^e civ., 15 avr. 1992, n° 90-18.093, Administrer 1992, n° 238, p. 77, note Barbier J.-D. ; Cass. 3^e civ., 3 mars 1993, n° 91-12.537, AJPI 1993, p. 860, n° 112.

[20] Derruppé J., L'exceptionnelle pérennité du contentieux des baux commerciaux, AJPI 1992, p. 204.

[21] C. com., art. L. 145-8, L. 145-9, L. 145-10 et L. 145-12.

[22] Cass. 3^e civ., 16 nov. 1994, n° 92-18.280, AJPI 1995, p. 407, note Derruppé J.

[23] CA Aix-en-Provence, ch. civ., sect. A, 17 déc. 1991, SARL Laboratoire de recherches et de parfums Cannes c/ SCI La Bourbonnaise, Rev. loyers 1992, p. 202, note Berthault J.-C.

[24] Respectivement C. com., art. L. 145-9 et L. 145-10.

[25] Boccara B., La loi du 2 janvier 1970 modifiant le régime de la prescription en matière de baux commerciaux, JCP G 1970, I, 2316.

[26] Cass. 3^e civ., 1^{er} juin 1977, n° 75-13.026, Rev. loyers 1977, p. 477, note Viatte J. ; Cass. 3^e civ., 16 juin 1993, n° 89-16.536, Administrer 1994, n° 254, p. 32, note Barbier J.-D.

[27] Cass. 3^e civ., 30 sept. 1998, n° 97-11.476, JCP G 1998, IV, 3189.

dénégation au bénéficiaire du statut ^[28], en contestation d'un congé comportant à titre principal un refus d'indemnité d'éviction et à titre subsidiaire une offre d'indemnité d'éviction ^[29] et en contestation de la date d'effet du congé ^[30].

La loi du 4 août 2008 enlève désormais toute interrogation sur le champ d'application de la forclusion en unifiant les actions exercées en vertu du statut et celles visant à contester le droit du bailleur de refuser le paiement d'une indemnité d'éviction.

Pour autant, on peut se demander si la notion de forclusion ou de déchéance a totalement disparu du statut qui l'évoque explicitement dans l'hypothèse de la déspecialisation plénière ^[31] et dans celle de la déspecialisation pour activités connexes ou complémentaires ^[32], ou implicitement, à titre d'exemple, dans celle où le preneur évincé en raison de l'état de l'immeuble dispose d'un délai de trois mois pour donner son accord sur les nouvelles conditions de location ou saisir la juridiction compétente ^[33].

Ce sera peut-être l'occasion d'une nouvelle intervention du législateur, même si dans l'ensemble, les conséquences d'une déchéance ou d'une forclusion dans les cas précités sont moins graves que celles résultant des anciens articles L. 145-8 et L. 145-9, le preneur pouvant perdre tout droit à indemnité d'éviction et donc au maintien dans les lieux.

C. – Sur la tacite reconduction à défaut de demande de renouvellement

L'article L. 145-9, alinéa 2 nouveau du Code de commerce prévoit désormais que la demande de renouvellement produira le même effet extinctif qu'un congé, ce qui résultait déjà de l'esprit du texte.

La clarification a toutefois pour mérite de rappeler qu'une demande de renouvellement n'a pas moins d'effets qu'un congé et que le bailleur, conformément à la jurisprudence actuelle – qui devrait se confirmer – ne peut y faire échec par un congé délivré pour une date postérieure à la date d'expiration contractuelle du bail ^[34].

V. – SUR LE DÉLAI DE LIBÉRATION DES LIEUX EN CAS D'ÉVICTION DU PRENEUR

Le législateur modifie l'article L. 145-29, alinéa 1^{er} du Code de commerce relatif au délai de libération des lieux après versement de l'indemnité d'éviction en substituant un délai de trois mois au « *premier jour du terme d'usage qui suit l'expiration du délai de quinzaine à compter du versement de l'indemnité* ». Le premier alinéa de l'article L. 145-29 est désormais rédigé de la manière suivante : « *En cas d'éviction, les lieux doivent être remis au bailleur à l'expiration d'un délai de trois mois suivant la date de versement de l'indemnité d'éviction au locataire lui-même ou de la notification à celui-ci du versement de l'indemnité au séquestre* ».

