



JACQUIN MARUANI
AVOCATS

Gazette du Palais – juin 2021

Le droit de préférence du locataire commercial : solutions et incertitudes

Le droit de préférence du locataire commercial en cas de vente de l'immeuble donné à bail, droit institué par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, dite loi Pinel, suscite de nombreuses interrogations. Certaines ont trouvé des solutions jurisprudentielles, d'autres non. Le présent article a pour objet de faire une synthèse des difficultés rencontrées, ainsi que des solutions trouvées ou proposées.

Une réponse ministérielle (Rep. min. n°21155 : JO Sénat S 22 av. 2021, p. 2702) publiée le 22 avril 2021, relative à l'interprétation du droit de préférence commercial de la loi dite loi Pinel, est l'occasion de faire le point sur la complexité de ses conditions d'application.

Ce droit de préférence du locataire a été créé par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, en son article 14, codifié sous l'article L. 145-46-1 du Code de commerce.

Cet article nouveau est ainsi rédigé :

« Lorsque le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal envisage de vendre celui-ci, il en informe le locataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou remise en main propre contre récépissé ou émargement. Cette notification doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de la vente envisagée. Elle vaut offre de vente au profit du locataire. Ce dernier dispose d'un délai de 1 mois à compter de la réception de cette offre pour se prononcer. En cas d'acceptation, le locataire dispose, à compter de la date d'envoi de sa réponse au bailleur, d'un délai de 2 mois pour la réalisation de la vente. Si, dans sa réponse, il notifie son intention de recourir à un prêt, l'acceptation par le locataire de l'offre de vente est subordonnée à l'obtention du prêt et le délai de réalisation de la vente est porté à 4 mois. »

« Si, à l'expiration de ce délai, la vente n'a pas été réalisée, l'acceptation de l'offre de vente est sans effet. »

« Dans le cas où le propriétaire décide de vendre à des conditions ou à un prix plus avantageux pour l'acquéreur, le notaire doit, lorsque le bailleur n'y a pas préalablement procédé, notifier au locataire, dans les formes prévues au premier alinéa, à peine de nullité de la vente, ces conditions et ce prix. Cette notification vaut offre de vente au profit du locataire. Cette offre de vente est valable pendant une durée de 1 mois à compter de sa réception. L'offre qui n'a pas été acceptée dans ce délai est caduque. »

« Le locataire qui accepte l'offre ainsi notifiée dispose, à compter de la date d'envoi de sa réponse au bailleur ou au notaire, d'un délai de 2 mois pour la réalisation de l'acte de vente. Si, dans sa réponse, il notifie son intention de recourir à un prêt, l'acceptation par le locataire de l'offre de vente est subordonnée à l'obtention du prêt et le délai de réalisation de la vente est porté à 4 mois. Si, à l'expiration de ce délai, la vente n'a pas été réalisée, l'acceptation de l'offre de vente est sans effet. »

« Les dispositions des quatre premiers alinéas du présent article sont reproduites, à peine de nullité, dans chaque notification. »

Le présent article n'est pas applicable en cas de cession unique de plusieurs locaux d'un ensemble commercial, de cession unique de locaux commerciaux distincts ou de cession d'un local commercial au copropriétaire d'un ensemble commercial. Il n'est pas non plus applicable à la cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux ou à la cession d'un local au conjoint du bailleur, ou à un ascendant ou un descendant du bailleur ou de son conjoint. »

Cet article, applicable à toute vente intervenue depuis le 18 décembre 2014, institue un principe, des modalités d'application et un certain nombre d'exceptions.

La présente analyse se concentrera principalement sur le domaine d'application du texte pris dans son principe et dans ses exceptions, et ne traitera pas en conséquence de ses modalités d'application.

On notera que ce texte, très inspiré des dispositions qui existent en matière de baux d'habitation (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15, II) quant à sa rédaction, s'en éloigne cependant sensiblement quant à son champ d'application.

En outre, la complexité et la multiplicité des situations rencontrées en pratique constituent pour le praticien une source inépuisable d'interrogations. Or, ces dernières sont d'autant plus sensibles que la sanction prévue par le texte est la nullité de l'acte de vente passé en fraude des droits du locataire, avec toutes les conséquences qui en résultent.

Le présent article n'a pas pour objet de proposer une étude exhaustive du sujet, mais au contraire de traiter de sujets pratiques spécifiques. Dès lors, le thème de l'ordre public judiciaire auquel se rattache l'article L. 145-46-1 du Code de commerce ne sera pas abordé car tout ou presque a été dit sur le sujet et on renverra sur ce point aux excellentes et nombreuses études qui ont été publiées.

