

**UNIVERSITE DE LIMOGES
ECOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE**

.....
**FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES
OBSERVATOIRE DES MUTATIONS INSTITUTIONNELLES ET JURIDIQUES**

Thèse N° ()

**Thèse
Pour obtenir le grade de
Docteur de l'Université de Limoges
Spécialité : Droit privé
Présentée et soutenue publiquement par
Ahmad Yousefi Sadeghloo**

Le 25 juin 2012

**LE BAIL COMMERCIAL
ETUDE COMPAREE
DU DROIT FRANÇAIS ET DU DROIT IRANIEN**

**Thèse dirigée par Monsieur Jean-Pierre MARGUENAUD, Professeur à
l'Université de Limoges**

JURY

Rapporteurs :

1- Leila LANKARANI, Maître de conférences à l'Université Bordeaux IV

**2- Anne MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST, Maître de conférence à
l'Université de Toulouse I**

Suffragant :

1- Eric GARAUD, Professeur à l'Université de Limoges

**2- Aurélien LEMASSON Professeur à l'Université du Littoral-Côte
d'Opale Boulogne sur mer**

L'université de Limoges n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À mon épouse pour l'aide, le soutien, et les encouragements, ainsi que pour sa patience et sa compréhension pendant toutes les années de Master2 et de Doctorat en France.

À mes deux très chers enfants Amir Hossein et Hasti.

À mes parents, pour leurs encouragements et pour la patience dont ils ont fait preuve pendant toutes mes études.

À mon frère Mehdi et mes sœurs.

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance à Monsieur le professeur Jean-Pierre MARGUENAUD qui m'a fait l'honneur de diriger mes travaux de recherche pendant ces quelques années de doctorat.

Enfin, je remercie ma famille, mes amis de l'EPRED, notamment monsieur le professeur Vahid Meghdadi et Hamid Meghdadi, et Mohammad-Mehdi Saghyian et Saber Nyavarani, docteurs en droit, et Ibrahima Dia et Diallo Thierno, doctorants en droit, qui m'ont accompagné et qui m'ont soutenu pendant ces années d'études.

LISTE DES PRINCIPALES ABRIVIATIONS

Adde : Ajouter

Al. : Alinéa

AJDI : Actualité juridique – Droit immobilier

AJPI : Actualité juridique – Propriété immobilière

Art. : Article

Ass. : Assemblée

Ass. plén. : Assemblée Plénière

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)

C. : Code

C. A. : Cour d'Appel

CE : Conseil d'Etat

Cass. : Cour de Cassation

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

C. Const. Et habit (CCH). : Code de la Construction et de l'Habitation

CEDH : Cour européenne des Droits de l'Homme

CLIP : Claire leroux inter performance

Ch. : Chambre

Comp. : Comparer

Concl. : Conclusion

D. : Recueil Dalloz

D. A. : Recueil Dalloz Analytique

Décr. : Décret

D. L. : Décret-Loi

Doct. : Doctrine

Ed. : Edition

Ex. : Exemple

Gaz. Pal. : Gazette du palais

Ibid. : Ibidem (au même endroit)

Inf. rap. : Informations Rapides

Infra : Ci-dessous

J.C.P. : Jurisclasseur périodique (Seine juridique), édition générale

J.C.P. éd. E : Jurisclasseur périodique (Seaine juridique), édition Entrprise

J.C.P. N : Jurisclasseur périodique (Seaine juridique), édition notariale

J.O. : Journal officiel

Juris-class. Civ. : Juris-classeur Civil

LGDJ. : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

N° : Numéro

Obs. : Observations

p. : Page

pan. : Panorama de Jurisprudence

préc. : Précité

P.U.F. : Presses Universitaires de France

RAE : Revue des affaires européennes

Rép. Civ. : Répertoire Dalloz de Droit Civil

Req. Arrêt de la Chambre des Requêtees de la Cour de Cassation

Rev. Dr. Imm. : Revue de Droit Immobilier

RJDA : Revue de jurisprudence de Droit des affaires

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

RTDE : Revue trimestrielle de droit européen

S. : Recueil Sirey

S. : Suivant

S.A.R.L. : Société à Responsabilité Limitée

Somm. Comm. : Sommaires Commentés

Sté. : Société

Supra : Ci-dessus

T. : Tome

TGI : Tribunal de grande instance

TH. Thèse

Trib. Gr. Inst. : Tribunal de Grande Instance

V. : Voyez

Vol. : Volume

Sommaire

Première partie - La stabilité dans les lieux donnés à bail commercial	43
Titre I - La durée des baux commerciaux.	44
Chapitre 1 – La durée du bail commercial : la convergence entre le droit français et le droit iranien.....	45
Chapitre 2 - La durée du bail commercial : divergence entre les droits français et iranien..	81
Titre II – Le renouvellement des contrats du baux commerciaux : Les divergences et les ressemblances entre les droits française et iranien.....	113
Chapitre 1 - Etude des règles statutaires trouvant leur fondement dans le droit civil en droits français et iranien.....	114
Chapitr 2 - La facilitation du maintien de l'activité du locataire en dépit de l'arrivée à terme du bail.....	149
Deuxième partie- L'adaptabilité aux changement des circonstance de la vie commerciale	172
Titre I - L'aménagement des lieux en fonction des exigences des ressources exterieures au contrat.....	173
Chapitre 1- Les exigences légales relatives à l'usage commercial des locaux commerciaux	173
Chapitre 2 - La destination contractuelle commerciale des locaux.	199
Titre II - Cession de contrat du bail commerciale dans les systems français / iraniene : au le changement des parties au contrat.	237
Chapitre 1 – La reconnaissance du principe de cession des baux commerciaux en droit français.	238
Chapitre 2 – Le principe du contrat de bail et la cession du contrat de bail commercial selon le droit iranien	272

INTRODUCTION GÉNÉRALE

I- L'OBJET DE L'ETUDE

1. Aujourd'hui, le rapport entre le propriétaire et le locataire, n'est pas simplement un rapport de droit privé. Le groupe des bailleurs et le groupe des locataires se sont souvent affrontés et la régularisation de leurs rapports est devenue tellement importante, que les pouvoirs publics, ont été dans l'obligation d'intervenir. Opération usuelle par excellence, le contrat de bail est aussi l'archétype de la convention synallagmatique ¹: un échange s'effectue entre un louage de chose et un prix, chaque prestation étant la contrepartie de l'autre. Ce mécanisme élémentaire se retrouve inévitablement dans la circulation des richesses et des biens sous toutes ses formes depuis la plus archaïque, comme le troc, jusqu'à ses modalités le plus sophistiquées².

2. Le juriste ne pouvait pas longtemps se contenter de vérifier l'existence nécessaire de ces composants dans ce type de relations économiques aussi ancien que le monde lui-même. Très vite, il s'est attaché à en présenter une analyse technique approfondie. Dans cet effort de réflexion, le droit romain a exercé, comme dans beaucoup d'autres domaines, une influence capitale. Sans prétendre résoudre l'ensemble des questions posées, il a jeté les bases d'une théorie dont les principes sont encore utiles pour l'interprète d'aujourd'hui.

3. Parmi les problèmes que rencontre ainsi le juriste, celui de la détermination de l'objet du bail a attiré tout particulièrement l'attention des législateurs. Le Code civil Français de 1804, par exemple, le retient comme l'une des conditions essentielles pour la validité des conventions. L'approfondissement de cette question a conduit l'ensemble des systèmes juridiques modernes à distinguer l'objet du contrat et l'objet des obligations pesant sur chacune des parties. L'objectif final étant de transférer le contrat d'une personne à une autre. Les modalités de cette opération peuvent être très diversifiées, mais, chaque fois, le prix (le loyer) correspond à un louage de choses. Il s'agit, là, d'un élément irréductible du contrat de louage.

¹Ph. MALAURIE et L. AYNES, cours de droit civil, T. VIII, les contrats spéciaux, civils et commerciaux, 9^{ème} éd., Cujas, 1995, n° 60, p. 53.

²L. GUILLOUARD, Traité de la vente et de l'échange, T.1, 2^{ème} éd., Paris, 1890, n° 1, p. 5.

4. Dès la fin du XIX^e siècle, la loi du 18 juillet 1889 sur le métayage témoigne de l'insuffisance des règles du Code civil. Mais ce n'est qu'avec l'ordonnance du 17 octobre 1945 portant statut du fermage que ces règles vont se trouver reléguées au rang d'accessoire³.

Depuis 1955, l'insertion des nouveaux textes dans la codification du droit rural (c. rur., art. L. 411-1 à 481-1; R. 411-1 et s.) achève de souligner, en la forme, leur autonomie.

Le statut des baux d'immeubles ou locaux à usage commercial a pris naissance avec la loi 30 juin 1926. Il a été repris sur des bases identiques, mais selon des aménagements sensiblement plus favorables aux locataires avec le décret du 30 septembre 1953.

Cette étude sera consacrée à l'examen du bail commercial en établissant une comparaison entre le droit français et le droit iranien. Trois interrogations capitales pour la compréhension de ce thème s'offrent naturellement à l'esprit.

5. Premièrement, la chose louée doit elle exister au moment de la conclusion du contrat. Le bon sens semble l'exiger. Comment imaginer un instant qu'un prix soit fixé et puisse être versé sans qu'il y ait de contrepartie réelle? L'analyse juridique de cette dernière opération conduirait à en faire une libéralité, fût-elle déguisée sous l'apparence d'un bail dans certains cas. Mais, l'évolution de nos sociétés développées sur le plan économique doit être conclue même si la chose, objet de ce contrat, n'apparaît qu'au stade de l'exécution proprement dite des prestations. Il y a donc un choix possible entre des approches assez différentes quant à la réalité des choses louées.

6. Deuxièmement, la chose doit-elle être suffisamment caractérisée pour donner naissance à un acte de bail régulier? Il est clair qu'étant l'expression des volontés contractantes, l'échange des prestations (chose et prix) envisagée ou réalisée ne sera légitime que s'il est suffisamment connu des parties.

7. Troisièmement, toutes les choses peuvent-elles faire l'objet d'un bail ? Tout se loue, dit-on, parfois, avec un certain regret⁴. Or, une coupure franche est nécessaire entre l'économique et le juridique. La sphère du droit est moins étendue que celle des transferts économiques envisageables. Dans toute société évoluée, des interdictions existent afin de permettre une certaine stabilité dans la jouissance de la chose. Ainsi ces interdictions ont pour fondement l'ordre public et les bonnes mœurs; elles ont parfois comme fondement leur dangerosité ; enfin, elles peuvent appartenir déjà à une tierce personne. Le commerce des

³ Jean Derruppé, *Locations et loyers*, 6^{ème} éd. Paris. Dalloz, 1992, p.2.

⁴Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. Cit.*, n° 168, P. 127.

biens est, inéluctablement, divisé entre le commerce licite et le commerce illicite, même si la frontière entre ces deux formes se déplace suivant le temps et le lieu.

8. À cette triple interrogation, le droit français et le droit iranien ont apporté des réponses souvent spécifiques surtout en ce qui concerne les modalités d'application.

Pour qu'un contrat de bail commercial soit valable, il faut que la chose comporte un certain nombre de caractères : elle doit exister, être déterminée et licite. Ces conditions sont requises tant en droit français qu'en droit iranien. Pourtant, les deux législations en donnent des interprétations qui leur sont propres. Le droit français, moins soucieux de maintenir les solutions traditionnelles en tant que telles, a connu des évolutions profondes et, parfois, rapides, pour aboutir à un système plus adapté aux mutations économiques et sociologiques. En revanche, le droit iranien, sensible au maintien des solutions classiques et persuadé de leur valeur permanente, s'efforce de résoudre des problèmes nés de l'évolution de la société à l'aide des instruments juridiques existants. Nous avons décidé de ne consacrer notre étude qu'au bail commercial, car il possède des éléments originaux.

II – L'APPROCHE DU DROIT FRANÇAIS

9. Le principe fondamental du droit Français est que le contrat se forme par la seule volonté des parties. Il n'est point besoin de recourir à un écrit pour constater la création de celui-ci. Pourtant, de très nombreuses relations juridiques ne se concrétisent que par l'élaboration écrite d'un document qualifié de contractuel⁵. Malgré le recours fréquent à l'écrit, la question de la rédaction du contrat n'a été que rarement abordée par la doctrine, la jurisprudence se contentant de l'analyser lors des contentieux pour souvent sanctionner cette activité. Cette quasi-absence d'attention des théoriciens et des magistrats signifie-t-elle que la rédaction des contrats ne soulève aucune difficulté ou ne présente aucun intérêt?

D'abord, ce contrat doit faire l'objet d'une bonne connaissance des règles qui le régissent auprès du public notamment des profanes. Les critères de la propriété commerciale, ses avantages et ses défauts sont relativement connus.

⁵Sur l'analyse des documents contractuels le lecteur se reportera notamment à F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, tome n°241.

Ensuite, la fréquence de ce contrat démontre que la pratique de la rédaction y est intense. De même, le contentieux dont cette matière fait l'objet confirme l'existence de difficultés qui surgissent lors de son exécution ou à cause de sa conclusion.

10. Enfin, car le domaine des baux commerciaux a donné lieu et donne encore lieu à la publication d'une multitude d'études, de traités, d'articles⁶ sans que personne se soit intéressé à l'élaboration de ce contrat et aux éléments pouvant améliorer la conception de celui-ci. De plus, la rédaction de ce contrat est réalisée par de nombreuses professions très différentes présentant une originalité supplémentaire justifiant l'étude particulière et limitée au bail commercial. Ces éléments font que « le bail commercial n'est pas un contrat comme les autres »⁷ : sa rédaction ne sera pas similaire à celle d'autres actes juridiques, elle mérite donc une attention spéciale.

Les choses susceptibles de faire l'objet d'une location sont multiples, celles intéressant notre étude présentent un caractère immobilier. Ce caractère immobilier permet d'exclure les contrats de location de biens mobiliers, mais surtout ceux portant sur les conventions d'occupation du domaine public qui ne peuvent faire l'objet d'un bail, mais seulement d'une autorisation d'occupation précaire.

Le bail suppose la maîtrise de la chose, celle-ci devant avoir lieu au profit du locataire ; ce qui le différencie du contrat de travail et du mandat notamment, pour lesquels la mise à disposition d'une chose a lieu dans l'intérêt de la mission qui a été confiée.

Il est également nécessaire que la mise à disposition de la chose soit l'objet essentiel du contrat conclu. Ce n'est pas le cas pour des contrats tel que le crédit-bail, la location-accession et la location-vente dont l'objectif au travers de la jouissance de la chose réside dans l'obtention du transfert de propriété de cette chose⁸.

11. La réponse à cette triple interrogation, en droit français, est le fruit d'une longue évolution historique. L'ancien droit a puisé dans deux sources distinctes. Il s'est, tout d'abord, inspiré très largement du droit romain en parachevant l'analyse que celui-ci avait entreprise tout au long de son histoire.

⁶Le lecteur désirent connaître ces ouvrages se reportera à la bibliographie de ce travail et aux notes citées au bas de ses pages. Pour autant, cette liste ne saurait être exhaustive, le nombre et la diversité des revues et des ouvrages relatifs aux baux commerciaux ne permettant pas d'en établir un inventaire précis.

⁷F. AUQUE, « le bail commercial n'est pas un contrat comme les autres », rev. Des proc. Coll., 1992, n° 2, p. 131.

⁸Cf. FRANÇOIS CHALVIGNAC, La rédaction d'un acte juridique : Le bail commercial, 1999, n° 8, p. 4

12. Il y apporte deux compléments essentiels concernant le louage de chose, objet du contrat de louage. L'un se rapporte au transfert de propriété. Bien que le bail ait été considéré, en droit romain, progressivement comme un contrat consensuel, le transfert de la chose au locataire est resté subordonné à l'accomplissement d'un fait extérieur à l'acte juridique proprement dit. Celui-ci sera réalisé suivant les époques par un acte rituel (*mancipatio*) soit par un procès fictif (*in jure cession*) soit, surtout, par la remise de la chose (*tradition*)⁹. De même, dans les baux mobiliers, le paiement du prix était, nécessairement, impliqué dans l'acte de bail lui-même. L'ancien droit s'orienta, peu à peu, vers le principe du transfert immédiat de la chose louée sous l'influence, notamment, des clauses notariales couramment insérées dans les actes au point de devenir de véritables clauses de style. Ainsi, se trouvait stipulé un transfert instantané de la chose au locataire dès la conclusion du contrat et sans recours à un fait étranger à cet acte¹⁰. Cet usage a eu pour effet d'habituer les contractants et les praticiens du droit (notaires, avocats et juges) à l'idée que le bail se suffisait à elle-même.

13. Le second complément qu'apporta l'ancien droit correspond bien aussi à un approfondissement de la réflexion juridique en la matière, en quelque sorte, inachevée. Le bail consistait dans la réunion de deux actes séparés : donner à bail et prendre à bail. Le progrès a résidé dans la découverte de l'interdépendance des obligations réciproques des parties au contrat. Par là était atteinte la véritable cohérence interne de l'acte de bail : devenu acte unique, il se caractérisait, dès lors, par un enchaînement logique des obligations respectives des parties en vue de transmettre la propriété du profit de l'une à l'autre.

14. L'origine de cette législation est intimement liée à la reconnaissance de la valeur économique du fonds de commerce par la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce. Dès 1911, une proposition de loi tendait à protéger le commerçant locataire contre la perte du fonds à cause d'une reprise des lieux par le propriétaire de l'immeuble. La crise du logement qui a sévi après la guerre de 1914 a favorisé la réforme sans en être la cause¹¹.

⁹Cf. P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., par F. SENN, libraire Rousseau, 1929, p. 568 et S. i J. ORTOLAN, *Explications historiques des Institutes de l'Empereur Justinien*. 11^{ème} éd., Paris, 1880, p. 275 et S.

¹⁰A.E. GIFFARD et R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français*, 3^{ème} éd., n° 255, cité par J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats, la vente*, L.G.D.J., 1990, n° 61, p. 54.

¹¹ Mounira El Ayachi, *La Thèse de doctorat en droit, Les fonds professionnels : contribution à la distinction des activités civiles et commerciales*, 2005, N° 640, p.233.

15. La législation spéciale, issue de la loi 30 juin 1926¹², avait pour but essentiel de procurer au locataire soit le renouvellement de son bail, soit une indemnité compensatrice du préjudice causé par le refus de renouvellement. La justification reposait sur les idées d'abus de droit et d'enrichissement sans cause; le propriétaire qui refuse le renouvellement sans motifs légitimes, abuse de son droit de propriété et s'enrichit injustement en accaparant tout ou partie de la clientèle que son locataire avait su attirer dans les lieux. L'importance de ce droit au renouvellement éclipsa quelque peu les autres dispositions qui soustrayaient déjà ces baux au droit commun des baux d'immeuble.

16. Après la guerre de 1939, les commerçants demandèrent à bénéficier d'une protection plus absolue par l'octroi d'un renouvellement obligatoire comme celui obtenu par les preneurs de biens ruraux.

Le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953¹³ ne leur a pas donné satisfaction sur ce point; le principe retenu demeure celui d'un renouvellement facultatif; mais les modalités d'application sont modifiées dans un sens qui est globalement plus favorable aux locataires. Le changement est surtout notable parmi les dispositions relatives à l'exécution du bail en cours : leur importance s'accroît sensiblement.

17. Les transformations économiques et sociales qu'a connues la société française depuis l'essor industriel du milieu du XIX^{ème} siècle et les modifications juridiques qui s'en sont suivies¹⁴, ont rendu caduc un tel constat. Il ressort de l'évolution du contrat de bail, et particulièrement, des caractères de la chose, deux tendances principales.

D'une part, la jurisprudence s'est livrée à une interprétation très extensive de la détermination de la chose. Elle a accepté non seulement la caractérisation objective de celle-ci (c'est-à-dire la découverte des éléments tels que son identité, sa quotité...) mais encore à une sorte de caractérisation subjective (c'est-à-dire découlant de l'accord des parties). Or, sur ces deux points, le droit positif a manifestement fait preuve d'une grande souplesse, acceptant très facilement, par exemple, la possibilité déjà prévue par le Code, du caractère simplement déterminable de la chose lors de la conclusion du contrat.

18. La seconde tendance caractéristique du droit français contemporain est sa capacité à reconnaître la validité d'opérations de plus en plus nombreuses et à les rattacher à la

¹² Jean Derruppé, Locations et loyers, 6^{ème} éd. Paris. Dalloz, 1992, p.82.

¹³ Jean Derruppé, Locations et loyers, 6^{ème} éd. Paris. Dalloz, 1992, p.82.

¹⁴ B. Geordes, la thèse de doctorat en droit, Paris I Pantéon, 1997, p. 64.

technique du bail commercial. De fait, le bail, qui est une opération relativement simple, quand il est réduit à l'essentiel, s'est vu adjoindre, par la pratique, des actes les plus variés, en multipliant les modalités dont le bail commercial est susceptible ; elle en a fait la source de contrats complexes..

19. Le louage de chose, en tant qu'objet de bail, n'a pas échappé à ce mouvement de diversification. Le droit positif a très largement pris en compte les trois questions que celle-ci soulève. La réalité de la chose dès la conclusion du contrat est devenue une condition de moins en moins rigoureuse de la validité de l'opération. Sous la pression de la pratique commerciale, le bail d'immeuble à construire, porte sur un droit futur. « L'interdiction des pactes sur succession future a été aussi, en grande partie, vidée de son contenu »¹⁵. De même, le passage de la détermination à la simple déterminabilité, s'est opéré de plus en plus facilement. Les critères de la déterminabilité, qui s'appuyaient, jusqu'à une date récente, sur des éléments objective n'existe plus. Le contrat de bail porte fréquemment, aujourd'hui, sur des biens impalpables, que le droit qualifie de valeurs incorporelles et qui sont les signes annonciateurs d'une société dite immatérielle.

