

CONCLURE ET GERER SON BAIL COMMERCIAL

Il est indéniable que le bon choix de l'emplacement commercial est le gage de la réussite du futur commerce, mais également un investissement sur lequel on peut capitaliser. En effet, même si le succès du commerce s'avèrerait éloigné de celui qui était escompté, la valeur du droit au bail d'un bon emplacement pourrait être supérieure à la valeur du fonds de commerce et permettrait la réalisation d'une plus-value en cas de cession.

Il est donc très important non seulement bien choisir son emplacement, mais aussi bien lire et bien négocier son bail commercial.

- I - BIEN LIRE ET NEGOCIER SON BAIL

1. Durée

Un bail commercial est conclu pour une durée minimum de 9 ans, pouvant aller dans la pratique jusqu'à 12 ans. S'il peut être conclu pour une durée plus longue, il ne peut l'être pour une durée indéterminée. Attention, si votre bail est supérieur à 9 ans, votre bailleur pourrait augmenter votre loyer de manière conséquente (sans plafonnement) lors de son renouvellement. Il faudrait donc exclure cette possibilité lors de la négociation du bail.

Lorsque le bail est conclu pour une durée de 9 ans, le locataire peut librement donner au bailleur un « congé triennal » aux 3^{ème} et 6^{ème} années. Pour sa part, le bailleur ne pourra pas résilier le bail avant son terme de 9 ans, sauf faute du locataire et certains cas encadrés par la loi.

Certains baux, supérieurs à 9 ans, prive le locataire de son droit de résiliation du bail au premier et/ou deuxième terme triennal. Si le locataire renonce à son droit de résiliation triennale, il devrait en négocier une contrepartie : par ex, prise en charge d'une partie des travaux par le bailleur, franchise de loyers importante au début de l'activité etc.

2. Destination et enseigne

Les parties déterminent librement la « destination du bail », c'est-à-dire la ou les activités qui peuvent y être exploitées. Toute autre activité que celle stipulée dans le bail est interdite au locataire, sous peine de résiliation du bail à ses torts.

La destination du bail ne doit pas être rédigée de manière trop restrictive, afin de permettre l'exploitation du fonds de commerce et du concept du réseau, ainsi que de ne pas diminuer la valeur du droit au bail. En effet, plus l'activité stipulée au bail est large, plus sa valeur sera importante. Ainsi, les baux « tout commerce » se vendent aux prix largement supérieurs aux baux spécialisés.

Il faudrait éviter la stipulation de l'enseigne sous laquelle sera exploité le local loué. Outre le fait que la restriction à une enseigne précise n'est pas légale, chaque changement d'enseigne nécessitera l'accord express du bailleur, avec le respect du formalisme prévu dans le bail paiement d'éventuels frais (frais de dossier, honoraires, frais de changement du bail etc).

3. Loyer et autres conditions financières

Le montant du loyer est librement fixé par le locataire et le bailleur mais doit rester cohérent avec les prix pratiqués dans le voisinage, la destination et les caractéristiques des locaux, et l'environnement commercial.

Le loyer peut être :

- Soit un loyer fixe, HT et hors charges, révisable dans les conditions présentées ci-après ;
- Soit d'un loyer variable correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires généré par le locataire – et qui peut le cas échéant être couplé à un loyer minimal fixe.

Le loyer convenu au bail peut être augmenté en cours de son exécution. La révision doit pouvoir être opérée aussi bien à la hausse qu'à la baisse. **La révision uniquement à la hausse n'est pas légale.**

Il pourrait tout d'abord subir une « révision » annuelle en fonction de la variation de l'indice des loyers commerciaux (ILC).

Il pourrait ensuite faire l'objet d'une « révision triennale » aux 3^{ème} et 6^{ème} années. Cette révision, qui est à l'initiative tant du locataire que du bailleur, ne peut en principe excéder le coût de variation de l'indices ILC. Toutefois, le bailleur peut demander l'augmentation plus importante du loyer dans les cas prévus par la loi, qui ne peut pas être supérieure pour une année à 10 % du montant du loyer versé l'année précédente. Cependant, cette disposition n'étant pas d'ordre public, le bailleur pourra être tenté d'y faire renoncer le locataire. **Attention, si le bail comporte cette renonciation, vous pouvez vous retrouver avec une augmentation très significative des loyers par rapport au bail initial.**

Concernant les autres conditions financières, il s'agit généralement du versement d'un dépôt de garantie qui **ne peut être supérieur à 2 termes de loyer** (deux mois pour le loyer mensuel, 6 mois pour un loyer trimestriel).