I - Le champ d'application du texte

1. Les locaux industriels à usage d'entrepôt et logistique.

Le texte de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce s'applique lorsque « le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal envisage de vendre celui-ci (...) ».

Il n'est pas fait mention des locaux à usage industriel.

Pour autant, la question aurait pu se poser dès lors que le texte régissant les baux commerciaux ne distingue pas les locaux commerciaux des locaux industriels quant à l'application des dispositions statutaires.

Néanmoins, les locaux à usage industriel ont été expressément exclus lors des débats parlementaires.

L'intention du législateur est dès lors dépourvue d'ambiguïté.

On admettra, par extension, que les locaux à usage d'entrepôt ou logistique sont également exclus du champ d'application de la loi.

2. Les locaux à usage de résidence hôtelière, de résidence étudiante et les EHPAD. L'article L.145 46-1 du Code de commerce vise exclusivement les locaux à usage commercial ou artisanal.

Dès lors, la question méritait d'être posée, s'agissant des locaux à usage de résidence hôtelière, de résidence étudiante et des EHPAD.

C'est dans ce contexte qu'une question ministérielle a été posée par la députée Constance Le Grip. Par une réponse du 13 novembre 2018, le ministre de la Cohésion des territoires répondait sans ambiguïté que le texte est applicable : « Le contrat de bail liant le propriétaire d'un local et l'exploitant d'une résidence étudiante ou hôtelière ou d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes revêt une nature commerciale, dès lors que le locataire ne se limite pas à sous-louer les logements à usage d'habitation qui composent la résidence mais met en outre à disposition des sous-locataires trois au moins des quatre prestations de services listées à l'article 261 D du Code général des impôts. Du fait de sa nature commerciale, le contrat de bail entre dans les prescriptions de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce. »

Bien que la réponse soit juridiquement inexacte, car le texte renvoie à l'usage des locaux et non à la destination du bail, la solution proposée semble bien-fondée car les locaux concernés sont effectivement à « usage commercial ».

3. Les locaux à usage de bureaux. Le texte est sur ce point d'un mutisme absolu.

Les locaux à usage de bureaux ne sont pas, par nature, « des locaux à usage commercial ou artisanal ».

Pour autant, sauf pour les locaux occupés par des professions libérales, qui n'ont pas vocation à bénéficier des règles statutaires (on exclura ici l'hypothèse de l'adhésion volontaire au statut des baux commerciaux), on ne peut exclure qu'ils aient une nature commerciale.

De surcroît, il est admis, au moins pour ce qu'on appelle les « bureaux boutiques » (par exemple les agences bancaires, les agences immobilières, les agences de voyages, etc.), pour lesquels les commerçants exercent leur activité en pieds d'immeuble, qu'il y est exploité un fonds de commerce dans des locaux ayant incontestablement une nature commerciale.

La doctrine se montre cependant relativement divisée sur le point de savoir si les locaux à usage de bureaux entrent dans le champ d'application de la loi.

Une réponse ministérielle toute récente apporte un éclairage nouveau à cette question. Le sénateur Hervé Marseille, auteur de la question posée, souhaitait « avoir confirmation que la vente d'un immeuble dont l'usage principal correspond à une ou plusieurs sous-destinations prévues au 5° de l'article R. 151-28 du Code de l'urbanisme ne relève pas des dispositions de cet article » (C. com., art. L. 145-46-1).

L'article R. 151-28 du Code de l'urbanisme est ainsi rédigé : « Les destinations de constructions prévues à l'article R. 151-27 comprennent les sous-destinations suivantes : (...) 5° Pour la destination "autres activités des secteurs secondaires ou tertiaires" : industrie, entrepôt, bureau, centre de congrès et d'exposition. »

Après avoir rappelé que le droit de préférence est une limite au droit de propriété et que ses conditions d'exercice doivent connaître une interprétation stricte, le ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance considère que « seul le titulaire du bail portant sur le local commercial ou artisanal peut en bénéficier », à l'exclusion des sous-locataires, des occupants à titre précaire, ou des usufruitiers.

Sur ce point, la réponse était déjà connue, puisqu'il semble évident que pour revendiquer le droit de préférence institué par l'article L. 145-46-1 du Code de commerce, le locataire doit nécessairement bénéficier des dispositions statutaires.

De plus, le ministre considère que ce droit « ne couvre pas les lots ayant d'autres usages que l'usage commercial ou artisanal », de sorte que « si l'activité exercée s'est transformée et que l'usage a une nature autre qu'artisanale ou commerciale, il paraît difficile de se prévaloir de ce droit. »

Il résulte de cette réponse que le droit de préférence institué par la loi n'a pas vocation à s'appliquer aux locaux à usage de bureaux.