20. Enfin, les découvertes actuelles conduisent le législateur français, face à un vide juridique, à « encadrer » certains procédés jugés dangereux ou contraires à l'éthique. Il a fallu trouver de nouvelles frontières entre le commerce licite et le commerce illicite. Le corps humain a bénéficié de nouvelles protections. A l'interdiction de louer certains produits, s'est ajoutée celle de céder un louage de chose appartenant à autrui. L'intérêt économique majeur du bail sous toutes ses formes dans une société moderne a conduit le législateur à s'adapter aux mutations profondes de l'économie. Il en a résulté des bouleversements très sensibles de la règle de droit. La marque de celle-ci est désormais sa grande malléabilité et, si l'on peut dire, sa soumission aux évolutions économiques et sociales du pays, au risque de devenir précaire.

21. Cette caractéristique fondamentale du droit français semble, en revanche, relativement étrangère au droit iranien qui est resté attaché à la stabilité et à la permanence de la règle de droit, malgré les transformations économiques et sociales en cours.

¹⁵ N. Katouzian, Le droit civil, des contrats, éd. Enteshar entr. Ed. 5^{ème}, 1994, p. 216.

III – L'APPROCHE DU DROIT IRANIEN

A. Présentation générale du système Iranien

22. Avant d'étudier le bail commercial et le fonds de commerce dans le droit iranien, il est nécessaire, de mentionner, d'abord, les évolutions législatives en Iran, depuis l'approbation préliminaire des lois jusqu'à aujourd'hui, puis le système législatif, et enfin les sources des sanctions des lois islamiques en Iran.

23. Le droit islamique, le droit français et le mouvement révolutionnaire ont beaucoup influencé le droit judiciaire privé positif en Iran. Ce sera l'objet de nos développements en deux subdivisions. La première vise la légalisation du droit judiciaire privé Iranien et la deuxième concerne la légitimation du droit judiciaire privé. Enfin, nous expliquerons, sommairement, les manquements et la future évolution en droit judiciaire iranien sur la mise en état et les principes directeurs du procès civil.

§1- La légalisation du droit judiciaire après la révolution constitutionnelle de 1906.

24. Le droit procédural était non écrit et donc discrétionnaire avant la Révolution de 1906. Il était urgent de changer la donne en la matière.

Le droit français a joué un rôle très important dans ce changement. On peut distinguer six mouvements qui ont eu une grande influence sur le processus de la légalisation du droit. L'appréciation chronologique de cette évolution constitue les matières essentielles de cette partie jusqu'à la Révolution islamique.

La procédure non écrite.

25. Le droit islamique (qui est un droit substantiel) est en vigueur devant les tribunaux religieux. La procédure était non écrite jusqu'à la Constitution de 1906. Le roi choisissait les juges après avoir entendu des conseillers religieux. Le juge religieux avait beaucoup de

pouvoir en raison du fait qu'il était le représentant du prophète Muhammad¹⁶. Il devait exercer la justice en se fondant sur l'équité islamique¹⁷ : « Certes, *Allah vous commande de rendre les dépôts à leurs ayants droit, et quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité. Quelle bonne exhortation qu'Allah vous fait ! Allah est, en vérité, celui qui entend et qui voit tout* »¹⁸. *Le juge religieux peut s'appuyer sur sa connaissance personnelle comme un élément probatoire*¹⁹.

La Révolution constitutionnelle de l'Iran de 1905 – 1911.

26. Les premières tentatives iraniennes de modernisation commencent sous Nasseradin Chah. Le système fiscal est réformé, le contrôle central sur l'administration est renforcé, le commerce et l'industrie sont développés. L'influence du clergé chiite et des puissances étrangères se réduit. La montée de la colère populaire et une demande de réformes mènent le pays à la révolution constitutionnelle de 1906. L'Iran devient le premier pays moyen-oriental à faire une révolution et à se doter d'une Constitution.

27. La Révolution constitutionnelle de l'Iran (aussi appelée Révolution constitutionnelle perse qui signifie « Enqelab-e masruta ») contre le règne despotique du

¹⁶Il y a plusieurs théories à propos de l'autorité de la chose jugée chez les jurisconsultes théologiens islamiques : la première accepte cette autorité car le jugement est comme l'ordonnance de Dieu sur le fait litigieux et la deuxième est complètement inverse ; la troisième l'accepte après l'accord des parties et la quatrième la refuse, si un autre juge religieux y trouve l'erreur et lui demande de la corriger et il accepte. Cf. N. KATOUZIAN, L'autorité de la chose jugée, *publié en persan*, Téhéran : édition MIZAN, 2004, 2^{ème} édition ; pour le rôle du droit islamique en droit positif Iranien, cf. N. KATOUZIAN, La place du droit islamique dans L'ordre juridique, in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, publié en persan, N° 36, 1997, p. 41-72.

¹⁷A. GH. GUORDJIE, La justice, in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, en persan, N° 27, 1991, p. 99-112, Spéc. p. 100

¹⁸Le Coran, Sourate IV, verset 58 Al-nisâ, Les femmes, la traduction de Muhammad HAMIDULLAH. Sur la notion de la justice en islam cf. A. GH. GOURDJIE, la justice, op. Cit. pp. 99-112 ; ainsi, sur la notion élémentaire de la justice islamique, confirmant cet avis qu'on ne peut pas trouver le droit procédural écrit en droit islamique et il était, parfaitement, dépendant de la morale religieuse, et donc discrétionnaire, cf. M. ARDABILIE, la justice en Islam : la procédure, Revue juridique du Ministère de la justice, en persan, N° 2, 1985. Voyez aussi : M. SANGUALADJIE, la procédure en droit islamique, en persan, Qazvin : Edition TÂHÂ, 2001, 3^{ème} édition par M. BANDARTCHIE.

¹⁹Cf. S. A. M. YASREBIE, la connaissance personnelle du juge comme un élément probatoire en droit islamique et droit positif, in : Les pensées juridiques, publié en persan, Revue de l'Université de Téhéran, la branche de QOM, N° 11, 2006, pp. 63-70. Il y a plusieurs théories sur la crédibilité de la connaissance du juge en droit contemporain Iranien, et spécialement dans les actions civiles. Le Doyen A. KARIMI propose que « la connaissance personnelle du juge dans la matière civile ne soit acceptable que le juge arrive à cette connaissance par la pièce et le document que les parties du procès lui ont été soumises, ou par les présomptions judiciaires et légales ». cf. Le DOYEN A. KARIMI, Spécification logique de la preuve légale, in : revue du droit, revue de la faculté du droit et des sciences politique, publié en persan, 37^{ème} année, N° 4, 2008, pp. 191-203, spéc. p. 196.

dernier Chah Qadjar, Mozafaradine Chah, qui commença en 1905 et dura jusqu'en 1911. Elle eut pour conséquence l'institution d'un parlement en Iran. Le 4 août 1906, Mozafaradine Chah Qadjar acceptait la Constitution par son Ordonnance de Machrotiat²⁰.

La loi d'organisation judiciaire de 1911.

28. Les premières tentatives d'édiction d'une loi relative au système judiciaire privé, en Iran, remontent au début du XXe Siècle. La loi relative aux principes d'organisation des tribunaux coutumiers et des tribunaux de Charia et des juges de paix de 26 juillet 1911 fut la première. Cette loi concerne deux types de juridictions : la juridiction de la Charia et la juridiction coutumière (par ex. le mariage, le divorce, les successions, le testament, etc., qui sont des règles spéciales de la Charia). Il revenait au Ministère de la Justice de choisir ces juges. Le jugement du tribunal de la Charia était définitif sauf accord des parties. Pour cela, la loi relative aux recours contre les décisions des tribunaux de la Charia de 1926 avait autorisé le recours contre ladite décision après accord des parties sur le nom du juge religieux (Mojtahid). La même année, il y eut deux autres lois sur les juges des tribunaux contentieux et les juges des tribunaux de paix ; la loi temporaire relative aux principes de la procédure civile et commerciale de 10 novembre 1911 et la loi des bureaux de la Charia et les juges de paix de 16 août de 1911.

29. Après la Première Guerre mondiale, Reza chah Pahlavi²¹ fonda la dynastie Pahlavi. M. Aliakbar Khan-e-Davar, qui était en Suisse pour étudier le droit, devient le Ministre de la justice. Il proposa au parlement la loi relative aux principes de la justice de 18 juillet 1928. M. Davar, dès son retour en Iran a fermé des tribunaux pendant la durée de la préparation du projet de réforme. Il est le père fondateur de la modernisation de la justice en Iran.

²⁰Pour plus informations, Voyez : Sorour SOROUDI, CONSTITUTIONAL REVOLUTION (Enqelab-e masruta) of 1323-29/1905-11, during which a parliment and constitutional monarchy were established in persia., Encyclopaedia Iranica online, 2009, disponible à www.iranica.com.

²¹Le 31 octobre 1925, en l'absence d'Ahmad Chah Qadjar, et alors que le pays avait besoin d'un ordre central et d'un gouvernement fort, le majlis (le parlement Iranien) approuve à une grande majorité la dissolution de la dynastie Qadjar. Le 12 décembre de la même année, le parlement se prononce pour un changement de dynastie. Reza Khan devient empereur d'Iran sous le nom de Reza Chah Pahlavi. Il est couronné le 25 avril 1926. Sous son règne, l'Iran accélère sa modernisation : création d'universités, de chemins de fer et industrialisation massive. Il bouleverse l'ordre social établi en accélérant les réformes et en essayant de faire passer l'Iran au XX^e siècle. Il crée la première université moderne du pays, l'Université de Téhéran (1934), instaure l'usage des noms de famille et du livret d'état civil, modernise la justice et l'armée et entreprend un effort considérable pour moderniser le système éducatif. Pour plus d'informations Voyez : http://fr.wikipedia.org/wiki/Reza_Pahlavi.

La loi relative aux principes de la procédure civile et commerciale de 1935.

30. On peut dire que la loi relative aux principes de la procédure civile et commerciale du 19 janvier 1935 est l'équivalent iranien du Code napoléonien de procédure civile de 1806. Le respect des libertés individuelles est posé en principe. En usant d'une procédure observant, complètement, l'adage *Nemo iudex sine actu*. La Cour de cassation iranienne, dans plusieurs arrêts, avait considéré que le juge est tenu par les demandes des parties²². En effet, la loi avait confié à ces dernières la charge de définir le rythme du procès. Le litige était la chose des parties. L'art 2 de la loi dispose que : « l'instance soit introduite par une ou plusieurs personnes intéressées ». (Le principe d'initiative). Le juge tranche le litige par référence à la loi (article 3). Celle-ci pose les principes du double degré de juridiction (article 5 et 6) et de l'indépendance du tribunal (article 7). Dans les autres lois, par exemple, la loi temporaire relative aux principes de la procédure civile et commerciale du 10 novembre 1911, l'article 57 prévoit que « le tribunal de paix ne peut pas chercher des preuves pour les parties et il est limité aux preuves qu'elles ont apportées au juge ».

31. L'article 36 de la loi d'accélération des procédures du 24 juin 1930, dispose, également, qu' « il incombe à chaque partie, le demandeur ou le défendeur, de prouver ses prétentions. Nul tribunal ne peut, d'office, trouver les preuves et le juge doit fonder sa décision à partir des preuves des parties ».

32. La procédure était publique écrite ou parfois orale en conformité avec les dispositions des articles 18 et 19 de la loi temporaire relative aux principes de la procédure civile et commerciale du 10 novembre 1911. De plus, l'article 94 de la loi de 1911 dispose que « le tribunal de paix décide après qu'il ait entendu les parties, reçu des preuves en se fondant sur le principe du contradictoire et après vérification de ses prix. La décision ne doit pas être contraire à la loi ». Enfin, il est important de noter que les articles 237 et 238 concernent le débat et la plaidoirie des parties.

²²Cass. 3^{ème} ch. 20/04/1937, l'arrêt n° 210 ; cass. 3^{ème} ch., 22/09/1942, l'arrêt n° 1894 ; cass. 6^{ème} ch., 10/12/1947, l'arrêt n° 1150. Ahmad, MATINE, la jurisprudence de la Cour de Cassation, en matière civile, en persan, Téhéran : Édition HACHÉMIE, 1960? pp. 329, 101 et 334.

La loi de la procédure civile de 1939.

33. Le professeur Ahmad Matine Daftarie, qui était professeur à la faculté de droit et des science politique de l'Université de Téhéran et Ministre de la justice durant la même année, a écrit la loi en se référant au droit Français du Code Napoléon sans tenir compte des réformes ultérieures et pour partie, du droit allemand (ex. les référés – Dastor e movaghate -: article 770-788 de la loi de 17 septembre 1939)*. On peut citer l'initiative privée (article 2)*, le principe du double degré de juridiction (article 7)*, l'ordre public et les bonnes mœurs (article 6)*, l'indépendance du tribunal (article 9)*, l'oralité des débats (article 135)*, la publicité des débats (article 136)*, l'exécution provisoire des décisions (articles 191-196)*, l'autorité de la chose jugée (article 197, alinéa 3)*, l'arbitrage (articles 632-680)*, la prescription (articles 731-769 : 30 ans pour la prescription immobilière et 10 ans pour la prescription mobilière)* etc. L'article 3 de cette loi dispose que « le juge est tenu de s'efforcer de trouver la décision relative à chaque litige dans les lois codifiées, et s'il ne la trouve pas, de rendre sa décision en s'appuyant sur l'esprit des lois positives, la coutume et la pratique ». « Il ne peut, sous prétexte du silence, d'insuffisance, de manque de concision ou de contradiction des lois codifiées, refuser d'examiner le litige et de rendre le jugement – déni de justice » (article 4).

34. Il convient de remarquer l'article 358, qualifié par M. le Professeur Matine Daftarie, dans son manuel de procédures civile et commerciale²³, de principe d'impartialité du juge. Le juge a l'interdiction de chercher la preuve pour les parties (en persan : Ghaédey man e tahsil e dalil) : « aucun tribunal ne doit chercher des preuves pour les parties et il doit, uniquement, observer les preuves telles qu'elles sont apportées ou déclarées. Si c'est nécessaire, le tribunal peut, d'office, faire éclaircir des faits par les preuves qui sont légalement admissibles ». Par conséquent, cet article donnait un rôle actif au juge dans l'administration de la preuve, mais dans les limites des preuves légalement admissibles conformément au principe d'impartialité du juge²⁴. On peut citer la loi relative à la procédure en matière gracieuse du 24 juin 1940. L'article 1 de cette loi, qui est encore en vigueur

²³A. MATINE DAFTARI, procédure civile et commerciale, publié en persan, Téhéran : Édition MAJID, 1999, Réédition., p. 349.

²⁴Cf. Ch. ÉBADIE, L'impartialité du juge dans l'instance civile et la manifestation de la vérité, in : revue juridique du ministère de la justice, en persan, N° 3, 1974.

aujourd'hui dispose que : « la matière gracieuse est la matière que les tribunaux doivent trancher en l'absence de conflit, de contestation ou de litige ». L'article 14 de cette loi a prévu le pouvoir du juge dans ce domaine : « en matière gracieuse le juge doit procéder, même d'office, à toutes les investigations et les actes afin de la prouver. Il peut accepter les preuves sollicitées par tous ».

La loi visant à améliorer certaines dispositions de la loi de 1977.

35. Quelques années avant la Révolution islamique de 1979, à l'époque de la monarchie Pahlavi, le pouvoir du juge civil a été accru, en raison de l'évolution mondiale. L'article 8 de la loi visant à améliorer certaines lois sur la justice du 15 juin 1977 a prévu que : « dans les matières civiles, le tribunal a le pouvoir de faire éclater la vérité. Si le tribunal sait que les demandes et les requêtes des parties ne sont pas pertinentes, il peut les rejeter par la motivation ». Il a donc été décidé de confier plus de pouvoirs au juge afin de lui permettre de donner un élan à la marche de la procédure, notamment à l'administration de la preuve.

Ainsi, il est certain que le droit judiciaire privé iranien était parfaitement règlementé entre la Révolution constitutionnelle iranienne et la Révolution islamique de 1979.

La légitimation du droit judiciaire privé après la Révolution Islamique de 1979

36. A la suite à la Révolution Islamique de 1979, il fut communément admis que la justice avait perdu sa légitimité auprès du peuple iranien. Dans ces conditions, il est apparu nécessaire de légitimer le droit judiciaire privé à la lumière du droit islamique, en général, et le droit Islamique Chiite²⁵, en particulier, droit considéré comme prédominant. Ainsi, on a tenté de rendre le système judiciaire conforme aux exigences du droit Islamique.

²⁵Le chiite est une branche de l'Islam qui est présent en Iran, Iraq, Liban et quelques autres pays. Les sources du droit Islamique chiite sont le Coran, la sunna ou la tradition du prophète Muhammed et ses douze successeurs appelé Imam, le consensus entre les juriconsultes religieux ou ijmâ e fuqahâ et la raison ou aqle sur l'Islam chiite cf. : H. CORBIN, Temple et contemplation – Essais sur l'Islam Iranien, Paris : Flammarion, 1981. Réédition Albin Michel, 2007 ; H. CORBIN, En Islam Iranien, (réédition de 1971-3 et 1973-5). Paris, Gallimard (coll. « tel »), 1991, 4 vols ; H. CORBIN, « Une liturgie Shi'ite du Graal », in : Mélanges d'histoire des religions offerts à Henri-Charles PUECH, Paris : P.U.F., 1974, pp. 81-99 ; V° Chiisme, in : Encyclopédie Universalis,

Ces efforts que nous allons présenter sous une forme chronologique souhaitent consacrer le meilleur changement. Cela constitue en réalité un réel bouleversement du droit en vigueur.

La révolution Islamique de 1979.

37. Après des mois de protestation populaire et de manifestations contre son régime, Mohammad Réza Pahlavi quitte l'Iran le 16 janvier 1979. Le 1^{er} février 1979, Rohollah Khomeini revient en Iran après un exil de 15 ans. A la suite à la proclamation de la neutralité des forces armées dans la Révolution, l'Ayatollah Khomeini déclare la fin de la monarchie le 11 février et met en place un gouvernement provisoire. Les théologiens sont les premiers à rétablir l'ordre dans le pays, avec l'aide des comités locaux. Les tribunaux révolutionnaires mis en place permettent l'élimination de figures de l'ancien régime et des opposants de tous bords. Finalement, à l'issue du référendum organisé le 1^{er} avril 1979, une République Islamique est instaurée, à la tête de laquelle Khomeini devient le Guide Suprême²⁶ .²⁷

38. Selon l'article 4 de la constitution islamique : « l'ensemble des lois et règlements civils, pénaux, financiers, économiques, administratifs, culturels, militaires, politiques et autres doit être fondé sur les préceptes islamiques. Ce principe prime sur le caractère général

l'article signé par CORBIN. Et sur le droit Islamique V° Islam, par B. DUPRET, in : L. CADIET (sous la dir.), dictionnaire de la justice, Paris : PUF, 2004, pp. 643-649 ; aussi cf. V° Islam, par D. SOURDEL, in : D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir), dictionnaire de la culture juridique, Paris : PUF, Quadrige, Lamy, 2007, pp. 851-855.

²⁶L'article 107 de la constitution 1979 : « Après l'estimable autorité religieuse du guide suprême de la révolution mondiale de l'Islam et la fondateur de la République Islamique d'Iran, son éminence le Grand Ayatollah Imam Khomeini (Que sa tombe soit sanctifiée), qui a été reconnu et accepté par une majorité absolue du peuple comme référence religieuse et guide, la désignation du Guide est à la charge des Expert élus par le peuple. Les Experts du Guide examinent et délibèrent à propos de tous les experts élus par le peuple. Les Experts du Guide examinent et délibèrent à propos de tous les jurisconsultes religieux (Les Faghîh) remplissant les conditions mentionnées dans les principes cinquième et cent neuvième ; lorsqu'ils jugent l'un d'entre eux plus averti sur les préceptes et les thèmes religieux (Fegh-h, droit d'Islam) ou sur les problèmes politiques et sociaux, ou ayant la faveur de tous ou possédant une distinction particulière quant à l'une des qualités mentionnées dans le principe cent neuvième, ils l'élisent en tant que Guide, autrement, ils élisent et présentent l'un d'entre eux comme Guide. Le Guide élu par les Experts assumera l'autorité religieuse et toutes les responsabilités qui en résultent. Le Guide est égal aux autres citoyens devant la loi ». En vrai, après la révision de la Constitution Islamique en 1989 le Guide a un pouvoir absolu (velâyat e motlaqhé) et tous les pouvoirs exécutif, législative et judiciaire sont séparés sous son contrôle (l'article 57), donc l'article 110 de la Constitution énumère non exclusivement ses pouvoirs.

²⁷Pour plus d'information voyez : <http://www.tebyan.net/society/2009/1/24/84125.html>.

et absolu de tous les principes de la loi constitutionnelle et des autres lois et règlements, l'appréciation de cette prescription incombe aux juristes religieux du Conseil des Gardiens ». Les articles 165 à 174 de la Constitution concernent le pouvoir judiciaire. Il est, en Iran, un pouvoir indépendant, protecteur des droits individuels et collectifs et responsable de la mise en œuvre de la justice (article 165). Le Guide Suprême désigne pour une durée de cinq ans un théologien juste, au courant des affaires judiciaires, gestionnaire et habile, en qualité de Chef du pouvoir judiciaire, qui est la plus haute autorité du pouvoir judiciaire (article 157). La Cour de cassation est constituée pour contrôler l'application correcte des lois par les tribunaux, pourvoir à l'unité de la jurisprudence et exercer les responsabilités qui lui sont attribuées conformément à la loi. Sur la base des règles fixées par le Chef du pouvoir judiciaire (article 161), les procès ont lieu publiquement et la présence du public est admise sauf si le tribunal estime qu'il y a atteinte à la pudeur ou à l'ordre public, ou lorsque, dans les contentieux privés, les parties au litige demandent à ce que le procès se déroule hors la présence du public (article 165). Les décisions des tribunaux doivent être fondées et s'appuyer sur les dispositions légales et les principes sur lesquels la décision a été rendue (article 166). Le juge est tenu de s'efforcer de trouver la décision relative à chaque litige dans les lois codifiées, et s'il ne la trouve pas, de prendre sa décision en s'appuyant sur les sources valides de l'Islam ou les avis valides des autorités religieuses (FATWA) ; il ne peut, sous prétexte du silence, d'insuffisance, de manque de concision ou de contradiction des lois codifiées, refuser d'examiner le litige et de rendre le jugement sous peine de déni de justice²⁸(article 167)²⁹.³⁰

La loi sur l'organisation des tribunaux généraux et les tribunaux de la Révolution de 1979.