Cette réforme est d'un intérêt pratique indéniable, du moins pour le preneur.

En effet, même si le délai fixé par l'article L. 145-29 n'est pas d'ordre public, il était peu fréquent en pratique que le bailleur consente d'y déroger alors que l'article L. 145-30 lui offre la possibilité, après mise en demeure, de retenir sur l'indemnité d'éviction une pénalité de 1 % par jour de retard dans la remise des clés.

Cette pénalité est d'autant plus sévère qu'elle n'est pas révisable, faute de pouvoir être assimilée à une astreinte ^[35] ou à une clause pénale et que le preneur ne peut au mieux tenter d'en retarder le point de départ qu'en

notes

[28] Cass. 3^e civ., 8 nov. 1995, n° 93-20.609, Administrer 1996, n° 280, p. 15, obs. Boccara B., Lipman W-Boccara D., Sainturat M.-L.

[29] Cass. 3^e civ., 22 février 1989, n° 87-10.077, Loyers et copr. 1989, n° 232.

[30] Cass. 3^e civ., 16 févr. 2000, n° 98-16.111, Loyers et copr. 2000, n° 143.

[31] C. com., art. L. 145-49.

[32] C. com., art. L. 145-47.

[33] C. com., art. L. 145-19. On se reportera également aux articles L. 145-51, L. 145-58 et L. 145-57 du Code de commerce.

[34] Cass. 3^e civ., 18 déc. 1991, n° 90-10.109, Bull. civ. III, n° 323 ; Cass. 3^e civ., 21 déc. 1993, n° 91-20.119, RD imm. 1994, p. 115, obs. Derrupé J.

[35] Cass. com., 21 janv. 1963, n° 61-11.492, Rev. loyers 1963, p. 354.

invoquant la force majeure, toutefois appréciée avec une certaine tolérance^[36].

Ce nouveau délai rétablit en conséquence un certain équilibre entre le preneur, qui ne dispose que des voies d'exécution habituelles pour obtenir le paiement effectif de l'indemnité d'éviction et le bailleur qui peut faire jouer la pénalité légale.

VI. – SUR L'INDICE DES LOYERS COMMERCIAUX

Afin de lutter contre l'érosion monétaire, les baux comportent très fréquemment une clause d'indexation dont l'indice de référence, doit, à peine de nullité de la clause, se rattacher directement à l'activité de l'une des parties ou à l'objet du contrat.

En présence d'un bail commercial, les parties se réfèrent usuellement à l'indice INSEE du coût de la construction puisqu'en vertu de l'article L. 111-2 du Code monétaire et financier, il est présumé être en relation directe avec l'objet d'un bail commercial.

La création d'un nouvel indice pour les baux à usage d'habitation et la hausse constante de l'indice du coût de la construction avaient conduit le Conseil national des centres commerciaux, en avril 2007, à réfléchir à l'élaboration d'un indice plus juste, dénommé indice des loyers commerciaux dont la composante (soit indice des prix à la consommation à hauteur de 50 %, indice du coût de la construction et indice du chiffre d'affaires du commerce de détail en valeur à hauteur de 25 % chacun) a fait l'objet, le 20 décembre 2007, d'un accord interprofessionnel^[37].

Or son application s'avérait compromise par l'interdiction posée par l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier de fonder l'indexation sur le salaire minimum de croissance, le niveau général des prix ou des salaires ou 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.

Par cette réforme, le législateur consacre l'indice des loyers commerciaux comme référence servant à l'indexation mais aussi en matière de révision et de fixation du loyer du bail renouvelé pour la détermination du plafond prévu aux articles L. 145-34 et L. 145-38 du Code de commerce.

Toutefois, ce nouvel indice est laissé au choix des parties, le texte précisant que le loyer plafond est fixé selon la variation de l'indice INSEE du coût de la construction ou, « *s'il est applicable* » de celle de l'indice des loyers commerciaux.