La réponse apportée par le ministre paraît peu convaincante, dès lors que celui-ci semble confondre la destination commerciale des locaux, en faisant référence au Code de l'urbanisme, et leur usage, notion à laquelle se réfère exclusivement l'article L. 145-46-1 du Code de commerce.

On notera qu'à ce jour, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer.

II. Le cas des ventes judiciaires

Dans la mesure où le droit de préférence n'intervient que lorsque le propriétaire d'un bien envisage de le vendre, cela exclut nécessairement l'application du droit de préférence du locataire en cas de vente judiciaire intervenant sur saisie.

Du reste, la cour d'appel de Bastia a exclu expressément les ventes judiciaires du champ d'application du droit de préférence.

Mais ce droit est-il nécessairement exclu pour les ventes amiables intervenant sur autorisation judiciaire ?

La réponse n'est nullement évidente dès lors que, dans ce cas, le vendeur a décidé de vendre les droits et biens immobiliers objets du bail. Le choix de la vente judiciaire ne constitue, dès lors, qu'une simple modalité de la vente que rien ne permet a priori d'exclure du champ d'application du droit de préférence légal.

Or dans ce type de vente, le prix n'est, par hypothèse, pas déterminé à l'avance.

Dès lors que le droit de préférence du preneur constitue un préalable à la vente, la purge d'un tel droit est impossible dans cette hypothèse.

C'est précisément ce qu'a jugé la Cour de cassation le 17 mai 2018, mais avec une autre motivation. La Cour considère que le droit de préférence du locataire est d'interprétation stricte car il porte atteinte au droit de propriété. Dès lors, la loi n'ayant pas expressément prévu de faire jouer le droit de préférence du preneur dans cette hypothèse, il doit être écarté.

III. L'application du texte après refus de renouvellement du bail

Une question fréquemment posée est celle de savoir si le texte continue à s'appliquer en cas de congé avec refus de renouvellement notifié par le bailleur ou encore en cas de refus de renouvellement notifié à la suite d'une demande de renouvellement du preneur.

La réponse pourrait être négative sur le fondement de l'article L. 145-28, alinéa 1er, du Code de commerce selon lequel : « Aucun locataire pouvant prétendre à une indemnité d'éviction ne peut être obligé de quitter les lieux avant de l'avoir reçue. Jusqu'au paiement de cette indemnité, il a droit au maintien dans les lieux aux conditions et clauses du contrat de bail expiré. Toutefois, l'indemnité d'occupation est déterminée conformément aux dispositions des sections 6 et 7, compte tenu de tous éléments d'appréciation. »

Autrement dit, le bail se poursuit aux clauses et conditions du bail expiré jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction au preneur.

Toutefois, une telle interprétation serait à l'évidence erronée car le congé ou le refus de renouvellement notifié par le bailleur met définitivement fin au bail à compter de sa date d'effet. Le preneur ne peut donc plus se prévaloir du droit de préférence légal institué par l'article L. 145-46-1 du Code de commerce, le bail ayant cessé par l'effet du refus de renouvellement notifié par le bailleur.

La cour d'appel de Paris, par une décision du 28 mars 2018, a d'ailleurs confirmé l'interprétation stricte du texte, admettant que celui-ci ne s'appliquait que pour autant que le bail était en cours.

Ainsi, après la date d'effet du refus de renouvellement, le preneur, qui bénéficie du droit au maintien dans les lieux aux clauses et conditions du bail expiré, ne peut plus revendiquer l'application des dispositions relatives au droit de préférence, celles-ci résultant exclusivement des droits attachés au statut.

Bien entendu, dans l'hypothèse où le bailleur, après refus de renouvellement, exerce son droit de repentir, conformément à l'article L. 145-57 du Code de commerce, le droit de préférence institué par le texte s'applique de nouveau.

IV. L'exception tenant à la « cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux

»

L'article L. 145-46-1, alinéa 6, du Code de commerce comprend de nombreuses exceptions. Parmi celles-ci figure « la cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux ».

La question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par cession globale d'un immeuble, cette notion n'étant pas particulièrement explicite : faut-il entendre la vente de l'immeuble pris dans sa globalité, ou faut-il entendre la vente de biens et droits immobiliers d'un même immeuble portant sur un périmètre plus large que celui des locaux donnés à bail ?