39. En droit islamique, le prophète Muhammed, est le seul à détenir de Dieu le pouvoir de juger. Il peut, cependant, déléguer ce pouvoir. Il y a un juge unique qui a tous les

²⁸Ce qui est pénalisé par l'article 597 du Code pénal Islamique de 1991.

²⁹Pour l'accès à la Constitution de la République Islamique d'Iran en Français cf. : http://www.jurispolis.com/dt/mat/dr_ir_constit1979_preamb.htm.

³⁰Sur le rôle du droit Islamique en droit positif Iranien cf. N. KATOUZIAN, la place du droit islamique dans l'ordre juridique, in *Revue de la faculté du droit et des sciences politiques*, publié en persan, N° 36, 1997, pp. 41-72; en pp. 45 etc., Professeur KATOUZIAN affirme en se fondant sur l'article 167 de la Constitution Islamique de 1979 que le droit Islamique, est devenu une source officielle et supplémentaire du droit positif Iranien. Cela a permis d'unifier la religion et le droit dans toutes les étapes de la codification, de l'exécution à l'interprétation.

pouvoirs en matière civile et pénale³¹. Le Conseil de la Révolution a édicté une loi concernant les tribunaux généraux. En droit Islamique, c'est le juge qui peut conduire l'instance et administrer la preuve. Il doit établir la vérité par tous les moyens. L'article 28 de la loi sur les tribunaux généraux et les tribunaux de la Révolution du 27 septembre 1979, dispose relativement aux pouvoirs du juge civil que : « en toutes les matières civiles, le tribunal, en plus des demandes des parties, peut investiguer sur les litiges afin d'établir la vérité ».

40. La décision du juge est définitive et personne ne peut la contester. Seul un autre juge peut lui demander de réviser ou corriger les erreurs de la décision rendue. C'était la raison pour laquelle le droit de recours contre la décision du juge et le principe du double degré de juridiction ont été supprimés. Cette suppression a subsisté jusqu'au 28 juillet 1993³².

41. Ainsi, ont été supprimée jusqu'à ce jour les règles sur la prescription en procédure civile après l'avis religieux du Conseil des Gardiens en 1983 au motif qu'elle n'existe pas en droit Islamique³³. Mais, le tribunal général applique la loi de procédure civile de 1939 avec quelques modifications en matière d'appel, du pouvoir du juge et de la preuve (par exemple la valeur et le nombre des témoins et de serment). Si l'autorité relative de la chose jugée est toujours respectée (article 197 alinéas 3 de la loi de procédure civile de 1939), les voies

³¹ Suivant ce précepte

³² Avant la loi sur le recours contre la décision du juge du 28 juillet 1993, les tribunaux appliquaient la loi relative aux jugements susceptibles de recours et sa procédure du 6 octobre 1989. Cf. H. MÈHRANPOUR, les nouvelles approches en droit, publié en persan, Téhéran : Édition ÉTELAATE, 1995, pp. 193-194 ; N. KATOZIAN, Le problème du droit d'appel et les conflits entre les puissances sociales, publié en persan, in : La marche vers la justice, Téhéran : Édition MIZAN, 2000, Tome II, pp. 687-688 et in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, N° 38, 1997, pp. 5-18; A. A. HATAMIE et M. J. BÈHÈCHTIE, sur l'appel après plusieurs changements dans les lois concernant, in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, publié en persan, N° 34, 1995, pp. 39-82 ; M. R. AHANGUARAN, les fondements et les limites du Figh'h (du droit Islamique) sur droit de recours, in : Les pensées juridiques, publié en persan, Revue de l'Université de Téhéran, la branche de QOM, N° 5, 2003, pp. 171-186 ; A. MANSSOURABADIE, le droit d'appel en procès équitable, in : Les pensées juridiques, publié en persan, Revue de l'Université de Téhéran, la branche de QOM, N° 8, 2005, pp. 61-89 ; M. GHAMAMIE et A.H. RÈZAIENEJADE, le principe du double degré de juridiction en droit Iranien et Français, publié en persan, in : Revue du droit comparé, N°2, 2006, pp. 55-99.

³³ L'avis n° 7257-26/02/1983, le Conseil des Gardiens de la République Islamique d'Iran. Pourtant, la prescription en droit Iranien était seulement une cause d'extinction du droit d'agir en justice qui rend irrecevable la demande formée après expiration du délai d'action et constitue une fin de non-recevoir (l'article 731 de la loi de procédure civile de 1939), qui est différent de la prescription extinctive et libératoire de l'article 2219 du Code civil Français. Toutefois, cette idée a fait son temps ; la loi relative à la procédure devant les tribunaux généraux et les tribunaux de la Révolution en matière pénale de 1999 a accepté la prescription du droit d'agir en quelques matières pénales qui ne sont pas le droit pénal Islamique en sens particulière par exemple le Qissas, et le Diyat, la peine défini par le Coran ou la tradition Islamique (les articles 173-176 de ladite loi). Cf. A. A. HATAMIE et M. V. ZAKERIE, la prescription et les tentatives pour le renouvellement en droit de la République d'Iran, en persan, in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, N° 48, 2000, pp. 47-70b; A. NADJAFIETAVANA, la prescription dans la procédure, in : Revue du barreau de Téhéran, en persan, N° 11 et 12, 2003, pp. 7 etc.

extraordinaires de la remise en cause d'un jugement rendu causent des désordres et des disfonctionnements de la justice.

La loi relative à la procédure devant le tribunal général et le tribunal de la révolution en matière civil de 2000.

42. Le Parlement de la République islamique, pour remédier aux disfonctionnements de la justice et aux désordres, approuve la loi du 9 avril 2000 relative à la procédure devant le tribunal général et le tribunal de la révolution en matière civile. Mais, il s'agissait d'une nouvelle rédaction de la loi de 1939 avec l'acceptation du droit d'appel pour les parties à la suite de la loi sur le droit du recours en 1993. Le législateur iranien a changé le terme de l'article 7 de la loi de 1939 (l'article sur le principe du double degré de juridiction), pour tirer la confirmation du Conseil des Gardiens³⁴ : « Toutes les décisions des tribunaux généraux sont définitives, hors les cas où la loi en dispose autrement ». (Article 330 de la loi de 2000). Les articles 331 et 332 énumèrent les cas qui ouvrent l'appel contre les décisions de première instance. Néanmoins jusqu'au 20 octobre 2002, l'article 326 de la loi 2000 disposait : « les jugements rendus par les tribunaux généraux et les tribunaux de la révolution sont infirmes dans les cas suivants :

- a. Si le juge, lui-même, reconnaît son erreur ;
- b. Si un autre juge, qui est engagé dans l'affaire, trouve l'erreur et le déclare au juge qui les a rendus et que lui-même accepte l'erreur ;
- c. Si le tribunal ou le juge n'a pas la compétence légale pour juger aujourd'hui, ou si le juge n'avait pas la compétence dans le passé.

1. Le juge dans l'alinéa b de cet article est le premier président de la Cour de cassation, le procureur général de la République, le premier président d'une juridiction ou tous les juges qui sont engagés par l'affaire ... ».

³⁴L'article 91 de la Constitution 1979 : « En vue de veiller sur les commandements de l'Islam et de la loi constitutionnelle, au regard de la non contrariété des décisions de l'Assemblée Consultative Nationale avec ces derniers, est institué un conseil dénommé conseil des Gardiens, composé comme suit : 1 – Six jurisconsultes religieux (les Faghih), justes et conscients des exigences de chaque époque et des problèmes contemporains. La désignation de ces personnes incombe au Guide Suprême. 2- Six juristes, versés dans les différentes branches du droit, parmi les juristes musulmans qui sont présentés par le Chef du pouvoir judiciaire à l'Assemblée consultative Islamique. Ces derniers sont élus par les suffrages de l'Assemblée ».

43. En tout cas, l'affaire sera envoyée à la cour d'appel pour être réexaminée (article 327 et 328). Ces articles ont été abrogés par la loi de 20 octobre 2002 qui donne au chef du pouvoir judiciaire une prérogative extraordinaire de l'autorisation de réexaminer les jugements qui violent gravement la loi et la charia. À la demande des condamnés, pendant un mois à compter de la notification des décisions définitives et un mois dès que la décision devient définitive pour les décisions non définitives, quelques chambres de la Cour de cassation³⁵ vont examiner l'affaire. (Article 18 de la loi d'organisation des tribunaux généraux et des tribunaux de la révolution du 6 juillet 1994 modifié en 2002)³⁶. Cet article a été modifié, le 14 février 2008. Il existe, seulement, une prérogative pour le Chef du pouvoir judiciaire de permettre la révision des décisions gravement contraires à la charia. (Article 18 de la loi d'organisation des tribunaux généraux et des tribunaux de la révolution du 6 juillet 1994 modifié en 2008)³⁷.

44. Sur le pouvoir du juge, l'article 199 de la loi de procédure civile de 2000 ne fait que reprendre les termes de l'article 28 de la loi sur les tribunaux généraux de 1979 : « En toutes les matières civiles, le tribunal, en plus des demandes des parties, peut investiguer sur les litiges afin d'établir la vérité ». La doctrine contemporaine iranienne précise que cet article est le modèle du juge actif en Iran, mais il doit toujours observer les principes du droit, spécialement, les principes de la procédure civile.

45. Aujourd'hui en Iran, le problème de la lenteur et de la durée déraisonnable du procès n'est pas un gage de la qualité de la justice. La doctrine iranienne, propose au gouvernement, l'établissement d'une mise en état de l'affaire dans le cadre de la procédure

³⁵Cf. N. GHAHRÉMANI, la chambre de reconnaître l'erreur de la Cour de cassation ; les problèmes légaux et les manquements, in : Revue du barreau de Téhéran, en persan, N° 15 et 16, 2003, pp. 3 etc.

³⁶L'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1998 précise que « l'article 18 de la loi d'organisation des tribunaux généraux et des tribunaux de la révolution de 1995 est une garantie de la bonne justice et du jugement sans erreur ». L'arrêt n° 622-11/02/1997, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

³⁷Le parlement Iranien a interprété, récemment, l'article 18 de la loi de 2008 en confiant le droit d'annulation des décisions attaquées au Chef du pouvoir judiciaire. La loi interprétative de l'article 18 de la loi d'organisation des tribunaux généraux et des tribunaux de la révolution du 6 juillet 1994 modifié en 2008, de 31/11/2008. La doctrine critique toujours l'article 18 de ladite loi et l'interprétation relative du parlement. Par exemple Monsieur le Professeur M. KACHANIE, a écrit que la prérogative du Chef du pouvoir judiciaire est contraire avec 158, 159 et 161 de la Constitution de 1979, parce que le Chef, seulement, peut autoriser la révision de la décision définitive et il ne peut pas lui-même la casser, la Cour de Cassation ne peut pas la réexaminer en fond et enfin le Chef de pouvoir judiciaire ne compte pas une juridiction en droit iranien. Cf. M. KACHANIE, le berceau désemparé du droit de recours, disponible sur : <http://www.iranbar.org/far03p75.php#244>. On peut y ajouter qu'en fait, ce n'est pas une interprétation mais une nouvelle loi que le parlement, en principe, ne peut pas la forger au nom de l'interprétation.

civile³⁸. En 2007, le journal Mava, magazine interne du pouvoir judiciaire de la République Islamique³⁹, a déclaré que le Chef du pouvoir judiciaire a décidé de proposer au parlement, une sorte de remise en état (Vahed e barréssi) dans le prochain projet de la loi sur l'organisation judiciaire.

46. En fait, si le gouvernement iranien a adhéré en 1975 au pacte international relatif aux droits civils et politiques de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 16 décembre 1966, et si la jurisprudence a reconnu quelques principes généraux (par exemple le principe du droit de la défense⁴⁰ et la notification⁴¹), on ne trouve pas à ce jour les principes directeurs du procès dans les lois iraniennes⁴². Toutefois, le juge iranien⁴³, conformément à l'article 167 de la constitution de 1979, est tenu de s'efforcer de trouver la décision relative à chaque litige dans les lois codifiées, et s'il ne la trouve pas, de prendre sa décision en s'appuyant sur les sources valides de l'Islam ou les avis valides des autorités religieuses (Fatwa), mais l'article 3

³⁸ Kh. GUÏTE, la modernisation de la procédure civile ; rapport du 2^{ème} congrès internationale des juges La Hai (juin 1963), in : Revue juridique du Ministère de la justice, en persan, N° 1, 1965 ; Professeur AFCHARS, au début de la Révolution Islamique, a seulement parlé sur le droit Français. Cf. M. S. AFCHARS, le juge de la mise en état en Français, in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, en persan, N° 21, 1979, pp. 47-59 ; M. GHAMAMI et H. MOHSENI, les principes garantissant le procès et les caractères du procès civil, publié en persan, in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques de l'Université de Téhéran, N° 74, 2006, pp. 265-296 ; H. MOHSENI, les systèmes du procès civil, publié en persan, in : Revue de la faculté de droit et de sciences politiques, 37^{ème} année, la nouvelle édition, N 1. pp. 81-115.

³⁹ Mava, 14 février 2007, n° 514, 4^{ème} année, p. 1.

⁴⁰ Le tribunal supérieur disciplinaire des juges a déjà confirmé que « le droit de la défense est un principe commun à tous les procès et un élément essentiel de la justice », 12/08/1948, l'arrêt n° 4342. Cité par: Moussa CHAHIDIE, la jurisprudence des tribunaux disciplinaires, en persan, Téhéran : Édition ÉLMIE, 1961, n 222, p. 99.

⁴¹ Cass. 1^{er} ch., 18/07/1940, l'arrêt n° 1210 ; cass. 8^{ème} ch., 21/04/1947, l'arrêt n° 408 ; cass. 4^{ème} ch., 24/10/1948, l'arrêt n° 1154 ; cass. 4^{ème} ch., 13/07/1948. Cité par : A. MATIN, op. Cit. pp. 3-4.

⁴² L'article 20 de la loi relative au conseil de résolution des conflits de 2008, sous l'influence des critiques de la doctrine à propos de l'article 10 du règlement de la loi relative le troisième programme de développement économique et social et culturel de la République Islamique d'Iran de 2002, qui déjà disposait que « le conseil tranche les conflits sans formalités », maintenant affirme que « le juge du conseil de résolution des conflits applique les principes et les règles des lois sur la procédure civile et pénale. Les principes et les règles de procès sont les dispositions qui concernent la compétence, le droit de la défense, la contradiction et l'administration de la preuve ... ». L'article 21 de cette loi dispose que « le conseil tranche les conflits sans formalités. Les conditions de forme de l'acte d'introduction de l'instance, la voie de la notification, la détermination de la date d'audience et l'audience etc., sont des formalités ». Cette loi donne compétence au Conseil pour les actions patrimoniales jusqu'à 50 millions Rials (3 500 euros) dans les villes, et jusqu'à 20 millions Rials (1600 euros) dans les villages. Il a aussi compétence pour les petites infractions. Les décisions rendues par le Conseil sont susceptibles de recours chez les juges des tribunaux généraux du même arrondissement. Pour les critiques sur l'article 10 de la loi de 2002, cf. H. MOHSENI, la distinction entre les principes et les formalités du procès, in : Revue du barreau de Téhéran, en persan, N° 192 et 193, 2006, pp. 99-131.

⁴³ S'il est un juge qu'a étudié dans les facultés du droit. Donc, s'il est un jurisconsulte religieux (Modjtahed) qui travail comme un juge étatique, il peut refuser de statuer conformément la loi applicable dès qu'il considère que la loi est contraire à la Charia, sans qu'il y ait de déni de justice. En tous cas, il doit envoyer l'affaire à l'autre chambre pour juger (l'article 3 de la loi 2000, dernier alinéa).

de la loi relative à la procédure devant le tribunal général et le tribunal de la révolution en matière civile de 2000, y a ajouté une autre source du droit pour rendre la décision de l'affaire en s'efforçant d'appliquer les principes généraux du droit⁴⁴ en cas de silence ou d'ambiguïté des lois ; ces principes sont harmonisés dans le droit iranien vers un droit au procès équitable⁴⁵.

47. Dans la Constitution de la République islamique d'Iran, modifiée en 1990, une nouvelle institution s'ajoute aux institutions existantes. Elle se nomme le Conseil de discernement. Le principe 112 de la Constitution précise l'objectif de sa création et ses devoirs. Cette institution qui a vu le jour sous l'ordre du Guide suprême de la République islamique d'Iran, fonctionne sous son autorité. Les membres sont désignés par lui-même ; cette nouvelle institution est le bras consultatif du Guide. Elle est aussi une institution qui valide les lois et dans certains cas le sort final de la loi dépend de la décision de ce conseil.

48. L'article 58 de la Constitution pose les principes des activités du pouvoir législatif et le principe 59 prévoit le recours aux votes du peuple dans les activités urgentes et importantes (dans les domaines politique, culturel, économique et sociale) ce vote est soumis à l'accord de deux tiers des élus.

La haute institution, le Conseil des gardiens de la Constitution, vérifie la concordance des lois avec les principes de la Constitution et de la religion. Selon le principe 91 de la Constitution, les membres de ce Conseil sont élus par le Guide suprême pour la partie religieuse et pour ce qui concerne la partie juridique, les membres sont élus par le parlement.

⁴⁴ Cf. M. SADEGHI, le principe général du droit et sa place en droit positif, Téhéran : Édition MIZAN, 2005.

⁴⁵ Professeur Abdoullah CHAMSSE, professeur de la faculté du droit de l'Université de chahide Béhéchtie de Téhéran, est le premier qui propose « les principes directeurs de procédure civile » dans son manuel de procédure civile, Téhéran : Édition MIZAN, 2002, Tombe II. Il a divisé les principes selon le modèle du J. VINCENT et S. GUINCHARD. Voir : Procédure civile, Dalloz, 2003, 27^e édition. pp. 483 etc., et G. COUCHEZ, voir : Procédure civile, Sirey, 1990, 6^{ème} édition, pp. 157 etc. En 2006, Professeur M. GHAMAMI et H. MOHSENI, ont publié un livre sur « Les principes de procédure civile transnationale ALI/UNIDROIT », en persan ; cf. « les principes de procédure civile transnationale ALI/UNIDROIT, Téhéran, Édition MIZAN, 2006. Ce livre est une traduction persane des dits principes avec des commentaires sur le droit judiciaire privé en Iran et le droit comparé. Sur le principe dispositif voyez : H. MOHSENI et M. P. FARD, le principe dispositif, Revue du barreau de Téhéran, en persan, N° 190, 2005, pp. 57 etc. Pour voir une assimilation assez libérale du principe dispositif avec le principe d'autonomie de la volonté en droit de contrat cf. M. POUROSTADE, le principe dispositif, in : Revue du droit, Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, en persan, 38^{ème} année, 2008, pp. 97-125. Sur le principe du contradictoire cf. A. CHAMSSE, le principe du contradictoire, in : Revue de recherches juridiques, Revue de la faculté du droit de l'Université de Chahide Béhéchtie de Téhéran, en persan, N° 35-36, 2001, pp. 61 etc.

49. Selon le principe 4 de la Constitution, toutes les prescriptions civiles, pénales, financières, économiques, administratives, culturelles, militaires, politiques, etc., doivent être conforme aux principes islamiques. La détermination de ces faits sera le devoir du Conseil des gardiens. Selon le principe 71 de la Constitution, le parlement peut approuver des lois de façon illimitée dans le cadre des principes de la Constitution. Le principe 74 de la Constitution précise que le parlement ne pourra pas approuver des lois qui n'entrent pas dans le cadre de la religion du pays et de la Constitution, la constatation de ces faits est du ressort du Conseil des gardiens.

50. Le principe 91 de la Constitution précise aussi que pour préserver la loi islamique et la Constitution, il est nécessaire de vérifier la concordance des approbations du parlement avec celles-ci. Le conseil des gardiens, constitué de six savants religieux, qui maîtrisent parfaitement les lois islamiques, et de six juristes de tous les domaines du droit, aura en charge la vérification de la concordance des approbations du parlement. Selon le principe 94 de la Constitution, le Parlement doit présenter toutes les approbations au Conseil des gardiens. Le Conseil a un délai de dix jours et en cas de constatation de non concordance, il envoie son avis au parlement pour les rectifications nécessaires afin que l'approbation entre dans le cadre de la Constitution et la loi islamique.

51. De cette façon, la référence pour approuver une loi sera le Parlement, selon les besoins de la société et dans le cadre de la constitution et de la loi islamique, les élus approuvent des prescriptions et les membres du Conseil des gardiens en tant qu'experts des questions islamiques et juridiques, vérifient les approbations du Parlement.

52. Pour garantir la préservation de la loi islamique et éviter toute déviation du Parlement, la Constitution ne reconnaît pas un Parlement sans le Conseil des gardiens (principe 93) et pose comme obligation l'envoi de toute approbation au Conseil des gardiens (principe 94). Les membres du Conseil des gardiens sont obligés d'avoir une compréhension des principes islamiques et la constitution et avoir une approche des questions du jour afin d'éviter toute déviation dans les approbations du Parlement et valider ces approbations dans un délai de dix jours ou en cas de besoin dans un délai de vingt jours sinon sans aucune opinion de sa part la loi sera approuvée par le Parlement (principe 94).