Le bailleur peut en outre demander **des garanties pour le paiement** des sommes dues par le locataire. Il s'agit soit d'une caution personnelle, simple ou solidaire, soit d'une garantie à première demande par laquelle une banque s'engage à payer à la simple demande du bailleur une somme d'argent déterminée, sans pouvoir contester le montant ou s'opposer à la demande de paiement. **Attention, la garantie bancaire à première demande représente un cout pour le locataire** : soit la banque va vous facturer annuellement ce service, soit, le plus souvent, elle va vous demander de bloquer sur un compte spécial le montant égal au montant de la garantie demandée par le bailleur.

Enfin, le bailleur peut demander le versement d'un « droit d'entrée » ou de « pas-de-porte », en contrepartie de la jouissance d'un immeuble et/ou d'avantages bénéfiques à l'exploitation des locaux loués. Sa nature doit être précisée dans le contrat, puisque le locataire pourra le déduire des bénéfices imposables s'il s'agit d'un supplément de loyer, mais non s'il s'agit d'une indemnité.

4. Charges et travaux

Si le locataire doit supporter les dépenses d'entretien et de réparations courantes liées aux locaux loués et les impôts et taxes relatives à son activité, le bailleur doit supporter les charges, réparations ou mises aux normes liées aux gros travaux de l'article 606 du code civil et les impôts et taxes liés à la propriété des locaux (taxe foncière, contribution économique territoriale, taxes sur les parkings, etc.).

Les charges suivantes ne peuvent plus être contractuellement transférées au locataire :

- Les dépenses relatives aux gros travaux de l'article 606 du code civil (appelés « le clos et le couvert »);
- Les dépenses relatives aux travaux liés à la construction ou de mise aux normes lorsqu'il s'agit de gros travaux de l'article 606 du code civil ;
- Les honoraires du bailleur liés à la gestion des loyers du local loué ;

- Les impôts, taxes et redevances liés à la propriété des locaux, sauf les taxes foncière et additionnelles, ainsi que les impôts, taxes et redevances liés à l'usage des locaux loués ou de l'immeuble ou à un service ;
- Les charges, impôts, taxes, redevances et coût des travaux portant sur des locaux vacants ou imputables à d'autres locataires.

5. Sort des améliorations et travaux du locataire

Quand bien même il ne participe pas au leur financement, le bailleur bénéficiera des travaux et améliorations réalisés par le locataire, sans à avoir à l'indemniser.

Il est recommandé de prévoir que le bailleur deviendra propriétaire des travaux et des améliorations « à la fin de jouissance » (appelée « clause d'accession en fin de jouissance »), c'est-à-dire lorsque le locataire quitte définitivement les locaux. En effet, **s'il est prévu une « accession en fin de bail », le bailleur pourra se prévaloir de ces améliorations et travaux pour augmenter le loyer lors du premier renouvellement du bail.**

6. Annexes

Les annexes suivantes doivent obligatoirement être communiquées par le bailleur ou le locataire :

- Un diagnostic technique relatif aux risques naturels et technologiques, aux performances énergétiques, *etc.* ;
- Un état récapitulatif des travaux que le bailleur a réalisé dans les trois années précédant la prise d'effet du bail et un état prévisionnel des travaux du bailleur ;
- Un état des lieux d'entrée ou de sortie **qu'il est conseillé d'établir par un huissier**, dont les frais seront partagés entre le bailleur et le locataire ;
- Pour les surfaces supérieures à 2 000 m², une annexe environnementale comprenant un descriptif des caractéristiques énergétiques des équipements et des systèmes de chauffage, d'eau, de tri, *etc.* du bâtiment et des locaux loués, leur consommation réelle d'eau et d'énergie, et la quantité de déchets générée.

- II - BIEN GERER LE RENOUVELLEMENT DE SON BAIL

A l'arrivée du terme du bail (généralement, 9, 10 ou 12 ans), le bailleur peut notifier au locataire un congé simple (non-renouvellement du bail) ou avec une offre de renouvellement. Cette offre de renouvellement peut être faite dans les mêmes conditions ou avec l'augmentation des loyers.