Pour prendre un exemple, un bailleur qui vendrait conjointement des locaux à usage commercial et des locaux à usage d'habitation ou professionnels situés dans le même immeuble, devrait-il purger le droit de préférence du preneur sur la totalité des lots vendus ou uniquement sur les locaux correspondant à l'assiette du bail, ou encore ne pas purger, considérant qu'il se trouve dans le périmètre de l'exclusion prévue par le texte ?

Dans l'hypothèse ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation précité du 17 mai 2018, la haute juridiction avait écarté l'application du droit de préférence du locataire, notamment en raison du fait que la vente portait conjointement sur un local commercial loué à un locataire et sur un terrain mitoyen lui-même loué à deux autres locataires, l'ensemble constituant la globalité de l'immeuble. Pour se faire, elle avait motivé sa décision comme suit : « (...) la cour d'appel qui n'avait pas à répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, en a à bon droit déduit que les dispositions de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce n'étaient pas applicables et que la cession globale de l'immeuble ne pouvait donner lieu à l'exercice d'un droit de préemption par la société [locataire du local commercial]. »

Il est vrai que, dans cette espèce, la vente portait sur la totalité de l'immeuble et que, dès lors, l'exclusion du texte s'imposait.

Il n'en reste pas moins que le pluriel employé par le texte – « cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux » – pose question.

Le droit de préférence du locataire aurait-il également été exclu si le bail avait porté sur la totalité des droits et biens immobiliers recouvrant la globalité de l'immeuble ?

Rien ne permet de l'affirmer. Au contraire, il semble résulter des travaux préparatoires de la loi que l'expression plurielle employée ne peut s'interpréter comme une exigence de pluralité de locaux, le texte ayant essentiellement pour objet d'exclure le droit de préférence en cas de cession globale d'un immeuble partiellement loué.

Sur ce point, l'avis n° 446 de Mme Bonnefoy en date du 9 avril 2014, fait au nom de la commission des lois du Sénat du 9 avril 2014, précise que l'exclusion de la cession globale a pour objet « d'exempter du droit de préférence la cession globale d'un immeuble, de quelque nature qu'il soit, qui comporterait un local commercial (...) ».

Cette solution est confirmée par une réponse du ministre des Finances du 14 août 2018, puis adoptée par un arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 14 novembre 2019.

Pour autant, le droit de préférence du locataire constituant une atteinte à la liberté contractuelle, la clause doit s'interpréter strictement : il en résulte qu'on ne peut étendre le droit du preneur au-delà du périmètre du bail. C'est la position adoptée par une autre réponse ministérielle.

A contrario, il semble que la notion de cession globale de l'immeuble ne peut être invoquée par un propriétaire pour être dispensé de purger le droit de préférence du locataire, si le périmètre de la vente est plus large que celui correspondant à l'assiette du bail, dès lors que la vente ne porte que sur une partie de l'immeuble.

Bien que la Cour de cassation, dans l'arrêt précité du 17 mai 2018, se prononce dans le cadre d'une de la vente globale d'un immeuble, elle n'écarte pas la nécessité de purger le droit de préférence du locataire en cas de vente partielle de l'immeuble, portant toutefois sur une assiette plus large que celle correspondant *stricto sensu* à celle du bail.

Il serait cependant logique que les ventes portant sur un périmètre plus vaste que celui correspondant à l'assiette du bail, puissent bénéficier de l'exception prévue par l'alinéa 6 de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce en raison de l'impératif d'interprétation stricte du texte.

Toute solution contraire obligerait le bailleur à prendre le risque, en cas de vente de pluralité de locaux dépendant du même immeuble, mais n'en constituant pas la totalité, de purger le droit de préférence pour le seul local loué à usage commercial faisant l'objet d'un bail commercial, indépendamment des autres locaux mis en vente conjointement, qu'ils soient donnés à bail professionnel ou d'habitation, ou encore qu'ils soient libres de toute location.

Une telle solution n'apparaît pas justifiée et constituerait une atteinte disproportionnée au droit de propriété.

Certes, MM. Vuidès et Roussel soulignent, dans un article de doctrine, que cette solution engendre la tentation, pour contourner la loi, d'ajouter à la vente du local commercial loué, un autre local d'une valeur modique.

Néanmoins, cet argument n'est pas convaincant car une telle attitude serait nécessairement sanctionnée en raison de la fraude à la loi qu'elle serait susceptible de constituer.

En effet, les débats parlementaires laissent supposer que les ventes portant sur un ensemble plus vaste que les locaux loués bénéficieraient de l'exclusion du droit de préférence.

C'est également la position d'une partie de la doctrine. On notera toutefois sur ce point une doctrine contraire à celle de MM. Vuidès et Roussel précitée.