53. De toute façon, il y aura des désaccords sur certaines questions entre le Parlement et le Conseil des gardiens. Le Gouvernement et le Parlement approuvent des projets de loi. Chaque institution a son domaine de compétence ; le Parlement prend en compte des

questions du jour et approuve la loi et le Conseil des gardiens a le droit de les vérifier d'après les principes islamiques. En pratique, les désaccords sont nombreux.

54. Ces différences dans deux cas étaient plus importantes et cela a donné l'occasion de créer le Conseil de discernement afin de limiter les protestations du Conseil des gardiens. Le Conseil de discernement est composé d'anciens ministres, les chefs des trois pouvoirs et les diplomates les plus hauts placés, et en cas de désaccord, les approbations du Conseil de discernement devront être exécutées. Donc dans le système de surveillance de la législation, le conseil de discernement est la plus haute référence en Iran qui a tout le pouvoir exécutif.

§2- La contradiction de la loi avec la loi supérieure en droit iranien.

55. La loi dans un sens général comprend toutes les approbations et de cette façon toutes les approbations approuvées par la législation seront exécutives. Ce concept général comprend deux parties. D'abord le règlement exécutif qui vient directement du pouvoir législatif et ensuite les règlements approuvés par le pouvoir exécutif que sont les décrets, les déclarations. Ils sont exécutoires comme une loi au sens propre.

Le statut constitutionnel du Conseil gardien

56. Hormis l'article 2 de la Constitution de 1906-1907⁴⁶, le Conseil gardien de la Constitution est une nouvelle institution en droit constitutionnel iranien. Les rédacteurs de la Constitution de 1979 voulaient établir une institution qui protège les normes constitutionnelles et islamiques⁴⁷. C'est pour cette raison que l'Assemblée consultative islamique n'est pas valide sans la formation du Conseil gardien⁴⁸. En effet, l'article 93 de la Constitution de 1979 « (...) est la conséquence de la mauvaise expérience de la Constitution de 1906-1907 »⁴⁹.

⁴⁶ Supra. n°33.

⁴⁷ Cf. MADANI (S.J.), *Droit constitutionnel et les institutions politiques*, 6^e éd., Téhéran, Paydar, 2001, p. 214.

⁴⁸ Article 93 de la Constitution de 1979 : « L'Assemblée consultative islamique n'a pas de pouvoir légal tant que le Conseil gardien n'est pas formé, sauf en ce qui concerne la vérification des pouvoirs de ses membres et l'élection des six juristes membres du Conseil gardien ».

⁴⁹ MEHRPOUR (H.), « *La Cour constitutionnelle : le Conseil gardien de la Constitution de la République islamique d'Iran* », Hagh, n°9, 1987, p. 122.

57. Après la victoire de la Révolution iranienne, le chapitre 7 du projet de la Constitution fut consacré au Conseil gardien de la Constitution en tant que juridiction indépendante⁵⁰. D'après ce projet, le Conseil est composé de cinq juristes choisis par l'Assemblée consultative nationale, cinq jurisconsultes religieux (*Modjtahéd*) choisis par les Sources d'imitations (*Marâjée taghlid*) et cinq juges choisis par le Conseil supérieur judiciaire (équivalent du Conseil supérieur de la magistrature)⁵¹. Il semble que les rédacteurs du projet voulaient présenter une composition équilibrée, contrebalançant la supériorité des juristes laïques. Malgré l'augmentation du nombre des membres par rapport au Conseil constitutionnel et le choix d'un nombre (15 personnalités) permettant au Conseil de trancher en cas de désaccord, une grande équivoque restait : quelles sont les Sources d'imitation et quelles sont les particularités des jurisconsultes religieux choisis par ces Sources ? D'ailleurs, dans la composition proposée par le projet, les membres jurisconsultes religieux étaient en minorité et cela montre que, chez les rédacteurs, le contrôle de l'islamité n'était pas prioritaire⁵². Il apparaît que ce modèle était plus démocratique que le modèle du Conseil constitutionnel, et plus efficace au regard des autorités de nomination⁵³.

58. Ainsi, les modes de saisine étaient considérables et la saisine du Conseil était appliquée « à la demande du Président de la République, du Président de la Cour de cassation, du procureur général et de chacune des Sources d'imitations (*Marâjée taghlid*) »⁵⁴. Il faut ajouter que « le Conseil applique un contrôle *a posteriori* »⁵⁵, mais la raison pour

⁵⁰ On va voir que dans la Constitution de 1979, les articles du Conseil gardien sont insérés dans le chapitre 6 qui est consacré au pouvoir législatif.

⁵¹ Art. 151 du projet de la Constitution

⁵² De plus, en matière de contrôle de l'islamité, ce n'étaient pas les jurisconsultes religieux qui, décidaient exclusivement, mais tous les membres. Voir : HOSSEINI BEHECHTI (S.M.), *Bases théoriques de la constitution*, Téhéran, La Fondation de la Publication des œuvres et des Pensées de Chahid Dr. Béhéchtî, 1998, p. 49.

⁵³ Il faut rappeler que dans le projet de la Constitution de 1958, « la composition du Conseil constitutionnel a été fixée à neuf membres. Leur mode de nomination a cependant varié. Dans une première version, le Président de la République en désignait quatre, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat chacun deux, ce qui illustre le caractère paritaire de la nomination. Le neuvième devait être choisi par les autres membres ». AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), *Le Conseil constitutionnel*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2005, p. 17. On voit que dans cette version, le contrôle du Conseil constitutionnel par le Président de la République était plus fort que dans la Constitution de 1958.

⁵⁴ N. KATOUZIÂN « *Le premier projet de la Constitution* », *op.cit.*, pp. 226-227.

⁵⁵ N. KATOUZIÂN, « *La critique du projet de la Constitution* », in *Vers de la justice*, T.1, *op.cit.*, p. 278. Art. 152 du projet de la Constitution : « *Le Conseil gardien, à la demande du Président de la République ou du chef de la Cour de cassation ou du procureur général ou d'une des Sources d'imitation, peut saisir les cas, à condition qu'il ne se soit pas passé plus d'un an après la date de la ratification de la loi* ».

laquelle les rédacteurs du projet de la Constitution préféraient un tel contrôle à un contrôle *a priori* comme dans la Constitution 1958 n'est pas claire⁵⁶.

Après son établissement, l'Assemblée constituante a totalement changé l'orientation du projet constitutionnel sous l'influence du principe de la tutelle de jurisconsulte religieux (*Velâyate Faqih*). En réalité, le changement des articles relatifs au Conseil gardien penche vers le renforcement du contrôle de l'islamité. L'Assemblée constituante a par conséquent modifié sa propre composition, les modes de saisine et l'ensemble de la logique d'existence de ce Conseil.

59. Le droit civil iranien est essentiellement fondé, dans la matière qui nous occupe, sur le droit Imamite⁵⁷. En effet, depuis l'islamisation de l'Iran jusqu'à l'établissement de lois écrites (environ treize siècles), les opérations juridiques ont été régies par les préceptes du

⁵⁶ Art. 61 de la Constitution de 1958. Ils considéraient probablement le Conseil plutôt comme une Cour. En plus, par ce contrôle, le Conseil constitutionnel garantit *a priori* la pleine constitutionnalité des normes en vigueur. « Il empêche que des normes portant éventuellement atteinte aux droits fondamentaux parviennent à produire des effets ». L. AGUIAR DE LUQUE, « *Le contrôle de constitutionnalité des normes dans le « modèle européen de justice constitutionnelle* », in *La Constitution et les valeurs*, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, Paris, Dalloz, 2005, p. 9. Selon une autre partie de doctrine, « il faut transporter le procès du contrôle de constitutionnalité des lois loin du moment de l'adoption de la loi, basculer d'un contrôle *a priori* vers un contrôle *a posteriori* ». D. ROUSSEAU, « *Pour une Cour constitutionnelle ?* », R.D.P., n° spécial, 2002, p. 374 et « *Faut-il supprimer le Conseil constitutionnel ?* », in *Le Conseil constitutionnel en questions*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 23 et D. DEBOUZY, *Vers une harmonisation de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Europe*, Thèse, dactyl., Université Pierre Mendès-France, 1992, pp. 104-107.

⁵⁷Le Fiqh islamique se divise en cinq Écoles : quatre écoles sunnites à savoir hanéfite, malékite, chaféite et hanbalite, et une école chiite ou dja'farite fondée par l'imam dja'far as sadiq (mort en 765) . le fiqh chiite rassemble toutes les réglementations religieuses dont doivent tenir compte les musulmans. Il comprend deux séries de dispositions : les unes dites *Ibadat* sont purement personnelles et ne concernent que les devoirs individuels d'un musulman face à Dieu, les autres dites *Mu'âmilat* visent les rapports sociaux, les droits et les devoirs des Musulmans dans la société. Cette dernière catégorie constitue le droit Musulman dja'farite que l'on appelle le droit Imamite. Cette législation, de caractère religieux, présente une certaine originalité par rapport au droit occidental au niveau de ses sources, de sa structure, de ses techniques de raisonnement. Cela ne signifie pas, pourtant, qu'il n'y ait aucune ressemblance entre le système imamite et les autres systèmes juridiques. Il existe, parfois, des coïncidences indéniables entre le droit musulman dans son ensemble et les droits d'origine romaine. V. R. DAVID, *les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 1964, n° 431. (cf. suite de la note page suivante).

Le droit imamite tire ses solutions des quatre sources suivantes :

- a) Le Coran
- b) La *Sunna*, c'est-à-dire la parole ou la pratique soit du prophète soit des douze Imanes, ses successeurs (selon les chiïtes) ou leur confirmation faite à propos d'un acte exercé.
- c) L' Idjmâ, c'est-à-dire le consensus des jurisconsultes sur un problème particulier.
- d) L' Adl, c'est-à-dire le raisonnement par voie de logique (V. A FADLI, *Mabâdi Ussûl Al fiqh*, Matbu' at-é-dini, Qom, 1995, p. 17 et S.).

droit musulman et de la morale, par la coutume et les usages commerciaux. Le développement social et économique du pays et, surtout, ses relations commerciales et ses échanges culturels, notamment à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, ont permis de faire évoluer favorablement l'Iran. Il en va de même des contacts avec les pays occidentaux et plus particulièrement, l'Angleterre, l'Allemagne, la France et la Belgique qui ont abouti à l'intellectualisation du peuple iranien. Les nationalistes, déterminés à mettre fin ou, du moins, à diminuer les pouvoirs absolus du roi et des grands seigneurs propriétaires d'immenses domaines, combattirent pour un gouvernement démocratique. Cette entreprise a abouti, en 1906, à l'unité constitutionnelle du pays et à établir la distinction entre le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

60. La première Assemblée nationale élue édicta les lois nécessaires au fonctionnement de nouveaux pouvoirs. Mais la rédaction d'un code, pour des motifs politiques, fut remise à plus tard⁵⁸ : le tome premier traitant des biens et des obligations (art. 1 à 955) fut voté et promulgué en 1928, le tome 2 concernant le statut des personnes et de la famille (art. 956 à 1256) et le tome 3 intéressant les modes de preuve (art. 1257 à 1335) ne le furent, quant à eux, qu'en 1935.

61. Deux catégories de juristes participèrent à la conception et à la rédaction du code précité : des spécialistes de droit imamite se sont joints à des civilistes, pour la plupart formés à l'école française. Le but recherché était, en mariant les deux sources, de parvenir à la promulgation d'un Code civil adapté à la vie sociale actuelle de l'Iran. Mais il est clair que, par ordre d'importance, la première source du droit civil demeure la tradition imamite.

IV. Le droit iranien applicable au bail commercial

62. Celle-ci n'a pas élaboré de véritable théorie générale des obligations⁵⁹, contrairement au droit romain ou au droit français. La méthode suivie a consisté, chaque fois que l'ensemble des jurisconsultes était unanime sur un point particulier, à retenir la règle acceptée par tous, alors que, dans le cas contraire, c'est la solution dominante ou la plus

⁵⁸A. GHAZNAVI – DJAHROMI, la théorie des nullités en droit privé iranien comparé, thèse Paris II, Dact., 1979, n° 46, p. 26.

⁵⁹Ch. CHEHATA. Etudes de droit musulman, P.U.F., 1971, p. 44.

répandue qui fut choisie. Cette méthode, empruntant un certain pragmatisme, a été surtout utilisée en matière de bail. En effet, parce que celle-ci est l'opération la plus usuelle dans les échanges économiques, les juristes imamites lui réservent, et ce, depuis longtemps, de longs développements. Il en résulte que la grande majorité des règles du droit civil actuel sont inspirées de cette tradition imamite au point que l'on peut avancer qu'il n'existe pas, dans l'Iran contemporain, un droit du bail d'inspiration laïque, c'est-à-dire indépendante du religieux. Cette emprise du droit religieux sur le droit civil se manifeste dans l'article 4 de la Constitution issue de la révolution iranienne de 1979 : « Toutes les lois et les dispositions civiles, pénales, financières, économiques, administratives, culturelles, militaires, politiques et toutes autres réglementation doivent être conformes aux critères islamiques. Cet article régit tous les articles de cette Constitution et toutes les autres lois. La vérification de cette concordance est confiée au (seul) « conseil constitutionnel ». Quant à l'article 167 de la même constitution, il déclare que "le juge doit tenter de trouver la solution de tous les litiges dans les lois écrites et, en l'absence de celles-ci, il doit trancher les problèmes en recourant soit aux sources islamiques connues, soit aux *fatwas* valables (sûres) ... ».

63. Trois remarques découlent de ces textes :

1 - Les dispositions du droit musulman (le droit imamite « dja'farit ») constituent une source directe du droit iranien et entrent ainsi dans le champ du droit positif.

2 - La déclaration générale de non concordance des lois votées aux préceptes islamiques est confiée au Conseil constitutionnel. Cependant, il arrive que les juges saisis d'un litige délaissent les règles civiles normalement applicables, au profit de celles de la tradition imamite, en invoquant une concordance artificielle entre les deux systèmes en présence.

3 - Il est exclu pour le juge d'envisager la solution d'un litige qui ne correspondrait pas aux préceptes de la *charia* et qui, par conséquent, s'éloignerait des exigences religieuses et morales édictées par celle-ci. Il faut conclure à une véritable subordination des dispositions civiles à la loi imamite.

64. Les conséquences sont importantes en ce qui concerne la résolution des litiges. Le juge ou l'interprète, en présence d'une règle de droit civil, doit vérifier que celle-ci ne porte

pas atteinte aux valeurs religieuses et, en cas de vide juridique, envisager une solution conforme à ces valeurs.

65. Cependant, il serait inexact de négliger la règle de droit civil proprement dite. Le Code civil, dont il a été fait mention plus haut, comprend un ensemble de dispositions ayant vocation à s'appliquer. Or, sur ce point, la seconde source dans laquelle le Code civil iranien a puisé, est le Code civil français. L'influence de ce dernier a été directe et profonde. D'une part, certaines dispositions consacrées à la publication, aux effets et à l'application des lois en général et à la majorité des règles des obligations reproduisent les solutions du Code civil français sans modification notable. D'autre part, de nombreux articles du Code civil Iranien ne sont que la transcription fidèle des articles du Code civil français. Il en est ainsi de ceux établissant la distinction des biens entre les meubles et les immeubles ⁶⁰, de ceux relatifs aux servitudes, à l'erreur sur la substance du louage des choses, de ceux relatifs aux modes de preuve ou concernant les principes fondamentaux du droit international privé (règles de conflit des lois)⁶¹.

66. Le droit iranien se distingue de beaucoup d'autres droits nationaux par l'absence quasi complète de publication des décisions de jurisprudence. À part les arrêts de l'Assemblée plénière, de la Cour de cassation, tout le droit pratique échappe à la connaissance des juristes et des interprètes. Non seulement cela tend à rendre le droit positif inaccessible à beaucoup, mais, encore, ne permet pas la recherche des réalités concrètes de la société, la maintenant ainsi dans une sorte d'isolement. Comme l'a analysé, avec pertinence, un auteur français⁶²: « Les arrêts sont, en effet, pour le juriste ce que les phénomènes naturels sont pour le savant. De même que ce dernier observe les choses du monde extérieur, les classe, et déduit de ces observations des lois, de même c'est par l'étude des décisions de la jurisprudence que le jurisconsulte peut saisir la vie du droit, le fonctionnement des institutions juridiques... ».

Ce double caractère du droit iranien est un facteur de complexité. Sans doute, dans d'autres systèmes juridiques, assiste-t-on à une sorte de superposition des normes juridiques :

⁶⁰Les art. 466, 467, 468, 469, 470, 471, 473, 474 du Code civ. iranien son la traduction des art. 1708, 1709, 1710, 1711, 1713, 1714, 1717 du Code civ. français.

⁶¹Cf. A. GHAZNAVI-DJAHROMI, op. Cit., n° 49, p. 28.

⁶²H. CAPITANT, La thèse de doctorat en droit, 4^{ème} èd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1951, p. 32.

le droit français connaît, par exemple, les dispositions de nature interne et de nature communautaire et internationale⁶³. Mais il s'agit, dans ce cas, d'opérer une répartition des domaines respectifs des uns et des autres, à l'aide de critères définis par avance. En revanche, le système iranien a organisé pour la solution des problèmes juridiques, la concurrence entre deux normes ayant vocation à s'appliquer. Cette situation s'apparente à une sorte de conflit entre deux lois internes dont le critère de résolution est d'accorder, comme il l'a été affirmé, la primauté à la loi imamite.

67. La matière du bail commercial est une bonne illustration de cette attitude du droit iranien. L'idée que la tradition imamite se fait de l'existence de la chose a été transposée dans le droit civil. D'après une opinion très répandue chez les jurisconsultes de cette tradition, le louage de chose ne peut pas être qu'un objet matériel. L'article 466 du Code civil a repris cette règle tout en l'intégrant dans la définition du bail : « le bail est un contrat en vertu duquel le locataire dispose de l'usufruit de la chose louée. Celui qui donne à bail s'appelle le bailleur et le preneur s'appelle le locataire. L'objet du bail consiste dans le louage des choses ». Il s'ensuit que la cession de choses incorporelles, dont on a relevé l'importance croissante dans les sociétés développées, ne peut être qualifiée de bail. Selon le législateur, la solution consistera à lui appliquer les règles relatives à la transaction considérée comme un contrat générique susceptible de multiples modalités et étant destinée à servir de catégorie juridique résiduelle.

Le bail 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 à lui payer » ou en d'autres termes « le bail est un contrat par lequel le locataire devient le propriétaire des intérêts du local ». Les piliers principaux que nous pouvons extraire de ces définitions sont: a) le bail naît au moyen d'un contrat. b) il y a deux ou plusieurs parties. c) on jouit de ce contrat. d) il se fait pour une durée limitée.

68. Cette définition, que l'on peut qualifier d' "objectif", du bail trouve son prolongement naturel dans la nécessité, pour la validité du contrat, de l'existence de la chose au moment de la formation du contrat. En effet, si on estime que le bail établit, avant tout, un rapport juridique entre deux « choses » avant d'être la rencontre de deux volontés autonomes,

⁶³Cf. J. GHESTIN et B. DESCHE. op. Cit., n° 3 et s., p. 2 et s.

il est inconcevable qu'à l'objet livré ne corresponde pas le versement d'un loyer. Il en découle la résiliation du contrat de bail des choses futures et des choses de genre.

69. Cette conséquence risquait d'engendrer de graves inconvénients. C'est pourquoi les juristes ont imaginé de recourir à une fiction "*dhimma*". Ces deux catégories de choses (futures et de genre) sont supposées avoir une existence matérielle et constituer une part dans le patrimoine du bailleur, équivalent au prix fixé et qui sera transféré au locataire⁶⁴. Cette explication peut, à la limite, être admise pour les choses de genre. Celles-ci ayant une existence insuffisamment déterminée, mais réelle : toutefois elle est complètement artificielle pour les louages des choses futures qui, par hypothèse, n'ont actuellement aucune réalité matérielle. Il faut y voir là l'impuissance des juristes à justifier (par cette théorie) la validité reconnue par le législateur, qui ne l'a pas justifié, de ces deux catégories de choses.

70. Le droit iranien a tiré de rigoureuses conclusions de sa conception générale du bail en imposant une stricte détermination du louage de chose au stade de la formation du contrat. Une précision sur les caractères intrinsèques du louage de chose livrée, le résultat est le refus d'admettre la possibilité d'une simple déterminabilité de celle-ci et de considérer l'opération comme nulle. Il en est ainsi pour les baux en bloc.

71. La doctrine iranienne s'est également penchée, sur la difficulté liée à l'impossibilité de livrer les choses louées. Il convient certainement de relier cette question à la conception générale que l'on se fait du bail dans le système iranien. Si le contrat est, avant tout, un échange entre des choses en quelque sorte palpables, l'opération est inachevée et entachée d'un défaut rédhibitoire dès lors que le bailleur est dans l'impossibilité physique de remettre le bien au locataire en contrepartie du loyer : l'équivalence entre les prestations est détruite non seulement dans son expression monétaire, mais encore dans sa structure logique.

72. Cependant, cette difficulté ne doit pas être exagérée. Dans la grande majorité des cas, l'absence de livraison est due à la perte de la chose louée. La solution consiste alors dans le remplacement de celle-ci par une autre chose de même qualité et de même quantité... Il

⁶⁴M. Shahidi. La propriété de l'objet du contrat (condition de validité) en droit musulman comparé au droit Français. Thèse Montpellier Dact., 1974, n° 13. p. 28.

restera seulement à aménager le régime de la substitution d'une chose louée par une autre selon que l'on est en présence d'un corps certain ou d'une chose de genre.