L'indice des loyers commerciaux n'a donc vocation à s'appliquer qu'en cas de stipulation expresse.

Afin d'éviter toute discussion, il est néanmoins conseillé aux rédacteurs de baux de faire le choix d'un seul et même indice tant pour la clause d'indexation que pour la clause de révision et la fixation éventuelle du loyer renouvelé. Enfin, un décret – dont on annonce la parution imminente – devra définir les modalités du nouvel indice et son champ d'application. Le projet en cours reprendrait la composition arrêtée par l'accord du 20 décembre 2007 et ne serait applicable qu'au profit de l'artisanat commercial et du commerce, à l'exclusion des bureaux, locaux industriels et plates-formes logistiques^[38].

VII. – L'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

On ne peut achever cette étude sans évoquer la question de l'application dans le temps de la loi du 4 août 2008.

La LME ne contient pas de dispositions transitoires mais renvoie seulement à un décret pour la définition de l'indice des loyers commerciaux qui n'est donc pas immédiatement applicable.

Il faut donc se référer aux principes généraux du droit transitoire et avant tout à l'article 2 du Code civil selon lequel la loi n'a pas d'effet rétroactif de sorte qu'en matière ➤

notes

[36] Cass. com., 12 oct. 1964, n° 59-13.147, Bull. civ. III, n° 417.

[37] Accord interprofessionnel pour un nouvel indice des loyers commerciaux, Dic. perm. Gestion immobilière, Bull. 398 ; http://www.procos.org/extranet/files/public/presse/01_2008.pdf

[38] La correspondance de l'enseigne, 15 sept. 2008, n° 980, p. 3.

contractuelle, la loi ancienne continue de s'appliquer aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, même si elle est d'ordre public^[39].

Ce sera donc le cas de toutes les dispositions trouvant leur source dans le contrat comme celles concernant l'adoption volontaire du statut et les baux dérogatoires.

En revanche, les autres dispositions trouvant leur fondement dans la loi sont d'application immédiate (il s'agit pour mémoire de celles relatives à l'immatriculation, aux termes d'usages et à la suppression de la forclusion, au délai de libération des lieux après versement de l'indemnité d'éviction).

S'agissant des instances en cours, le principe de non-rétroactivité trouve également à s'appliquer sauf naturellement, comme en matière contractuelle, en présence d'une loi expressément rétroactive ou d'une loi dite interprétative par déclaration du législateur ou même par l'effet d'une volonté non expressément manifestée.

Un abondant contentieux né de l'application aux instances en cours de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 – qui ne comportait pas de dispositions transitoires – s'est clos par un arrêt, en Assemblée plénière, de la Cour de cassation du 23 janvier 2004, reprenant la motivation de l'arrêt Zielinski de la CEDH du

28 octobre 1999, selon laquelle « si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges »^[40].

L'impérieux motif d'intérêt général – qui seul peut donc rendre la loi rétroactive – n'est pas défini mais s'entendra restrictivement comme ne résultant pas de la satisfaction d'intérêts catégoriels mais d'une volonté de préserver l'ordre public.

L'examen des travaux préparatoires et notamment d'un rapport fait au nom de la Commission spéciale du Sénat en date du 24 juin 2008^[41] laisse apparaître que l'objectif du législateur n'a pas été de « bouleverser les grands équilibres du régime juridique du bail commercial » mais de clarifier certaines dispositions du statut et lever des incertitudes (notamment pour les locataires exerçant une profession libérale ou sur les usages locaux) dans le but d'assurer une plus grande sécurité juridique. On en déduira en conséquence que la LME n'est pas applicable aux instances en cours. ■

notes

[39] Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1998, n° 96-12.183, Bull. civ. I, n° 115.

[40] Cass. ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, D. 2004, jur., p. 1108, note Gautier P.-Y. ; CEDH, 28 oct. 1999, Zielinski c/ France, RTD civ. 2000, p. 436.

[41] Rapp. Sénat 2008, n° 413, p. 173.