En l'absence de jurisprudence confirmant l'hypothèse de l'exclusion, il paraît prudent, compte tenu de la gravité de la sanction encourue par le texte, de purger le droit de préférence du locataire.

De toute évidence, ce droit ne portant que sur les locaux loués, il appartiendra, pour le purger, de procéder à une ventilation du prix entre les locaux, objet du bail, et les autres locaux cédés concomitamment.

Le droit de préférence du locataire sera donc, dans cette hypothèse, circonscrit au local commercial objet du bail.

En revanche, dans l'hypothèse de l'autre exception prévue par l'alinéa 6 de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce, à savoir la cession unique de locaux commerciaux distincts, l'exception s'imposera et le droit de préférence du locataire sera exclu.

V. Une notification préalable

La notification du droit de préférence au locataire commercial constitue un préalable, et à cet égard le texte de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce est clair : « Lorsque le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal envisage de vendre celui-ci, il en informe le locataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou remise en main propre contre récépissé ou émargement ».

Le droit de préférence doit être purgé avant toute chose par le propriétaire, avant même que le local ait trouvé un acquéreur.

Du reste, le texte n'impose nullement au propriétaire de notifier l'identité de l'acquéreur pressenti aux termes de l'acte comportant purge du droit de préférence.

Pour autant, rien n'empêcherait le propriétaire du bien de signer une promesse de vente sous condition suspensive de la purge du droit du locataire.

En effet, il semble que les démarches du propriétaire en vue de vendre son bien soient indépendantes de la mise en œuvre du droit de préférence du locataire, nonobstant un avis doctrinal contraire.

Dans cette hypothèse, si l'acquéreur pressenti a été présenté par un intermédiaire immobilier, le droit devra être purgé sans prendre en compte la commission de l'intermédiaire.

En effet, par une décision du 28 juin 2018, la Cour de cassation, statuant sur un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Douai en date du 12 janvier 2017, a considéré que le commerçant locataire exerçant son droit de préférence ne devait pas s'acquitter des honoraires de l'agent : « Mais attendu qu'ayant retenu à bon droit qu'en application de l'alinéa 1 de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce, disposition d'ordre public, le bailleur qui envisage de vendre son local commercial doit préalablement notifier au preneur une offre de vente qui ne peut inclure des honoraires de négociation, et ayant relevé que le preneur avait fait connaître au bailleur son acceptation d'acquiescer au seul prix de vente, la cour d'appel en a exactement déduit que la vente était parfaite. »

La cour d'appel de Douai, s'est prononcée dans une hypothèse où le propriétaire avait donné un mandat de vente à un agent immobilier, puis avait accepté une offre d'achat comprenant les honoraires de l'agent immobilier, et où le notaire chargé de la vente avait informé le locataire des conditions de la vente. Ce dernier avait usé de la faculté que lui offrait le texte d'exercer son droit de préférence, mais avait refusé de régler les honoraires de l'agent. L'agent avait alors assigné le locataire en paiement de ses honoraires. Il avait été débouté en première instance et en appel.

Il est dès lors nécessaire, quand bien même un agent se serait vu confier un mandat de vente, de purger au préalable le droit de préférence du locataire, sans indication des honoraires de l'agent.

De même, la cour d'appel de Paris a considéré, par un arrêt récent, que « le seul fait que l'offre de vente mentionne, en sus du prix principal, le coût des honoraires de l'agent immobilier, sans introduire de confusion dans l'esprit de l'acquéreur, alors qu'ils ne sont pas dus, n'est pas une cause de nullité de l'offre de vente ».

Aux termes du même arrêt, la cour confirme que « le bailleur pouvait entamer des démarches aux fins de commercialisation de son bien afin de déterminer sa valeur et de vérifier l'existence du marché ; que le seul fait que le prix proposé paraisse excessif au regard du prix de marché ne peut suffire à constituer un motif de nullité, sauf fraude caractérisée ».

Pour conclure. Le droit de préférence du locataire commercial institué par la loi *Pinel* a d'ores et déjà donné lieu à des doctrines, jurisprudences et réponses ministérielles dans des proportions peu communes. C'est dire que la rédaction de l'article L.145-46-1 du Code de commerce rend son interprétation complexe et plonge le praticien dans des abîmes de perplexité.

Nous ne pouvons que répéter, une fois encore, que même si la loi *Pinel*, par certains côtés, partait d'une bonne intention – tel est le cas du droit de préférence accordé au locataire –, elle aurait mérité un traitement plus réfléchi, nécessairement incompatible avec la procédure d'urgence ayant conduit à son adoption.

André JACQUIN