73. À côté de cette impossibilité de nature matérielle, peut s'ajouter une impossibilité de nature juridique. La chose louée faisant l'objet d'un contrat de bail doit être dans le commerce. En d'autres termes, il faut que les autorités publiques autorisent à déclarer licite la cession des biens. Or, sur ce point, comme il le sera observé plus bas, en Iran, le pouvoir politique exerce une emprise très forte, allant jusqu'à interdire la circulation des choses louées jugées non conformes aux préceptes religieux.

74. La spécificité du droit iranien se rencontre, enfin, dans l'interdiction qui est issue de la règle traditionnelle selon laquelle la chose louée doit appartenir au bailleur. En effet, il doit être le propriétaire des intérêts du local de la chose louée. La doctrine imamite compte cette exigence au nombre des conditions que doit réunir le bailleur⁶⁵ : ce dernier est dans l'impossibilité juridique de transmettre la chose louée au locataire. La doctrine purement civiliste préfère faire de cette appartenance au bailleur un caractère propre de la chose louée⁶⁶.

75. Mais, les deux doctrines se rejoignent pour faire de l'interdiction du bail sur la chose louée d'autrui une règle largement étendue, visant aussi bien les corps certains que les choses de genre, tout en frappant d'une sanction particulière au droit iranien, celle de l'inefficacité totale de l'opération.

Les méthodes de la recherche

76. Une analyse approfondie des jurisprudences iranienne et française constituera le cœur du champ d'études de la thèse. Le champ de la recherche sera essentiellement limité à l'étude des législations concernant la définition du bail commerciale et du fonds de commerce dans les deux pays. Les méthodes de recherche qui seront adoptées auront pour but d'améliorer l'efficacité constitutionnelle du droit iranien. Cette approche est exposée de la

⁶⁵Par exemple, M. AL ANSARI, AL Makâçib, T. B. éd. Beyrouth, par M. KALANTAR, 1990, p. 150.

⁶⁶N. KATOUZIAN. Traité des contrats, les contrats à titre onéreux – les contrats translatifs de propriété. 7^{ème} éd., Téhéran, 2006, n° 71, p. 104.

manière suivante : les difficultés de comparaison entre les différents systèmes, puis l'utilité de la méthode comparative dans notre recherche.

Les difficultés de la comparaison entre les systèmes différents

77. La comparaison est la « base de tout savoir », révélatrice à la fois de l'identité de l'autre et de soi-même⁶⁷. Selon certains juristes, « La comparaison des institutions ou des concepts juridiques doit, être appliquée dans l'hypothèse d'un partage des valeurs communes »⁶⁸. Il faut donc avoir une connaissance des concepts juridiques dans leurs propres contextes⁶⁹. Par cette démarche, notre recherche sur la comparaison de deux systèmes, l'un laïc et l'autre religieux, paraît impossible, car les valeurs communes sont rares.

78. Selon une autre hypothèse, « le droit comparé intervient alors comme un outil d'évaluation de l'opportunité de l'intégration, en permettant de vérifier que la diversité constatée est bien la source des problèmes que l'intégration est censée résoudre »⁷⁰. Cette hypothèse ne semble pas être utile pour notre recherche, car l'idée de l'intégration, comme la finalité d'une comparaison, ne nous paraît ni réalisable ni avantageuse. De même, dans cette thèse, ne sera pas poursuivie une intégration des éléments de systèmes comparés.

79. Cette recherche n'a d'autre objectif que d'apprécier le degré du succès des jurisprudences iranienne et française dans la construction des baux commerciaux qui en droit iranien ont été inspirés par le religieux. De la même manière, le religieux a conditionné l'histoire des Fonds de commerce et inspiré de nombreuses législatives iraniennes (*fetwa*).

⁶⁷En d'autres termes, « le droit comparé permet de mieux comprendre non pas seulement les autres droits, mais bien son propre droit, et même le droit en général ». E. PICARD, « l'état du droit comparé en France en 1999 », in *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Paris, Société de législation comparée, 2000, p. 152.

⁶⁸A. BARAK, « Constitutional Interpretation », in *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 100.

⁶⁹Cf. H. G. GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, seuil, 1976. En effet, « Law as culture » est nettement plus attentif à la manière particulière par laquelle les valeurs, la pratique et les concepts sont intégrés dans l'activité des institutions juridiques et dans l'interprétation des textes juridiques. Cette nouvelle approche utilise des concept-clés comme « tradition », « mentalités », « culture ». M. C. PONTTHOREAU, « Le recours à « l'argument de droit comparé » par le juge constitutionnel – Quelques problèmes théoriques », in *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 179.

⁷⁰M. DELMAS-MARTY, *Critique de l'intégration normative*, Paris, P. U. F., 2004, p. 228.

Dès lors, cette recherche s'écarte d'une étude comparative entre deux systèmes juridiques. Nous allons d'abord préciser la position des juridictions concernant tel ou tel sujet, et ensuite, vérifier que l'état jurisprudentiel réponde aux exigences du droit. La comparaison jurisprudentielle, à partir d'origines jurisprudentielles différentes, apparaît complexe, car l'attitude des juridictions relative aux exigences du droit en est très éloignée. Cette différence majeure obligera parfois à analyser séparément certains éléments de notre étude.

L'utilité de la méthode comparatiste

80. L'approche comparatiste est enrichissante pour l'étude du traitement jurisprudentiel des éléments du bail commercial, car elle multiplie les exemples jurisprudentiels et « elle comporte également certaines difficultés qui doivent être prises en compte afin de ne pas détourner l'étude de sa finalité »⁷¹. En effet, il existe le risque de limiter notre étude à la présentation du modèle d'un seul pays et d'oublier la finalité de cette méthode, qui consiste à confronter au moins deux modèles, à les envisager ensemble, pour en rechercher les différences ou les ressemblances⁷².

81. Une étude comparative en matière de « Bail commercial » en droit français et iranien nous permettra de vérifier la différence de ces deux droits. Si, dans les deux systèmes choisis, on rencontre divers principes juridiques, on peut vérifier la cause et la portée de ces principes que le législateur a choisis dans chaque cas. La comparaison des décisions législatives dans chacun des droits nous permettra de voir si, dans des cas semblables, la solution a été la même, ou si au contraire, la différence dans les deux systèmes juridiques peut expliquer le choix de doctrines différentes. Les droits français et iranien permettent cet examen.

⁷¹V. GIMENO-CABRERA, le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine – Dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel Français et du tribunal constitutionnel espagnol, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 15.

⁷²Ibid. voir également : D. SEILER, « La comparaison en science politique », Revue Européenne des sciences sociales, 1986, p. 110.

Nous le retrouverons plus loin dans le domaine de l'obligation de la responsabilité. Les principes sont quelquefois les mêmes et dans d'autres cas très différents. Cela résulte de la géographie différente et surtout de la mentalité de la population des deux pays.

En droit civil, le système iranien est basé essentiellement sur la liberté de la volonté des parties et notamment chez le propriétaire. En France, au contraire, dans certains cas, cette liberté est limitée au profit du preneur. Ainsi, les cas de clauses sont fréquents dans les baux en droit iranien et beaucoup moins en droit français. Nous avons donné un aperçu des diverses institutions et des dispositions juridiques du droit iranien pour montrer les divergences entre les deux droits.

82. Aujourd'hui, la loi du bail commercial d'Iran est fortement sous l'influence de la **fatwa** et des lois islamiques. Cependant, en cas de défaut de précisions dans la loi de 1997, le Code civil d'Iran fera foi. Le Code civil iranien étant lui-même influencé par le Code civil français, on peut donc affirmer que la loi iranienne est rédigée sous l'influence de la religion. La question qui se pose est la suivante : Est-ce qu'il est possible de trouver les ressemblances entre les droits de l'homme européens et son homologue islamique, en comparant les codes civils iranien et français ?

83. Étant donné que les lois iraniennes et françaises présentent chacune des avantages et des inconvénients, en comparant les deux lois on peut déterminer les parties où chacune de ces lois est plus équitable et plus complète par rapport à l'autre.

84. Ajoutons que « les systèmes juridiques sont formellement fermés et matériellement ouverts. Chaque ordre juridique peut intégrer des contenus valides dans des ordres différents : Si un système intègre telle ou telle donnée en provenance d'un autre, celle-ci sera valide dans le système qui l'intègre, en raison des normes de ce système qui ont permis cette opération »⁷³. En dépit de la différence majeure entre les deux systèmes constitutionnels (laïc et religieux), nous pouvons adopter une manière exhaustive pour analyser le contenu jurisprudentiel des normes françaises afin de détecter des points communs utiles à la réalisation jurisprudentielle du droit par son homologue Iranien puis exposer une synthèse.

85. Le parallèle esquissé entre les conceptions respectives du droit français et du droit iranien en ce qui concerne du bail commercial fait entrevoir les intérêts d'une étude

⁷³O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in Variation autour d'un droit commun – Travaux préparatoires, Paris, Société de législation comparée, 2001, pp. 123-124.

comparative. outre les avantages bien connus que chaque législation nationale peut retirer de la connaissance d'une ou de plusieurs autres législations. La comparaison nous aide dans trois sens différents. Premièrement, dans la modélisation de catégories jurisprudentielles, recopiée à partir de modèles français, tenant compte nécessairement d'adaptation aux circonstances des lois iraniennes, dans le but de créer de nouvelles catégories par la loi, comme les principes de valeur constitutionnelle et les objectifs de valeur islamique. Deuxièmement, dans le domaine des méthodes et des techniques afin d'améliorer l'étude de la politique jurisprudentielle du législateur iranien. Troisièmement et enfin, la comparaison nous permet d'obtenir une valorisation jurisprudentielle des deux législations, apparemment éloignées, et une reconnaissance de leurs points forts et de leurs points faibles.

86. L'objet essentiel de cette étude n'est pas de présenter une juxtaposition des jurisprudences française et iranienne. Il s'agit d'expliquer comment deux jurisprudences, enracinées dans deux cultures constitutionnelles complètement différentes peuvent se rapprocher sur des points communs de droit et échanger leurs expériences.

87. Du côté de la méthode comparative, l'approche historique de certaines notions-clés du droit iranien, telles que « la tutelle du jurisconsulte religieux », « le Conseil gardien » et « l'Assemblée de discernement » clarifiera leur définition en droit iranien. En outre, l'approche théorique, dans certains cas, sera poussée lorsque la définition, la portée de telle ou telle notion restera toujours controversée. De même, par cette approche, la possibilité d'insérer des notions juridiques modernes dans le droit islamique, pour en reformuler les notions traditionnelles et créer de nouvelles distinctions, est suffisamment fournie. Il faut également ajouter l'approche critique dans l'analyse des jurisprudences constitutionnelles pour s'interroger sur ce qu'elles devraient être au regard d'une situation idéale des exigences de droit. Nous tendrons plus particulièrement à illustrer les obscurités et les obstacles la loi que rencontre la réalisation de cette idée en Iran, et nous proposerons des façons de faire progresser cette réalisation.

88. Annonce plan. Le bail commercial est un contrat de longue durée en France afin d'assurer la stabilité nécessaire au développement d'une activité commerciale. En cela, il engage lourdement le patrimoine du bailleur pour l'avenir. Aussi, cet acte a-t-il été assimilé à un acte de disposition et par contre, en Iran n'existe pas cette disposition par ce que selon le législateur iranien, la volonté contractuelle prime ; une durée plus courte pouvant être

aménagée afin de préserver les intérêts du bailleur face au renforcement des droits du preneur lors de la conclusion d'un bail commercial. Cependant, une telle mesure comporte un risque : l'absence de capacité suffisante du bailleur pour conclure un tel acte. Dès lors, le bail commercial et le droit au renouvellement qu'il confère sont en danger. Il est donc essentiel d'envisager cette difficulté parce que cette assimilation du bail commercial à un acte de disposition comporte des implications graves sur le domaine d'application du statut des baux commerciaux. Pour autant, il convenait de l'aborder à titre préliminaire puisque l'assimilation du contrat à un acte de disposition n'était pas une application de la commercialité à la qualité de contractant mais uniquement une incidence de la commercialité du bail commercial et de plus la reconnaissance du principe de cession des baux commerciaux en droit français et de cession du contrat en Iran qui inspire de la charia des baux commerciaux.

89. Ainsi, et de manière surprenante, la commercialité attachée au domaine d'application du statut des baux commerciaux encadre celui-ci et lui octroie parallèlement une véritable élasticité. En d'autres termes, la stabilité dans les lieux donnés à bail commercial le domaine d'application du statut est cantonné par l'exigence de commercialité qui s'impose lors de la conclusion d'un bail commercial (Partie 1). Il apparaît en effet que la commercialité des locaux constitue le préalable indispensable à la conclusion d'un bail commercial. De même, la commercialité de l'activité est nécessaire à l'application à l'espèce de la protection statutaire. Malgré tout, l'adaptabilité aux changements des actes de la vie commerciale qui en résulte tend à disparaître au profit de la flexibilité du champ d'application du statut des baux commerciaux lors d'une extension légale ou conventionnelle à ce dernier. La flexibilité du domaine d'application du statut des baux commerciaux impose la négation de l'application du critère de commercialité à ces espèces afin de les soumettre au statut (Partie 2). Une telle solution est regrettable puisque la commercialité constitue elle-même le ferment d'un élargissement de la protection statutaire. En outre, elle assure l'efficacité de la protection statutaire. En ce sens, il paraît légitime de s'interroger sur l'avenir et les implications de ces différents élargissements du domaine d'application du statut des baux commerciaux au regard de la notion de commercialité.

- La stabilité dans les lieux donnés à bail commercial en première partie
- L'adaptabilité aux changements des actes de la vie commerciale en deuxième partie

Première partie - La stabilité dans les lieux donnés à bail commercial.

90. Afin d'assurer la stabilité nécessaire à l'exploitation commerciale, le Code de commerce précise que la durée minimale d'un bail commercial est de neuf ans, les parties pouvant toutefois convenir d'une durée plus longue. A l'expiration de cette période, le locataire jouit d'un droit au renouvellement de son bail, ou à défaut, dans l'hypothèse d'un refus de renouvellement justifié, d'un droit à une indemnité d'éviction. L'expression « propriété commerciale », souvent employée en pratique pour désigner le droit au renouvellement, signifie donc seulement que le locataire peut demander le renouvellement et qu'en cas de refus du bailleur, il a droit à une indemnité d'éviction. En aucun cas, il ne peut prétendre à un droit au maintien dans les lieux. Il s'agit d'une règle du droit français. Selon le droit iranien, en revanche, qui fait prévaloir la stabilité de l'exploitation commerciale, et la volonté des parties, il n'existe aucune limitation ni aucune durée minimale d'un bail commercial. Le bail commercial est un contrat de longue durée en France pour permettre d'assurer la stabilité nécessaire au développement d'une activité commerciale. En cela, il engage lourdement le patrimoine du bailleur pour l'avenir. Aussi, cet acte a-t-il été assimilé à un acte de disposition, par contre, en Iran il n'existe pas cette disposition parce que selon le législateur iranien, la volonté contractuelle prime ; une durée plus courte pouvant être aménagée afin de préserver les intérêts du bailleur face au renforcement des droits du preneur lors de la conclusion d'un bail commercial. Cependant, une telle mesure comporte un risque : l'absence de capacité suffisante du bailleur pour conclure un tel acte. Dès lors, le bail commercial et le droit au renouvellement qu'il confère sont en danger. Il est donc essentiel d'envisager cette difficulté parce que cette assimilation du bail commercial à un acte de disposition comporte des implications graves sur le domaine d'application du statut des baux commerciaux. Pour faire apparaître nettement la convergence et divergence existant entre les solutions du système français et celles du système iranien, il est nécessaire d'envisager, successivement, la durée des baux commerciaux (Titre I) et le renouvellement des contrats des baux commerciaux (Titre II) du bail commercial.

Titre I - La durée des baux commerciaux.

91. Nécessité de stabiliser l'activité dans le local pris à bail.

Les possibilités de crédit⁷⁴ et de financement que le législateur a créé en faveur de l'activité du preneur par l'institution du nantissement devaient l'amener à se préoccuper de la stabilité de la localisation de l'activité du preneur. Le droit commun du louage régie par le Code civil⁷⁵, applicable à l'époque aux locations d'activités commerciales, ne protégeait pas le fonds à la fin du bail et encore moins, n'imposait pas une durée minimum suffisante du bail pour installer l'activité du preneur sur le marché. Le renouvellement du bail étant libre, son refus au demeurant possible, entraînait la ruine du travail du preneur.

92. Il est en effet constant que de "la situation d'un fonds peut dépendre une grande partie de sa valeur. Son déplacement, surtout s'il a lieu loin de son ancien local, peut entraîner la dépréciation ou même la ruine, et diminuer ou faire disparaître les sûretés résultant du contrat"⁷⁶. L'urgence était de trouver le moyen devant permettre de pourvoir les fonds exploités dans des locaux pris à bail des ressources de stabilité leur permettant de s'insérer, de se développer et de se projeter sur le marché. Le statut des baux commerciaux a été le véhicule de ces ressources de stabilité. En ce domaine, le droit français et le droit iranien ont proposé deux résultats différents. Malgré leur différence, ces deux solutions poursuivent, cependant, le même objectif ; car, tous les inconvénients que l'on a expliqués sont dus soit à l'influence du religieux en droit iranien soit à l'influence du socialisme en droit français. On étudiera d'abord la convergence la durée du bail commercial du droit français et du droit iranien (Chapitre 1) et ensuite étudier la durée du bail commercial pour relever une divergence entre les droits français et iranien (Chapitre 2).

⁷⁴Il faut rappeler qu'outre le bail, l'ensemble des éléments du fonds de commerce peuvent être vendus ou mis en gage ; le fonds constitue une partie de l'actif, c'est-à-dire du crédit du commerçant. « la loi de 1909 fut accueillie avec satisfaction visible dans les milieux commerciaux et immédiatement le prix des fonds de commerce monta », A. Trasbot, loi réglant les rapports entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel, D. 1926, p. 258.

⁷⁵C. civ., art. 1709 et s.

⁷⁶Commentaire de la « Loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce », D. 1909, p. 52 ; Voir également J. Derruppe pour qui le bail revêt une importance considérable dans les relations économiques, « les intérêts financiers qu'il met en jeu deviennent parfois considérable, la valeur d'un bail peut dépasser celle de l'immeuble auquel il s'applique », J. Derruppé, Baux commerciaux, Coll. Connaissance du droit, Dalloz 1996, 2^e éd., p. 1.

Chapitre 1 – La durée du bail : convergence entre droit français et droit iranien.

93. L'existence d'une durée minimum pour les activités commerciales du locataire, lui garantit une stabilité et une sécurité d'emploi. En même temps, le propriétaire peut s'assurer de recevoir le loyer à temps et ne cherche pas à expulser le locataire sans motif valable, car il est conscient qu'une telle action peut lui coûter des indemnités.

94. Cette préoccupation des commerçants avait reçu un accueil favorable de la part du législateur française. L'exposé général du rapport relatif à la proposition⁷⁷ déposée sur le bureau de l'assemblée nationale relevait que « les points essentiels ayant donné lieu à des observations portent plus particulièrement : sur l'insuffisance de la durée de certains baux commerciaux. Il est aujourd'hui reconnu que pour pouvoir assurer l'amortissement de ses investissements il est indispensable que le commerçant locataire soit assuré d'une durée suffisante ». Par contre, en Iran n'existe pas cette disposition par ce que selon le législateur iranien, la volonté contractuelle prime ; une durée plus courte pouvant être aménagée afin de préserver les intérêts du bailleur face au renforcement des droits du preneur lors de la conclusion d'un bail commercial. Pour faire apparaître nettement la convergence existant entre les solutions du système français et celles du système iranien, il est nécessaire d'envisager, successivement, l'affermissement disposition du locataire sur le marché (Section 1) et les correctifs dans les équilibres concurrentiels entre entreprise (Section 2) de durée du bail commercial.

⁷⁷Numéro 1020 relatif à la proposition de loi n° 927, Assemblée nationale, deuxième session ordinaire de 1963 – 1964.

Section1 – L’affermissement de la position du locataire sur le marché.

95. De l'avis des connaisseurs, le facteur temps est une donnée essentielle du processus de développement sur un marché⁷⁸. Faute de stabilité, un locataire ne peut résolument mobiliser les ressources pour asseoir sa notoriété et se projeter dans l'avenir. Les investissements⁷⁹ lourds, que sont notamment ceux destinés à modifier, à adapter, à moderniser ou à anticiper les mutations du marché, ne peuvent être financés que si l'acteur de marché, le preneur à bail, peut justifier de la stabilité suffisante pour les amortir.

96. L'existence de l'obligation contractuelle en droit civil iranien.

L'exécution forcée ne peut être poursuivie que dans la mesure où l'obligation continue d'exister. Tout mode d'extinction de l'obligation constitue un obstacle à l'exécution forcée, comme l'obligation du locataire au paiement du prix de location à l'échéance déterminée⁸⁰.

Il convient de bien faire la différence entre l'existence d'un contrat qui doit être établi conformément à l'article 219 du Code civil Iranien, et la modalité d'exécution de celui-ci, susceptible d'être prouvée par tous moyens dès lors que l'exécution même de la convention n'est pas été discutée par l'une des parties.

97. Certains systèmes juridiques, comme celui de la France, prévoient que toutes les actions sont prescrites après trente ans (l'article 2262 du Code civil) (*depuis la loi de 2008, il n'y a plus la prescription trentenaire : ce n'est plus cet article qui est en vigueur*). Donc, l'action qui est l'objet d'une exécution des condamnations prononcées par un jugement se prescrit aussi par trente ans, même si l'obligation originelle était soumise à une prescription

⁷⁸L'investissement et L'entreprise (Étude présentée à l'occasion du 27^e congrès national), Ordre des experts comptables et des comptables agréés, 1972, p. 4.