Soit le locataire notifie lui-même au bailleur un congé simple (non-renouvellement du bail) ou une demande de renouvellement. Attention, pour la dénonciation du bail, les délais stipulés dans le bail (généralement 6 mois) et la forme (LRAR ou par l'huissier) doivent être respectés.

Soit, dans le silence des parties, le bail se poursuit par tacite prolongation, sans indication de durée. Dans ce dernier cas, **le bail devient à durée indéterminée et pourrait être résilié aussi bien par le locataire que par le bailleur à tout moment.**

Lorsque le bailleur notifie un congé simple ou refuse la demande de renouvellement faite par le locataire, le bail est résilié. Le locataire peut contester cette résiliation ou demander le paiement d'une indemnité d'éviction (généralement, correspondante à la valeur du fonds de commerce perdu) en saisissant le tribunal dans un délai de 2 ans.

Lorsque le bailleur notifie un congé avec offre de renouvellement, la durée du bail renouvelé est de 9 ans maximum sauf accord postérieur des parties pour une durée plus longue.

Le montant du loyer du bail renouvelé est librement fixé entre le locataire et le bailleur. Il est soumis aux mêmes règles de plafonnement que celles prévues pour la « révision triennale ». Le loyer pourra cependant être déplafonné, notamment lorsque :

- Le bail initial (avant le renouvellement) est d'une durée supérieure à 9 ans ;
- Le bail initial est d'une durée de 9 ans mais a été tacitement prolongé pour une durée supérieure à 12 ans ; **Il est donc important de ne pas oublier d'envoyer au bailleur, avant la fin de votre bail initial, la demande de renouvellement du bail !**

Attention, l'oubli de demander le renouvellement de votre bail au bailleur peut vous exposer à l'augmentation significative (déplafonnement) de vos loyers ou encore, à la résiliation de votre bail à tout moment par le bailleur.

- III – REUSSIR LA CESSION DE SON BAIL COMMERCIAL

Le « droit au bail » est le droit d'occuper les locaux commerciaux, qui peut être cédé seul (cession du droit au bail) ou avec le fonds de commerce (cession du fonds de commerce) du locataire dont il en est l'une des composantes. Dans les deux cas, le nouveau locataire ne pourra, en principe, occuper les locaux que pour la durée restant à courir du bail repris.

Lorsque le locataire **cède son droit au bail seul**, il doit demander l'autorisation expresse du bailleur. Ce dernier peut s'y opposer ou donner son accord en demandant une indemnité. Attention, si vous cédez ou achetez votre seul droit au bail dans le courant de la dernière période triennale, il faut s'assurer au préalable de l'engagement écrit du bailleur de renouveler le bail avec l'acheteur. En effet, l'acquéreur qui a acquis le seul droit au bail au cours de la dernière période triennale peut se voir refuser le renouvellement du bail ou le droit à indemnité, même s'il exerce la même activité que le cédant.

Le bailleur ne peut cependant interdire au locataire de **céder son fonds de commerce**, comprenant le droit au bail. Il peut en revanche avoir le droit d'agrément de l'acheteur (notamment, pour des raisons de solvabilité de ce dernier) ou encore, le droit d'être informé et être appelé à la signature de l'acte de cession.

Les baux prévoient fréquemment une « clause de solidarité », par laquelle le cédant garantit le bailleur des défauts d'exécution et de paiement du nouveau locataire pendant une durée **maximum** de 3 ans (la durée supérieure à 3 ans n'est pas légale).

Pour mettre en œuvre cette « clause de solidarité », le bailleur doit informer le cédant de tout défaut de paiement du nouveau locataire dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle la somme aurait dû être acquittée. Aucune sanction en cas de manquement du bailleur n'étant prévue par les textes, **il doit être prévu dans le bail qu'à défaut d'information, le bailleur ne pourra réclamer au cédant le paiement des sommes dont le nouveau locataire aurait dû s'acquitter.**

La lecture du bail commercial par un non-juriste peut s'avérer laborieuse et la négociation de son contenu ou la formalisation de sa cession, complexes, alors que l'importance du bail est primordiale pour un commerçant. Il ne faut pas hésiter de s'entourer d'un conseil professionnel pour que votre bail vous soit profitable.

Olga ZAKHAROVA-RENAUD

Avocat Associé, BMGB et Associés, renaud@bmgb-avocats.com