⁷⁹L'acte d'investir, est un acte grave, qu'il émane des locataires, de l'État ou des ménages. Il réalise une option résolue sur le futur, option qui comporte cependant sacrifice et risque. Le sacrifice consiste dans l'échange d'un capital présent par l'espérance d'un capital futur plus élevé. Le risque réside dans la remise en cause possible de la situation de l'investisseur car le profit attendu est incertain. C'est aussi un acte qui entraîne des modifications profondes de structures. Cet acte détermine pourtant l'évolution, l'amélioration ou la modernisation du potentiel de production. Une décision d'investir engage fortement l'avenir par les moyens souvent importants qui sont mis en jeu et par leur caractère généralement irréversible. Sa rationalité suppose qu'elle soit incluse dans un plan à moyen ou long terme.

⁸⁰Le locataire à bail est dans l'obligation de payer le prix du bail dans le délai qui lui est accordé par le contrat et qui est l'objet d'accord. La clause 3 de l'article 490 du Code civil iranien traite de l'échéance du paiement et a limité l'obligation du locataire au paiement du prix de location à l'échéance déterminée.

plus courte⁸¹. Le Conseil de Surveillance de la Constitution, « *Choraa-é negahbân* », a déclaré que la **prescription** est contraire à la loi islamique car, selon le principe du droit islamique, le droit des hommes, comme le propriétaire, ne s'éteint pas avec le temps. En principe nous partageons cette idée du Conseil de Surveillance de la Constitution « *Choraa-é negahbân* » mais, selon nous, on doit limiter l'application de cette règle islamique en droit civil, car le temps ne peut pas changer la vérité du propriétaire. En revanche, l'application vaste et sans exception de cette règle nous semble être injuste, surtout en matière de droit pénal lorsque, après un certain temps, la condamnation et la punition d'un délinquant n'ont aucun intérêt ni pour la société ni pour l'aspect éducatif de la peine.

98. En droit iranien, si un droit est certain dans son existence, il peut être sujet à exécution forcée. Mais, lorsque l'obligation est éteinte, le créancier ne peut exiger une exécution forcée. Au sujet d'un contrat de bail d'un magasin conclu pour une durée de cinq ans, le propriétaire n'ayant pas, après sept ans, signé le bail chez un notaire, le locataire a alors demandé au juge l'exécution forcée de l'obligation de signer le bail dont le propriétaire est débiteur.

Au sujet de ce contrat de location, le juge a déclaré que: « *L'obligation du contrat n'était pas pour cinq ans indéterminés, au contraire, il était pour cinq ans bien fixés, et le délai est expiré, donc l'obligation n'existe plus, et on ne peut pas obliger à une obligation qui n'existe plus (le créancier peut demander les dommages-intérêts)* » (Cour de Première Instance, Téhéran le 18.7.1340 H. SH., correspondant au 10 octobre 1961)⁸².

99. La durée de neuf ans pour renforcer la protection de l'activité des locataires.

La représentation nationale française avait saisi l'importance du questionnement du temps dans le renforcement de la capacité à la rivalité des entreprises locataires⁸³. L'exposé

⁸¹G.J.D., Exécution de jugement, n° 33. Adages, n° 329. AUDIT B., RECUEIL DALLOZ, 1981, I.R. 442, obs. Reims, aud. Sol., 27 mai 1980.

⁸²LANGAROU DI, Encyclopédie juridique, T. III, p. 705 et 706. LANGAROU DI, Encyclopédie de droit civil et droit commercial, T. I, p. 78.

⁸³L'exposé des motifs est introduite par les lignes suivantes : « L'attention des Pouvoirs publics et des parlementaires est, depuis plusieurs années, attirée sur un certain nombre de questions importantes concernant,

des motifs de la proposition de loi numéro 927⁸⁴ en témoigne : « notre proposition tend essentiellement : à assurer au locataire, en fixant à neuf ans au minimum la durée du bail commercial, une stabilité suffisante pour lui permettre d'amortir sur une période de temps normale les investissements qu'il doit nécessairement entreprendre pour être compétitif tant sur le plan du commerce intérieur que sur celui, en rapide évolution, du marché commun ... ». La situation doit être envisagée sous le double aspect de la durée du bail commercial. Il faut introduire ici une distinction entre « Une durée minimale de neuf ans » (Sous section 1) et « Instrument de préservation de l'activité de l'entreprise en situation provisoire sur le marché, avec une durée dérogatoire de deux ans » (Sous section 2).

Sous section 1- Une durée minimale de neuf ans, instrument de la dynamique de l'activité des locataires.

100. Un instrument de la dynamique.

La durée légale du bail commercial de neuf ans constitue pour un contractuel ne disposant pas de la propriété du local d'exploitation, un instrument de la dynamique de l'offre sur le marché. Il l'est par la facilitation, d'une part, du financement de leur investissement (§1), et d'autre part, de la construction d'une clientèle (§2).

§1- Un support essentiel au financement de l'investissement dans l'activité.

101. Un locataire a besoin de financement pour développer son activité. Le financement peut être propre, mais en ce cas, il reste très limité. En général, pour les locataires naissants ou pour ceux dont la trésorerie est limitée⁸⁵, il faut solliciter des ressources externes. Si les bailleurs du fonds consentent à prêter leurs concours, ils exigent des garanties de remboursement. Le bail commercial participe à celles-ci. En tant qu'actif immobilisé, le bail commercial constitue un élément de détermination de dignité du crédit

dans le cadre de la politique commerciale, les baux et loyers commerciaux », Exposé des motifs, Proposition de loi n° 927, Assemblée nationale, deuxième session ordinaire de 1963 – 1964, p. 2.

⁸⁴Exposé des motifs, Proposition de loi n° 927, Assemblée nationale, deuxième session ordinaire de 1963 – 1964, p. 2.

⁸⁵Une insuffisance des ressources d'épargne eu égard aux opérations d'investissement risque de compromettre le maintien des équilibres internes, mais aussi externes de locataire.

d'un locataire. Dans le monde, excepté dans les sociétés capitalistes, le législateur prend en considération que le propriétaire est plus puissant financièrement que le locataire. Par conséquent, c'est le locataire qui a le plus besoin d'être protégé. Cette protection, en outre de lui donner une assurance et une sécurité d'emploi, peut favoriser la croissance économique de la société.

A- Le bail commercial, un mécanisme de financement de l'activité du locataire.

102. Pour la « petite distribution »⁸⁶, c'est-à-dire le fonds de commerce de détail⁸⁷, l'analyse des perspectives de l'activité à laquelle procède le prêteur de denier prend en compte l'emplacement, la nature du bail ainsi que les possibilités de son renouvellement. Récemment, la commission Pelletier⁸⁸ dans son rapport au Garde des sceaux a noté que le bail. Le commerçant titulaire d'un bail commercial aura moins de difficultés à emprunter les capitaux nécessaires à son installation et au développement de sa clientèle. Ce contrat est aussi un élément du fonds de commerce ou du fonds artisanal, c'est-à-dire un élément du capital personnel qu'il se constitue en prévision du moment où il cessera son activité. Cette vision du bail commercial se constate également en droit iranien ; mais elle prévaut plus dans la loi de 1977 que dans le décret de 1997, influencé par la charia. La loi de 1977 prévoyait ainsi, pour tout bail commercial souscrit, les possibilités de son renouvellement par le locataire alors que, dans le décret de 1997, ces possibilités n'existent plus sauf consentement des parties.

A travers la loi de 1977, laquelle a reconnu le fonds de commerce, le législateur a prévu strictement et sérieusement les droits et les responsabilités du preneur et du bailleur, et a déterminé les conditions d'expulsion de lieux. Il a aussi établi des dispositions concernant les offices notariaux par rapport à l'établissement de l'acte authentique du bail. Au contraire du Code civil, la loi prise de 1977 a prévu le droit de fonds de commerce au profit du preneur.

⁸⁶Tout autre sera la grille du protocole d'appréciation de la dignité du crédit si le preneur, en quête de financement, avait une activité économique autre que le commerce de distribution. En effet, « pour le locataire, le bail commercial (et donc l'emplacement), ne revêt pas les mêmes attributs. L'immeuble est plus facilement considéré comme un outil de travail ne suscitant pas un sentiment d'appropriation ; le bail est donc le moyen de se procurer cet outil, aux meilleures conditions, mais avec une véritable latitude dans son interchangeabilité, Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels », Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, présenté par le groupe de travail constitué sous la présidence de P. Pelletier, avr. 2004, p. 23, <http://www.Justice.gouv.Fr/> ; Documentation français 2004.

⁸⁷La seule définition officielle du commerce de détail est celle laconique fournie par la circulaire du 16 janvier 1997 et selon laquelle le commerce de détail est un commerce recouvrant « la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique ».

⁸⁸« Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels ».

On a supprimé le devoir d'expulsion à l'expiration de la durée du bail : l'expiration de la durée du bail, mentionnée au contrat, n'a plus aucun effet sur les relations des parties. Dans le cas de violations commises par le preneur, telles que la modification du métier exercé, la cession de l'objet du bail à autrui, l'abus, la dissipation, le manquement au paiement du loyer, le manquement à l'obligation d'établissement de l'acte authentique du bail, l'on a prévu une sanction financière au profit du bailleur. On lui a, en outre, donné l'autorisation d'augmenter le loyer une fois tous les trois ans, ou de demander l'expulsion du preneur dans le cas où il ressentirait un besoin personnel de la chose louée – sous réserve de payer pour le fonds de commerce – ou, dans le cas où le preneur procède à l'érection d'un bâtiment nouveau dans le bien immobilier à lui loué, et dans certains autres cas, de diminuer le fonds de commerce de moitié ou de l'éliminer à l'expiration du bail.

Le temps passant, l'on a reconnu les injustices de la loi de 1977, notamment en ce qu'elle prévoyait des cas d'effacement du fonds de commerce. L'on a estimé qu'ils donneraient prétexte au bailleur de s'en débarrasser au détriment du preneur. Cela a obligé le législateur à voter la loi de 1997.

Cette loi de 1977 a été considérée par la doctrine comme ne se conformant pas aux règles religieuses. Celle-ci estime, en effet, qu'il n'y a aucune instruction de l'Islam qui puisse être au détriment des musulmans⁸⁹.

B- La stabilité de l'exploitation comme exigence d'investissement obligatoire à l'adaptation de l'activité.

103. Un locataire qui ne dispose pas de la propriété du local d'activité, ne peut facilement mobiliser ses propres ressources pour obtenir un financement externe s'il n'a pas la garantie de pouvoir disposer du temps nécessaire pour tirer profit des investissements effectués. C'est cette logique de rationalisation et d'incitation à l'investissement qu'a entendu promouvoir le député Hoguet⁹⁰, quand il déclarait à la tribune de l'Assemblée nationale que « toute l'économie du texte qui vous est soumis repose sur la nécessité d'assurer la stabilité⁹¹

⁸⁹ M. H. Amouli, Vasael-Al-Shiee, Ketab-Al ejareh, t.1, p. 267.

⁹⁰ M. Hoguet, JOAN, débats, 1^o séance, 25 juin 1964, p. 2193.

⁹¹ En ce sens, J. Archevêque, J. -M. Legrand et P. de Belot affirmaient que « l'un des objectifs de la loi étant d'assurer la stabilité du fonds, on y a compris des dispositions relatives à la stabilité du bail et avant tout en prévoyant que tous les baux rentrant dans le champ d'application du décret du 30 septembre 1953 auront une durée minimale de neuf années. Cette disposition, isolée de son contexte, nous paraît légitime ; pour un

de l'exploitation commerciale, afin de permettre à l'exploitant de procéder aux investissements indispensables, à l'adaptation de son commerce aux désirs et aux besoins de la clientèle, voire aux extensions ou aux modifications que les techniques nouvelles lui imposent ... »⁹². Cette déclaration faisait écho à l'une des dispositions innovantes et attendues⁹³ de la proposition alors en débat : cette disposition proclamait dans le droit français que « la durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans »⁹⁴. En Iran, cette stabilité qui consiste à reconnaître un droit à pas-de-porte est une solution qui comporte de nombreux avantages pour le locataire mais ne constitue pas une stabilité car à défaut de paiement préalable du bailleur le locataire ne peut bénéficier d'un droit à pas-de-porte. Ce qui signifie donc que le droit à pas-de-porte n'est accessible au locataire qu'à la seule condition d'un paiement effectué auprès du bailleur.

C- La remise en cause de liberté contractuelle des parties justifiée par la nouvelle donne de la distribution.

104. Il s'agissait d'une démarche innovante car le régime institué dans le droit français par la loi du 30 juin 1926, repris et amendé par le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, laissait une totale liberté aux parties quant à la détermination de la durée de la relation locative⁹⁵. Cet encadrement de la durée du bail se justifiait d'autant plus que l'avis d'un

commerçant, compte tenu de ses charges et de la nécessité d'investissement, c'est une durée raisonnable », J. Archevêque, J. -M. Legrand et P. de Belot, Remous sur la propriété commerciale, Gaz. Pal. 1964, 2^e, p. 83.

⁹²JOAN, débats, 1^e séance, 25 juin 1964, p. 2193.

⁹³Voir les recommandations des Assises Nationales du commerce, quoique cette inflexion n'était pas tant que cela attendue du moins dans le sens du renforcement de la propriété commerciale. Le rapport Rueff-Armand proposait une quasi-libéralisation du marché locatif. Ses conclusions ont inspiré le projet de loi de finance de 1965 au point de susciter la réaction virulente d'un député de l'opposition, E. Garcin, lequel s'était indigné de la réticence du gouvernement et des velléités de plutôt restreindre les acquis de la propriété commerciale. En témoignent, ses propos tenus lors de la deuxième lecture de la proposition Hoguet : "Mais nous lisons à la page 43 du rapport écrit de M. Vallon (rapporteur général du budget) sur le projet de loi de finances pour 1965, rapport annexé au procès-verbal de la séance du 13 octobre de 1964, que « la propriété commerciale gêne la modernisation du commerce », et à la page 44 qu' « on est donc conduit à se demander ce qui justifie l'existence du privilège que constitue en France la propriété commerciale », « la propriété commerciale peut être considérée comme une des tares majeures de notre système commercial » : JOAN, débats, 1^{re} séance, 19 nov. 1964, p. 5500.

⁹⁴Art. 2 de la proposition Hoguet, D. n° 53-960 du 30 sept. 1953, art. 3-1, al. 1 (actuellement art. L. 145-4, al. 1 c. com). -Adde : Cette disposition avait suscité l'adhésion de tous les groupes sur les bancs de l'Assemblée nationale. Pour B. Boccara, « Résultat d'une forte pression du groupement des locataires, la loi a été votée à l'Assemblée Nationale en première lecture par 466 voix contre ... 0. En 1964, la propriété immobilière qui dominait le Code Napoléon n'a donc pas trouvé à la Chambre un seul défenseur avoué! Le Sénat a rempli son rôle régulateur ; ses résistances ont le plus souvent apporté d'utiles modifications et d'opportunes précisions de détail : mais, même au Sénat, la réforme du régime des révisions a été votée à l'unanimité et sans débat ! », B. Boccara, La loi du 12 mai 1965 sur les baux commerciaux : durée des baux ; conditions du renouvellement ; révision ; dispositions diverses, JCP G 1965, I, n° 15, p. 1932.

⁹⁵Il convient toutefois de relever que par le jeu de l'article 7 du décret du 30 septembre 1953 (L. 145-12 Code de commerce), les baux verbaux étaient déjà renouvelés par la jurisprudence pour une durée, le plus souvent de neuf

député, « la production industrielle et artisanale, comme l'exploitation commerciale proprement dite, se heurtent, en 1962, à des problèmes que ne connaissait pas le législateur lorsque fut instituée, par la loi du 30 juin 1926, ce que l'on est convenu d'appeler propriété commerciale »⁹⁶. De même, comme il a été dit précédemment, selon la loi iranienne de 1997, toute liberté était donnée aux parties s'agissant de la durée de la relation locative.

D- Accueil favorable de la doctrine.

105. Emboîtant le pas au législateur, la doctrine⁹⁷ avait réservé à la réforme, un accueil favorable. Pour certains⁹⁸ « ce que le législateur a eu en vue, avant tout, c'est la stabilité de la durée dans le but de permettre un meilleur régime de l'amortissement des investissements, afin d'éviter que les différences de régimes ne faussent la concurrence et ne pèsent sur les prix. De cette préoccupation, dominante, on trouve maintes traces dans les travaux préparatoires de la loi du 12 mai 1965 ». Relevant les inconvénients de la variété des durées très courtes, alors pratiquées, un auteur⁹⁹ affirmait que la fixation à neuf années de la durée des baux commerciaux se justifie en raison de l'« impossibilité d'amortir les travaux d'aménagement et des difficultés de cession résultant de l'expiration toujours proche du bail ou encore de procédures de renouvellement s'enchaînant sans solution de continuité ». Pour sa part, ce que le législateur iranien, après la révolution islamique de 1979, a eu en vue, c'est que la recherche de stabilité de la durée s'inscrive dans une volonté contractuelle.

années. - J. Archevêque, J.-M. Legrand et P. de Belot notaient pour leur part à propos de cette durée de neuf ans qu'elle était « au surplus consacrée par l'usage avant même la promulgation de la loi du 30 juin 1926. Mais il faut savoir pourquoi c'est instituée la pratique des baux de trois ans. Elle tendait avant tout à parer les conséquences de la loi du 12 mars 1956 qui, en liant la recevabilité de la révision triennale à la variation d'un indice des prix de détail, a pratiquement paralysé la révision des nombreux baux renouvelés le 1^{er} janvier 1954 et qui n'ont pu être révisés qu'à partir de mars 1958. De triennale, la révision était devenue quadriennale. D'où l'idée de ne faire que des baux de trois ans, dont le prix de renouvellement n'était pas soumis aux dispositions de l'article 27 », J. Archevêque, J.-M. Legrand et P. de Belot, Remous sur la propriété commerciale, Gaz. Pal. 1964, 2^e, p. 84.

⁹⁶ R. Zimmermann, JOAN, débats, 1^{re} séance, 25 juin 1964, p. 2196.

⁹⁷ Manifestement au fait des difficultés que connaissait ce secteur de l'économie nationale et consciente de la nécessité de la modernisation du circuit de distribution.

⁹⁸ J. Archevêque, J.-M. Le grand et P. De Belot, Loi du 12 mai 1965 modifiant le statut des baux commerciaux : Gaz. Pal. 1965, 2^e, p. 11. Voir également, Fau, Debaurain et Béraud, An. Loyers, juin-juill. 1965, p. 438 et s.

⁹⁹B. Boccara, La loi du 12 mai 1965 sur les baux commerciaux : durée des baux ; conditions du renouvellement ; révision ; dispositions diverses, JCP G 1965, I, n° 15, p. 1932.

E- L'obligation d'aligner la durée du bail sur celle de l'amortissement du matériel d'exploitation et celle du crédit à moyen terme.

106. Sur le plan purement technique, la durée minimum de neuf années se justifie aussi, puisque de l'avis des prêteurs de deniers, il faut toujours établir une corrélation entre la durée du financement et celle de la vie du matériel ou de l'équipement d'exploitation financé. L'idée est d'éviter¹⁰⁰ que la durée du financement soit plus longue que celle de l'amortissement du matériel. Les locataires recourent essentiellement au crédit à moyen terme dont la durée moyenne est comprise entre deux et sept ans. Par conséquent, si la durée moyenne d'amortissement¹⁰¹ des investissements financés par ce type de crédits est de sept ans¹⁰², comment envisager une durée du bail autre que celle de neuf années, sans priver les locataires qui y recourent, de possibilité de financement. La chaîne de l'investissement des petites et moyennes entreprises locataires constitue un ensemble indivisible. C'est une unité d'ensemble, une indivision dynamique, dont un maillon ne peut manquer sans que l'édifice dans son ensemble ne s'ébranle¹⁰³. C'est pourquoi le législateur français a prévu une durée de 9 ans. En revanche, selon le droit iranien cette période ne nécessite pas une durée minimale, et les parties peuvent se mettre d'accord sur n'importe quelle durée, même 9 ans ou plus. Selon l'article 10 du Code civil d'Iran la loi reconnaît la liberté contractuelle, et les parties peuvent s'entendre sur tous les sujets sauf les accords illégaux. Il semblerait alors que les deux lois ont eu les mêmes inspirations, mais la loi française cite une durée minimale de 9 ans, et la loi iranienne laisse la question à la volonté des parties. C'est surtout le locataire qui doit penser à cela.

¹⁰⁰ Les banques le rappellent à souhait si elle n'en font pas simplement la condition de leur concours.

¹⁰¹ Fiscal compris.

¹⁰² Et que la durée moyenne d'amortissement du prêt est d'une même ordre de grandeur.

¹⁰³ Adde : « Le droit à la longue durée du bail d'exploitation se déduit de l'analyse financière et comptable. La création ou la reprise d'un fonds de commerce suppose la possibilité d'amortir l'investissement réalisé par le preneur. Les banquiers ne soutiennent le créateur que si, existe grâce au bail commercial, la faculté de réaliser le projet entrepreneurial qui leur a été présenté. La capitalisation de la localisation par l'effet du statut facilite l'octroi des crédits. Il y a pour eux création et consolidation d'une valeur susceptible de garantir une partie du prêt », J. Monéger, Le bail du local d'exploitation de l'entreprise entre les statuts d'hier et les exigences de demain, in Mélanges offerts au Recteur J. Béguin : Droit et actualités, Litec 2005, spéc. N° 33, p. 515.

§2- Un support nécessaire à la construction de la clientèle et de l'activité.

107. Pour appréhender le facteur déterminant de la stabilité de la localisation du fonds de commerce dans la construction d'une clientèle (B), il convient au préalable d'envisager la relation qui détermine l'existence de la clientèle (A).

A- Le relation à la clientèle.

a – la clientèle.

108. De nos jours, les activités commerciales nécessitent beaucoup de publicités pour pouvoir rassembler la clientèle dispersée et la garder. Il est aussi primordial pour le locataire d'avoir un emplacement stable pour exercer son travail. L'expulsion des locaux commerciaux après une courte durée n'est pas compatible avec les principes de commerce. Le résultat des efforts du locataire pour rendre son commerce profitable va s'éliminer ou profiter au propriétaire après une telle expulsion. Ceci peut aussi porter préjudice aux habitants d'un quartier, caractérisé par la perte d'un commerçant doué.

Nul doute que la clientèle¹⁰⁴ est la raison d'être des activités. Monsieur Yves Chaput¹⁰⁵ relève l'importance que revêt la clientèle pour une activité commerciale en notant que « la doctrine classique fait de la clientèle le critère du fonds de commerce ou même des professions commerciales caractérisées par l'exploitation indépendante d'une clientèle »¹⁰⁶. C'est aussi l'opinion de la jurisprudence qui affirmait très tôt que « de tous les éléments – qui peuvent servir à constituer un fonds de commerce – la clientèle représente le plus essentiel »¹⁰⁷. La clientèle, raison¹⁰⁸ d'être de l'activité économique, « est à qui sait la prendre »¹⁰⁹. Mais encore

¹⁰⁴ F. Michelin fait le constat qu' « on ne peut manquer d'être frappé par l'ambiguïté d'une controverse où la clientèle est, selon les uns, extérieure au fonds et, selon les autres, son élément essentiel », P. Didier, *Droit commercial*, t. 1, 1970, p. 653.

¹⁰⁵ Y. Chaput, Introduction, in *Clientèle et concurrence : Approche juridique du marché*, Creda, Litec 2000, p. 1.

¹⁰⁶ Sur la controverse doctrinale sur la clientèle voir, M. Didier qui affirme qu' « on ne peut manquer d'être frappé par l'ambiguïté d'une controverse où la clientèle est, selon les uns, extérieure au fonds et, selon les autres, son élément essentiel », P. Didier, *Droit commercial*, t. 1, 1970, p. 653.

¹⁰⁷ C. cass. Ch. Req. 15 février 1937 : DP 1938, p. Cordonnier ; Sirey 1937, p. 169, note H. Rousseau ; rev. Gén. Dr. Comm. 1938, p. 164, obs. G. Lagarde. – Adde : Y. Auguet, *Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Bibli. Dr. Pr., t. 315, LGDJ 2000, n° 117, p. 190 et S. ; préf. Y. Serra. – J. Monéger, *le fonds de commerce : mythes ou réalités ?*, AJDI, n° 2 du 10 décembre 2001, p. 1046 et s.

¹⁰⁸ Intervenant dans le débat doctrinal sur la définition de la clientèle, le professeur Derruppé observait que « par delà la divergence des opinions et leur apparente opposition fondamentale, on est forcé de constater une certaine convergence de pensée : la clientèle est une notion inhérente au fonds de commerce ; qu'elle soit présentée

faut-il que l'entreprise puisse avoir les moyens de la prendre, de la développer et de la fidéliser.

b- La logique du commerçant.

109. Dans le processus éternellement renouvelé de l'appropriation et du renouvellement par les opérateurs économiques, des moyens de « capture » et d' « apprivoisement »¹¹⁰ de la clientèle dans les économies de marché. Ainsi, avec la clientèle, s'établit une dialectique paradoxale¹¹¹. Au regard de la clientèle, l'influence de la liberté du commerçant est double et contradictoire, positive et négative à la fois.

c- Le paradoxe du rapport à la clientèle.

110. D'un côté, en effet, la clientèle « constitue la condition nécessaire, la plupart du temps, à la constitution d'une concurrence car elle permet l'accès à la compétition économique et assure la liberté dans les moyens utilisés pour la conquête de la clientèle »¹¹². De l'autre côté, « *la concurrence économique* est aussi la cause de la disparition de la

comme sa raison d'être ou comme sa source de vie, il demeure que le fonds de commerce ne se conçoit et ne peut exister qu'en fonction d'une clientèle. C'est en ce sens que la clientèle a pu apparaître comme l'élément essentiel du fonds de commerce. Elle est l'essence de tout fonds commerce. Le reste n'est que composants contingents, variables avec chaque fonds », Derruppé, Fonds de commerce et clientèle, in Mélanges Jauffret, LGDI, 1974, p. 233. C'était aussi l'opinion de Jauffret qui disait qu' « en somme, on est d'accord pour dire qu'un fonds de commerce est inconcevable sans clientèle, c'est-à-dire sans une possibilité d'exploitation, sans une possibilité de rapports avec les clients, les autres éléments du fonds n'étant que des accessoires puisqu'ils tendent tous à rallier les clients, à les attirer, à les retenir, à faciliter les rapports entre le commerçant et les clients.

¹⁰⁹ Selon la formule du Professeur Serra qui a fait florès, Y. Serra, concurrence déloyale, Rép. Com., Dalloz, spéc. N° 4, p. 3.

¹¹⁰ Yves Guyon faisant la distinction entre le marché et la clientèle, observait que « le marché est le terrain de chasse du commerçant. La clientèle est le gibier qu'il capture », Y. Guyon, Droit des affaires, Economica, t. 1, 11^e éd. 2001, n° 690, p. 734.

¹¹¹ Y. Auguet note que « concurrence et clientèle, c'est l'histoire d'un couple aux relations conflictuelles, (...), c'est un couple dans lequel l'un domine l'autre ; un couple au sein duquel la concurrence exerce une prépondérance certaine sur la clientèle » : Y. Auguet, op. cit., p. 541, spéc. n° 553 – A. Ronzano, pour sa part trouve que « c'est parce qu'elle est au cœur de la stratégie des entreprises que la clientèle se trouve au centre de la problématique de la concurrence », A. Ronzano, op. cit., p. 37.

¹¹² Y. Serra, préface de l'ouvrage de Y. Auguet, op. cit., p. V. – Adde : Y. Auguet qui observe que « la concurrence conditionne l'acquisition d'une clientèle mais elle provoque également sa disparition ; toute limitation de concurrence à l'avantage d'un professionnel déterminé permet la protection de sa clientèle ». a cet égard, selon l'auteur, « les limitations de concurrence représentent des instruments de protection de la clientèle », quoiqu'il ne se soit pas privé de relever et de démontrer par la suite que « la liberté de la concurrence s'oppose à ce que la protection de la clientèle, perçue à tort comme un élément du patrimoine, justifie les limitations de concurrence », Y. Auguet, op. cit. spéc. n° 7, p. 10.

clientèle. Ainsi, l'on a un point de vue diffère selon que la concurrence présente un aspect positif (l'acquisition d'une clientèle) ou un aspect négatif (la perte d'une partie ou de la totalité de la clientèle)». C'est le même constat que fait un autre auteur¹¹³. Celui-ci observe que « c'est la rationalité du marché qui crée la clientèle puisque c'est la meilleure adéquation des prétentions des différents agents qui crée la fidélité. Il convient pourtant de n'admettre le principe qu'avec précaution car, dans le même temps, le marché a vocation à briser la notion de la clientèle en luttant contre ce qui lui est considéré pourtant comme consubstantiel ». L'aspect négatif sur la clientèle, le rôle de catalyseur de sa perte justifie l'idée de « la licéité du dommage concurrentiel »¹¹⁴ admise en jurisprudence et que les tribunaux et les autorités des marchés sont régulièrement amenés à rappeler en soulignant que chaque opérateur économique a « la possibilité d'attirer à lui la clientèle sans que cela puisse lui être reproché ». Les tribunaux n'hésitent pas à rappeler qu'« une entreprise ne bénéficie d'aucun droit privatif sur sa clientèle »¹¹⁵.

d – La remise en cause de la notion classique du fonds de commerce par l'admission de la licéité du dommage concurrence.

111. La nouvelle acception des rapports du couple « livraison - clientèle » en ce qu'elle se libère de la conception classique¹¹⁶ des caractères réel, personnel et effectif ou approprié de

¹¹³ M.-A Frison-Roche, La dialectique entre service public et clientèle : vers une nouvelle régulation : in Clientèle et concurrence : Approche juridique du marché : Credea, Litec 2000, p. 179, sous la direction du Prof. Y. Chaput.

¹¹⁴ « Le seul fait objectif de détourner la clientèle d'une entreprise ne constitue pas une faute », Cass. Com., 18 février 1969 : D. 1969, jur., p. 383.- CA. Paris, 26 févr. 1992 : D. 1992, Somm., p. 50, obs. Y. Serra.

¹¹⁵ CA. Paris, 10 novembre 1992 : D. 1994, Somm., p. 75, obs. Y. Picod.

¹¹⁶ Le doyen Ripert, comme bien d'autres auteurs de l'époque, mais aussi de la doctrine contemporaine, admettait l'idée d'un droit privatif du commerçant sur sa clientèle. Le postulat « déposé » par l'éminent auteur, et selon lequel, « l'action en concurrence déloyale a pour but de protéger le droit qu'a le commerçant sur sa clientèle (...) », reste partagé. Voir en ce sens ses successeurs, M. Germain et L. Vogel, Traité de droit commercial, LGDJ, 18^e éd. T. 1, n° 540 et S. – Edmond Thaller en 1898, soutenait à propos de la vente du fonds de commerce que « la clientèle est attachée à l'établissement, dont le vendeur fait passer le profit à l'acheteur, en lui permettant d'en jouir et au besoin en le patronnant auprès d'elle », E. Thaller, Traité élémentaire de droit commercial : Rousseau, Paris, 1898, p. 60. Cette doctrine a trouvé écho dans la jurisprudence qui, très tôt affirmait que « la clientèle constituant l'élément essentiel et indispensable à l'existence d'un fonds de commerce (...), le vendeur s'était interdit de solliciter et exploiter la clientèle (attachée) au fonds cédée », Cass. Ch. Req. 19 juin 1934, Sirey 1934, 1, p. 269. – Adde : Y. Auguet démontre la fragilité de la construction. Il constate que jusqu'alors la doctrine s'était satisfaite de l'explication selon laquelle les limitations trouvaient leur justification et leur légitimité dans la protection de l'intérêt des titulaires de clientèle. Analyse qui a trouvé un fort soutien dans le droit positif qui, par exemple, assimile la limitation de la liberté du vendeur du fonds de commerce à l'obligation de garantie du fait personnel due par tout vendeur. Cette obligation de non-concurrence est destinée à protéger les intérêts de l'acquéreur relativement à la clientèle du fonds transmis. Pour l'auteur, supposée indispensable pour l'obtention du bien-être général, ne saurait se trouver légitimement borner par les intérêts

la clientèle, ne va pas sans déteindre sur la notion même du fonds de commerce¹¹⁷ et par ricochet, sur le droit de la concurrence déloyale qui en est le corollaire.

e – Pour une création dynamique de la clientèle.

112. Un auteur¹¹⁸ constate que la jurisprudence se libère peu à peu d'une création trop étroite de l'effectivité de la clientèle. Progressivement, est abandonnée l'idée que n'existe qu'une clientèle actuelle, acquise, figée et appropriée au bénéfice d'une conception plus dynamique prenant en compte une clientèle en devenir, en construction et, pourquoi pas, partagée¹¹⁹. Dans ces conditions, pour lui, « le fonds de commerce ne peut plus être compris comme une unité de possession d'une clientèle mais comme un ensemble opérationnel créé ou exploité pour conquérir une clientèle disponible. C'est donc ce potentiel d'action¹²⁰ qui est protégeable et cessible »¹²¹. *La perspective de la relecture du rapport au fonds de commerce de la clientèle, est une idée, à l'évidence partagée en doctrine. Certaines opinions laissent croire à une alternative à « la fiction ou au mythe » de la certitude, de l'effectivité et de la patrimonialisation de la clientèle.* Un auteur¹²² note que « la clientèle apparaît plus comme une finalité, une cause de l'existence du fonds de commerce, que comme un élément, au sens

égoïstes des titulaires de clientèle. La protection de la clientèle, à elle seule et en elle-même, constitue une justification insuffisante des limitations. C'est parce que ces limitations favorisent in fine l'existence, le jeu et la vivacité de la concurrence qu'elles sont légitimées : Y. Auguet, ouvr. Préc., P. 335 à 543.

¹¹⁷ La doctrine des années soixante dix, inspirée par la jurisprudence de l'époque, enseignait que la clientèle, « élément essentiel du fonds » doit non seulement être réelle et personnelle à l'exploitant du fonds, mais aussi avoir « une réalité à l'instant même où le fonds est créé », J. Derruppé, note sous Cass. Com. 22 février 1973 (aff. Des pompistes) : D. 1974, p. jur., p. 283 ; Fonds de commerce et clientèle, in Mélanges offerts à A. Jauffret, 1974, p. 231 et s. – P. Collomb, La clientèle du fonds de commerce, RTD com. 1979 p. 1 et s. – J. Monéger : Emergence et évolution de La notion de fonds de commerce, in Le fonds de commerce : mythes ou réalités, AJDI, n° 2 du 10 décembre 2001, p. 1046.

¹¹⁸ G. Canivet, anc. Premier Président de la Cour de cassation, « Question sans valeur ni portée à propos de la clientèle en droit de la concurrence... et ailleurs » colloque du 6 décembre 2000, sur le thème : « Conquête de la clientèle et droit de la concurrence » ; exposé introductif général du colloque CREDA, op. cit., p. 5.

¹¹⁹ Pour l'auteur précité, « pourquoi refuser le fait évident qu'une clientèle peut être partagée dans la mesure où les utilisateurs trouveraient auprès d'opérateurs distincts la satisfaction de besoins complémentaires. (...), on doit admettre qu'une même clientèle intéresse plusieurs fonds de commerce dans une même zone de chalandise, telle est la logique du centre commercial réel ou virtuel », G. Canivet, op. cit.

¹²⁰ Et lui seul.

¹²¹ G. Canivet, op. cit.

¹²² J. Monéger, art. préc., p. 1046 et s.

étroit, de celui-ci »¹²³. Elle est une « résultante¹²⁴, la destination commune des éléments du fonds », selon l'expression d'un autre¹²⁵.

f –Un mécanisme de succès de la clientèle, dans le fonds de commerce.

113. Le droit doit pouvoir regarder les entreprises plutôt comme des instruments de conquête de la clientèle. « Le fonds de commerce en subit nécessairement l'influence, passant d'une conception statique des éléments qui la composent, à une vision plus dynamique prenant en compte sa potentialité économique »¹²⁶. Dès lors, la loyauté du commerce ne serait plus le respect d'une clientèle rattachée à un fonds de commerce, mais l'interdiction de porter atteinte à la capacité d'une entreprise, c'est-à-dire, à l'aptitude de celle-ci, à conquérir ou conserver une clientèle mouvante. Dans cette conception, « le droit déloyal n'est plus un droit protecteur de la propriété commerciale, il est un droit régulateur du comportement des opérateurs sur le marché »¹²⁷. Il semble que le législateur de la loi de 1997 portait son attention plutôt sur les conditions contractuelles entre le bailleur et le locataire, et les efforts du locataire pour trouver les clients.

¹²³ Déjà en 1898, Edmond Thaler faisait de la clientèle « l'objet du fonds de commerce », E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, Rousseau, Paris, 1898, p. 60.

¹²⁴ Cette idée a été particulièrement développée au 60^e Congrès des notaires de France tenu à Strasbourg en 1962. Elle présente la clientèle plutôt « comme le but en vue duquel le fonds est organisé, comme une qualité, comme une résultante, mais jamais comme un élément autonome du fonds de commerce », Thibierge, *Rapport de conclusion au 60^e Congrès de notaire de France, Le statut juridique du fonds de commerce*, 1962, p. 639 ; *RTD com.* 1962, p. 605. Elle se retrouvait déjà chez Escara (Escarra et Rault, *Principes de droit commercial*, t. 1 n° 436, p. 434) qui l'avait lui-même puisée dans la doctrine italienne (Rotondi, *La notion juridique de l'achalandage*, *Ann. Dr. Com.* 1930, p. 31 – Carneluti, *Valore giuridico della nazione di azienda commerciale*, *Riv. Dir. Com.*, 1924, p. 156). Le doyen Ripert rejetait vivement l'opinion dominante qui voyait dans la clientèle un élément essentiel du fonds de commerce. Pour lui, la clientèle n'est pas un simple élément essentiel du fonds de commerce. Pour lui, la clientèle n'est pas un simple élément constitutif du fonds de commerce, « elle est le fonds lui-même qui n'est pas autre chose que le droit à la clientèle », Ripert *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e éd. Par Roblot, t. 1, 1972, n° 526.

¹²⁵ M. Pédamon, *Droit commercial, commerçant et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 2^e éd. 1998, n° 246.

¹²⁶ G. Canivet, *op. cit.*

¹²⁷ G. Canivet, *op. cit.*- Adde : Même si le doyen Ripert affirmait que « l'action en déloyable a pour but de protéger le droit qu'à le commerçant sur la clientèle (...) », Serra nuance que « la raison d'être de l'action en déloyale ne se trouve pas, en effet, dans la seule protection des titulaires de clientèle mais aussi et surtout dans le souci de prendre en considération les intérêts des consommateurs, d'obtenir une saine et, plus généralement, d'assurer le bon fonctionnement du marché », Y. Serra, préface, Y. Auguet, *op. cit.*, p. VII.

g – La clientèle, une collecte.

114. La clientèle dont il ressort de la synthèse des définitions¹²⁸ qu'elle a comme critère, « la liberté renouvelée de contracter ou de ne pas contracter »¹²⁹, est par essence « un objet de conquête »¹³⁰, loin d'être un acquis. Sa volatilité éprouvée, requiert de l'acteur de marché une dynamique d'attractivité. Par métaphore, la clientèle est certainement fiancée au caractère bien trempé, détestant la routine : avec une certaine idée de l'exigence et de la rigueur, une humeur et des goûts lunatiques ; apparemment capricieuse, mais assez sensible aux compliments¹³¹. Avec elle, tous les autres prétendants peuvent espérer¹³², d'où la justification de la formule selon laquelle elle est à « qui sait la prendre ». Dans ces conditions, sa conquête exige du courtisan qu'il se lance dans une opération de séduction de longue haleine.

¹²⁸ Nombreuses et variées, sont les définitions de la clientèle, proposées par la doctrine. Y. Auguet, (op. cit., spéc. n° 3, p. 5) a répertorié quelques unes, proposées ici : « L'ensemble des rapports d'affaires établis entre les commerçants et le public », E. Hermance, De la garantie de la clientèle due par un petit commerçant vendeur de fonds : Ann. Dr. 1907, spéc. n° 7, p. 158. -, « valeur représentée par les relations d'affaires d'un individu avec les personnes qui ont l'habitude de faire des opérations avec lui, i soit à raison de la confiance qu'il a su leur inspirer, soit pour des raison de commodité matérielle », R. Perruchot-personnes qui entretiennent des rapports d'affaires, d'intérêts ou sollicitent des services plus ou moins suivis d'un individu ou d'un groupe d'individus se livrant à une activité professionnelle quelconque », A. Rossignol, La transmission des cabinets professionnels, JCP CI, 1977, II, 12316, spéc. n° 1. – « L'ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles, qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et le titulaire d'un poste professionnel et qui, généralement, trouvent leurs sources dans l'attraction du poste professionnel, elle-même représentative de facteurs matériels et personnels conjugués », Y. Serra, L'obligation de non concurrence dans le droit des contrats : Sirey, coll. Biblio. dr. com., tome 23, 1970, spéc. n°114 ; définition reprise par P. Collomb, La clientèle du fonds de commerce, RTD com., 1979.1., n° 1. – « L'ensemble des personnes s'adressant ou susceptibles de s'adresser à titre occasionnel ou habituel à un individu ou à un groupe de d'individus exerçant une profession quelconque, afin d'obtenir la fourniture de services ou de biens », M. Chaniot-Waline, La transmission des clientèle civiles, LGDJ, coll. Dr. Pr., t. 224,1994, spéc. n° 12. – « La position occupée par un commerçant vis-à-vis d'une clientèle (...) inséparable d'une certaine originalité concurrentielle, caractéristique de l'exploitation et qui est, avant tout, le fruit d'une véritable activité créatrice », P. Le Floch, Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles, LGDJ, t. 192, 1986, spéc.n° 69. – « La clientèle, ce n'est pas les clients, mais le pouvoir attractif exercé sur les clients », F. Zenati, Clientèles, RTD civ., 1994, p. 639 ; Voi également du même et T. Revet, Les biens Coll. Dr. Fondamental, 1997, spéc. n° 28. – « L'ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel (fonds de commerce, cabinet civil) dont ils constituent l'élément essentiel et qui généralement trouvent leurs sources dans des facteurs personnels et matériels conjugués », Ass. H. Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, 8^e éd., 2000, V° Clientèle.

¹²⁹ Y. Auguet, définit pour sa part la clientèle comme « L'ensemble des personnes qui ont contracté et celles qui contracteront avec le titulaire d'un poste professionnel, à l'exclusion des relations d'affaires imposées par contrat (par exemple, les revendeurs liés à leurs fournisseurs par un contrat d'achat exclusif) » : Concurrence et clientèle :op. cit., p. 7.

¹³⁰ G. Canivet, art. préc.

¹³¹ A. Maurois l'avait exprimé à sa façon : « Avant la guerre, les clients, êtres augustes dont on ne parlait qu'avec une terreur respectueuse, imposaient sans efforts leurs caprices cruels à des industriels divisés et toujours affamés de travail », B. Quesnay, Gallimard, p. 38.

¹³² G. Canivet s'interroge sur la question de savoir « pourquoi refuser le fait évident qu'une clientèle peut être partagée dans la mesure où les utilisateurs trouveraient auprès d'opérateurs distincts la satisfaction de besoins complémentaires. (...), on doit admettre qu'une même clientèle intéresse plusieurs fonds de commerce dans une même zone de chalandise, telle est la logique du centre commercial réel ou virtuel », G. Canivet, op. cit.

B- La relation à la clientèle de l'équilibre de la localisation du fonds de commerce.

a- Un moyen de conquête de la clientèle, la stabilité de l'activité.

115. Séduire une clientèle, la développer et la fidéliser est une gageure¹³³, si l'acteur de marché ne dispose pas d'une stabilité suffisante pour installer son activité¹³⁴. Stabilité d'abord, pour définir une stratégie commerciale. Stabilité ensuite, pour choisir ses actions commerciales, c'est-à-dire, l'organisation de la force de proposition de l'entreprise. Stabilité après, pour mobiliser les ressources nécessaires à leur mise en œuvre. Stabilité encore, pour la déclinaison de la stratégie et de l'action commerciales arrêtées. Cette stabilité¹³⁵ est fournie aux nombreux acteurs de marché ne disposant pas de la propriété d'un local pour l'exercice de leur activité, par le statut des baux commerciaux. Par exemple on peut penser aux services après vente. En cas de changements fréquents de lieux de commerce, la clientèle ne peut pas compter sur l'efficacité de ces services. Les habitants du quartier auront du mal à se rendre à la nouvelle adresse pour pouvoir profiter de ces services après ventes.

b- Un catalyseur de la clientèle, tenir à la stabilité.

116. L'idée en soi, du pouvoir d'attraction d'un fonds de commerce sur les consommateurs se défend. En effet, il ne peut être contesté que le rattachement à un ensemble de produits ou de services substituables soit exclusif de tout rattachement de la clientèle à la qualité intrinsèque d'un fonds de commerce. Les facteurs attachés à la personne du professionnel ou à celle de ses collaborateurs, qualités humaines et techniques, ceux là même

¹³³ Exception faite des grandes enseignes nationales à la notoriété éprouvée.

¹³⁴ C'est l'avis de Joël Monéger pour qui, « la protection de la localisation du fonds reste essentielle à l'essor économique de l'entrepreneur. Il faut qu'il ait la faculté de conquérir la clientèle, puis de la fidéliser au lieu d'exploitation de l'activité lorsque l'acte d'achat est récurrent et déterminé en partie au moins par la présence du fonds dans la zone de chalandise fréquentée par les chalands, par les clients potentiels. Comme il n'y a de clientèle que potentielle, celle-ci étant par nature, aujourd'hui plus qu'hier, évanescence, la localisation de nombre de commerces reste la clé de sa conquête. Si cette pertinence manque, le bénéfice d'un statut protecteur perd son sens économique », J. Monéger, in Mélanges offerts au Recteur J. Béguin op. cit., spéc. n° 31, p. 515.

¹³⁵ Il a été précédemment expliqué que la stabilité revêtait déjà une importance majeure dans le processus d'investissement en ce qu'elle est d'abord indispensable à la confiance non seulement des bailleurs de fonds mais aussi celle de tous les autres partenaires en affaire. Elle est ensuite nécessaire pour l'amortissement de l'investissement réalisé, supra, spéc. n° 61 à 66.

qui, selon un auteur « expliquent la relation de clientèle », sont aussi déterminants pour la construction, le développement et la fidélisation de la clientèle. C'est la complémentarité, la symbiose, la synergie et la symphonie dans la durée, entre qualité des produits, qualité des services, qualité personnelle de l'exploitant et la situation géographique du fonds qui fournissent les clefs de l'alchimie de la rencontre entre une activité et une clientèle.

c- Un principe de l'attachement de la clientèle du fonds, influence de la localisation de l'activité.

117. Il est concevable qu'un fonds de commerce dispose d'une clientèle propre, attachée non seulement à un ensemble de produits ou services, mais aussi à l'accueil rencontré, à l'aménagement du magasin, aux qualités de certains salariés, voire à l'image de marque de l'enseigne de distribution. Ces facteurs n'ont pas directement trait à la substituabilité des produits ou des services en cause¹³⁶. Un auteur conseille de tenir compte dans l'analyse du marché, du pouvoir d'attraction que peut exercer le fonds de commerce sur la clientèle. L'auteur donne l'exemple suivant inspiré de l'analyse de la substituabilité : « lorsqu'un client, interrogé sur le point de savoir s'il reporterait sa demande d'un produit A vers un produit B dans l'hypothèse où le prix du produit B serait inférieur de 5 à 10% à celui du produit A, répond par l'affirmative, ne prend-il pas en compte l'intégralité des facteurs – techniques, géographiques, mais aussi relationnels –, qui peuvent expliquer sa décision ? Si la différence de prix est suffisante pour justifier le report sur le produit B, c'est que l'aspect relationnel, qui pouvait expliquer l'attachement à tel produit ou à telle marque, voire à tel fonds de commerce, a été dépassé. Au point que l'on peut se demander si la clientèle ne se définit pas, à la fois par un rattachement au produit et, indirectement par un rattachement au fonds de commerce, par le biais de la fidélité à la marque du producteur ou à l'enseigne du distributeur ! »¹³⁷.

¹³⁶ Alain Ronzano qui pense que la qualité du produit n'est pas le critère exclusif de l'attractivité de la clientèle s'interroge sur la question de savoir si tel en était pas le cas, "pour quelle raison le groupe Leclerc, par exemple, aurait-il entrepris, au-delà de la recherche du meilleur prix, de se donner une image d'entreprise "citoyenne" ouverte sur l'Europe et la future monnaie unique, comme sur des préoccupations tenant à la protection de l'environnement?", A. Ronzano, Le rôle de la clientèle en droit de la concurrence, in Clientèle et concurrence : Approche juridique du marché : Credea, op. cit., p. 53.

¹³⁷ A. Ronzano, ouvr. Préc., p. 53.

e- Construction et stabilité d'une notoriété.

118. S'il faut convenir avec l'auteur¹³⁸ de l'importance et de la réalité du pouvoir d'attraction du fonds de commerce *per se*, il faut aussi convenir que cette attractivité ne se révèle pas *ex nihilo* à l'installation du fonds. L'image de marque d'une enseigne, la notoriété d'un fonds de commerce, les qualités d'accueil et relationnelle du commerçant, le professionnalisme de ses salariés, l'aménagement de l'intérieur et de l'extérieur du magasin, ne peut se construire et s'affermir que dans la durée. Or, la stabilité dans la durée, constitue justement un de leitmotiv du statut des baux commerciaux. Par ailleurs, selon l'« Agence Pour la Création d'Entreprise »¹³⁹, une zone de chalandise ne peut excéder trois minutes de marche à pied ou en voiture pour une zone primaire, et dix minutes de trajet pour une zone secondaire. En conséquence, tout déplacement du fonds en dehors de sa zone de chalandise identifiée, perturbe les repères de la clientèle¹⁴⁰. Il peut étioiler le lien de fidélité et ce, quel que soit l'intérêt que représente le commerce en question pour ses clients.

f – La stabilité de la localisation de l'activité, un moyen de générer une clientèle attirée.

119. Le Professeur Guyon¹⁴¹ s'était pas fait l'écho de l'idée d'une « clientèle attirée » qui proviendrait à la fois de la confiance dans les prestations du commerçant et d'un phénomène d'habitude ! Cette « clientèle attirée » que l'auteur distinguait de la « clientèle captive » générée par les contrats d'approvisionnement, mêle le client qui lui, est attiré non par la personne du commerçant, mais par le lieu où ce dernier exerce¹⁴².

¹³⁸ Op. cit.

¹³⁹ La zone primaire de chalandise : on considère généralement qu'il y a une première zone où les acheteurs potentiels ne doivent pas mettre plus de trois minutes à pied ou en voiture pour venir à la boutique.

La zone secondaire de chalandise : elle peut englober les consommateurs potentiels ayant jusqu'à dix minutes de trajet pour venir jusqu'au local envisagé, Agence pour la Création d'Entreprise.

Une autre étude définit pour sa part la zone de chalandise à l'échelle d'une agglomération par l'ensemble des ménages habitant à quatre vingt kilomètres au plus en voiture du centre de l'agglomération. Cette délimitation qui n'appréhende que les seuls paramètres de distance peut toutefois s'avérer erronée. Il faut tenir compte des voies de circulation, des trajets types de consommateurs qui constituent autant de barrières naturelles à intégrer dans la définition des zones de chalandises, ACFCI, Pôle « Commerce, Services et Tourisme », l'Elaboration des Schémas de Développement Commercial, Objectif mai 2004 : Guide méthodologique, juin 2003.

¹⁴⁰ L'équation est encore plus simple pour les chalands qui par définition n'ont pas d'affinité ni d'attache particulière avec le fonds.

¹⁴¹ Y. Guyon, Droit des affaires : Economica, tome 1, 11^e éd. 2001, n° 690, p. 734.

¹⁴² Pour une étude de la distinction entre clientèle et chalandise : L. Depambour-Tarride, Les origines du fonds de commerce : l'apparition de la clientèle dans les sources parisiennes : Rev. His. Dr. 1985. L'historienne a montré par ses travaux (op. cit.) que la perception de ce que recouvre aujourd'hui le vocable « clientèle », apparaissait dans les années qui ont précédé la Révolution de 1789, sous des terminologies différentes et variées. La disparition progressive de ces différentes terminologies au profit aujourd'hui du vocable « clientèle », s'est faite parallèlement à l'évolution de la notion, du concept et du contenu même du fonds de commerce dont il est

En Iran, « selon la loi de 1977, reconnaître un droit à pas-de-porte est une solution qui comporte de nombreux avantages pour le locataire »¹⁴³. En fournissant les ressources de cette stabilité, le bail commercial permet aux preneurs de renforcer leur positionnement concurrentiel sur le marché en profitant de cette « clientèle attirée », et donc de gagner des parts de marché. La facilitation du renforcement de cette aptitude du statut des baux commerciaux est un instrument pro-concurrentiel, et même plus loin qu'un local commercial, ces mêmes considérations peuvent être envisagées pour un cabinet d'avocats ou médecins.

au demeurant, étroitement associé si ce n'est qu'il est « l'élément essentiel ». Elle observe à propos des mutations qu'à connu le concept de fonds de commerce à travers les âges, que « L'évolution du langage ne saurait précéder les changements ; au contraire, elle en souligne la profondeur. La substitution d'un terme à un autre est toujours l'indice d'une mutation précédente » : L. Depambour-Tarride, *op. cit.*, p. 331 ; J. Monéger, *art. préc.*, p. 1042 et s ; Y. Auguet, *ouvrage préc.*, p. 3 et 4. Reste que l'ambiguïté de la rédaction des articles L. 141-5 et L. 141-2 du Code de commerce (art.1 et 9 de la loi Cordelet du 17 mars 1909), qui, à propos des éléments constitutifs du fonds de commerce susceptibles de faire l'objet de la vente et du nantissement, emploie distinctement les termes « clientèle » et « achalandage », n'est pas pour faciliter le rapprochement annoncé de ces deux notions. La doctrine avance deux critères de distinction : l'un est fondé sur la motivations, l'autre est, d'ordre chronologique. Ainsi, les partisans de la thèse du premier critère, expliquent qu'il faut, pour distinguer entre les chaland et les clients, tenir compte de la motivation qui crée le lien entre le vendeur et l'acheteur. L'achalandage serait constitué par l'ensemble des personnes attirées par les éléments objectifs du fonds, par exemple le localisation, commodité d'emplacement, variété et qualité de produit ou la réputation d'une marque, tandis que la clientèle serait constituée par l'ensemble des personnes sensibles aux facteurs subjectifs, liés à la personne du commerçant, comme ses compétences ou sa probité et ne reste pas nécessairement fidèle à son successeur. La conséquence de cette distinction, qui correspond certes à une réalité économique et sociologique, est que seul l'achalandage garantit la valeur marchande du fonds. Voir notamment en ce sens, R. Savatier, L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français, in *Mélanges J. Maury*, tome 2, Dalloz-Sirey, 1960, p. 559 et s. – J. Valery, *Maison de commerce et fonds de commerce*, *Ann. Dr. Com.* 1902, p. 209 et 269. – Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 239, note 2. Les tenants de la thèse fondée sur la chronologie des relations, expliquent pour leur part que, c'est le moment d'établissement du lien qui permet de déterminer la distinction. Ils opposent la virtualité de l'achalandage à la réalité de la clientèle. Derruppé constatait toutefois qu'« il n'y a pas de différence fondamentale entre l'achalandage et la clientèle. La différence est surtout temporelle. La clientèle provient de l'achalandage, l'achalandage survit à la clientèle », J. Derruppé, *Clientèle et achalandage*, in *les orientations sociales du droit contemporain*, Mélanges J. Savatier, PUF 1992, p. 167. – Rapport Rottondi, *La notion juridique de l'achalandage* : *Ann. Dr. Com.* 1930, p. 30, 132 et 135. Quoiqu'il en soit, le terme d'« achalandage » semble généralement aujourd'hui reléguer, selon Derruppé (*op. cit.*, p. 168) « au rang de synonyme plus ou moins archaïque ». La doctrine pour laquelle, il n'y a pas lieu d'opérer de distinction, l'expression légale contenu dans les articles L. 141-5 et L. 142-2 du Code de commerce, ne serait qu'une simple redondance, autrement dit, une coquille ou une simple erreur matérielle de rédaction. Voir en ce sens P. Le Floch, *Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, LGDJ, t. 192, 1986, spéc. n° 69. – Y. Auguet, *op. cit.*, p. 5. – Derruppé conclut son intrusion dans le débat de la définition de la clientèle en constatant que « Dire que la clientèle est un élément ou une qualité, une condition ou une résultante n'est qu'une querelle secondaire et sans doute inutile. Il ne paraît donc pas nécessaire de changer les habitudes de langage qui trouvent leur support dans la loi (loi du 17 mars 1909, article 1, alinéa 2) », Derruppé, *Fonds de commerce et clientèle*, in *Mélanges Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 234.

¹⁴³ Yousef Taher moussavi, *Droit bailleur et locataire*, Majd, 2006, p. 177.

g- Un choix pour les parties ne pouvant pas souscrire un bail commercial de droit commun.

120. Un preneur à bail, ne peut raisonnablement se projeter dans l'avenir s'ils ne justifient de stabilité pour asseoir dans l'inconscient des clients, les référentiels de son activité. La précarité¹⁴⁴ est source d'incertitude et donc de vulnérabilité pour une activité soumise sur le marché. Elle constitue une contrainte rivale pour l'entreprise qui en est l'objet. Seulement, force est aussi de constater que la situation des opérateurs économiques n'est pas toujours identique. « Certains arrivent à peine sur le marché et veulent s'accorder un temps d'observation avant de se déterminer. Ils n'ont pas une assise financière leur permettant au préalable de solliciter une étude de marché pour appréhender le potentiel du marché en cause. D'autres attendent un financement qu'ils ne sont pas encore sûr d'obtenir »¹⁴⁵. Autant de raisons qui font qu'ils préfèrent d'abord souscrire un bail à l'essai. Le législateur français a entendu répondre à leur attente en instituant un bail dérogatoire de deux ans. Bien que la loi iranienne soit semblable à la loi française en ce qui concerne les conditions de reconnaissance d'un lieu commercial, il n'apporte aucune limitation sur la durée du contrat. Même les organisations spécialisées comme les hôtels, des impôts, ou chambre de commerce ne nécessitent pas une durée minimale du bail pour les locaux commerciaux pour combler cette lacune de la loi. Ceci a entraîné de nombreux conflits entre les propriétaires et les locataires.

Sous section 2 – Instrument de préservation de l'activité de l'entreprise en situation provisoire sur le marché, avec une durée dérogatoire de deux ans.

§1- Bail commercial à l'essai, bail dérogatoire et convergence entre les droits France et Iran.

121. Le bail dérogatoire ou « bail de courte durée »¹⁴⁶ est un bail susceptible d'être régi par le statut des baux commerciaux, mais qui n'en relève pas par le seul fait de la volonté des parties, en vertu de la dérogation légale. Le bail dérogatoire, est au bail commercial, selon

¹⁴⁴ Joël Monéger, Certitudes et précarité : Loyers et copr. Décembre 2003, Repères 12, p. 3.

¹⁴⁵ Akbar Bina, bailleur et locataire en droit anglais, Ruvue. civ. (Majale vezarat dadgostari), n°4, p.42.

¹⁴⁶ Deux ans au maximum, art. L. 145-5 du Code de commerce.

l'expression d'un auteur¹⁴⁷, « ce que l'union libre a été au mariage il y a quelques siècles. Il est un accord pour une brève durée qui peut devenir, par le seul effet du temps, un bail commercial susceptible d'être placé sous l'empire du Code de commerce »¹⁴⁸. Ce bail est un bail à l'essai, devant et pouvant déboucher sur un bail commercial de droit commun¹⁴⁹. Reste que le caractère transitoire qui est son critère, entretient la confusion¹⁵⁰ avec la convention d'occupation précaire. Cette équivoque est désormais levée par la Cour de cassation qui par l'arrêt de sa troisième chambre civile du 19 mai 2003¹⁵¹ a clairement dégagé les critères de définition de la convention d'occupation précaire¹⁵². Il existe dans la loi iranienne cette faculté pour les parties de se lier par un nouvel accord, mais sans limitation de temps comme

¹⁴⁷ J. Monéger, Commentaire sous art. L. 145-5 c. com., Code des baux, 18^e éd. Dalloz, 2007.

¹⁴⁸ Art. L. 145-5 du Code de commerce.

¹⁴⁹ « Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels », rapp. Pelletier, avril 2004, p. 42 et s. : <http://www.Justice.Gouv.fr/>

¹⁵⁰ J. Monéger relève que « ... La confusion entre le bail précaire et le bail de courte durée est de celles qui perdurent ». Il convie à y mettre fin et propose les éléments de différenciation. Pour lui, « Le bail précaire est une création de la jurisprudence ; le bail dérogatoire est une œuvre du législateur. Le premier peut avoir une longue durée, alors que le second ne peut durer que 24 mois. Le premier a une durée variable, selon que le facteur de précarité se réalise tôt ou tard ; le second a une durée fixée ab initio par la convention locative », J. Monéger, *chron. Baux commerciaux : RTD com.*, juill.-sept. 1999, p. 639 ; Voir aussi du même auteur : *Les bons mots : Loyers et copr.* Décembre 1997, *Repères*. Ph.-H. Brault note que « c'est en principe le caractère provisoire de la convention avec la fragilité des droits de l'occupant qu'elle induit, qui est le critère essentiel, sans que la durée contractuelle – ou a fortiori la durée d'occupation effective – ne constitue un élément déterminant », ph.-H. Brault, *Loyers et copr.* 2004, p. 13. – Y. Rouquet note qu'« une convention d'occupation précaire – qui échappe à l'application des règles du Code civil, comme à celles des articles L. 145-1 et s. du Code de commerce, (...) se caractérise non par sa courte durée, mais par la reconnaissance d'une circonstance exceptionnelle, la précarité affectant l'occupation ou la modicité de la redevance », Y. Rouquet, *D.* 2003, p. 3051. – Adde : *Cass. 3^e civ.*, 16 février 2000 : *Bull. civ.* III, n° 33 ; *D.* 2000, *AJ*, p. 207, obs. Y. Rouquet ; *CA Paris*, 24 septembre 1991 : *D.* 1992, *somm.*, p. 369, obs. L. Rozès.- J. –C1 Bail à loyer, *Fasc. 1255*, n° 10.

¹⁵¹ *Cass. 3^e civ.*, 19 mai 2003 : *Loyers et copr.* 2004, p. 13 ; *D.* 2003, p. 3051, obs. Y. Rouquet ; *Code des baux*, commentaire sous art. L. 145-5 du Code de commerce, 17^{ème} éd. *D.* 2007, J. Monéger. Cet arrêt a été rendu dans une espèce où l'exploitation du cinéma le Grand Rex à Paris avait par trois contrats successifs d'une durée inférieurs à vingt trois mois chacun et qualifiés par les parties de « convention d'occupation précaire », mis à la disposition d'une vendeuse de boissons et de confiseries une partie du local. Suite au congé délivré par lettre recommandée, censé logiquement mettre fin à la convention locative et malgré la qualification retenue par les parties, la vendeuse a cru bon devoir assigner son cocontractant à l'effet de se voir reconnaître le bénéfice de la propriété commerciale. Les juges du fond font droit à sa demande (*CA, Paris*, 16^{ème} ch. B. 5 avril 2002 : *AJDI* 2002, p. 766 ; *Administrer* novembre 2002, p. 21, obs. B. Boccara et D. Lipamn-Boccara ; *Rev. Loyers* 2002, p. 417, obs. G. Azéma.

¹⁵² L'arrêt pose en effet que « la convention d'occupation précaire se caractérise, quelle que soit sa durée, par le fait que l'occupation des lieux n'est autorisée qu'à raison de circonstances exceptionnelles et pour une durée dont le terme est marqué par une cause autre que la seule volonté des parties : à défaut, la convention, bien que qualifiée d'occupation précaire, constitue un bail dérogatoire de l'article L. 145-5 du Code de commerce ». Un auteur relève que celui-ci rappelle opportunément dans sa motivation le caractère provisoire de la convention et la fragilité des droits de l'occupant tout en précisant les deux conditions qui sont cumulativement requises :

- convention conclue en raison de circonstances exceptionnelles
- pour une durée dont le terme est marqué par d'autres causes que la seule volonté des parties.

Il en résulte que la notion de « circonstances exceptionnelles » implique en toute hypothèse que les cocontractants ne puissent au moment de la conclusion de la convention, établir un bail dérogatoire ou statutaire. Dès lors, faute en l'espèce pour les parties d'avoir par le contrat en cause, préciser le motif justifiant la précarité, celui-ci ne pouvait échapper à la requalification en bail dérogatoire.

en droit français (deux ans). Le législateur iranien reconnaît et respecte les volontés des parties, et n'impose pas de limitation de la durée locative.

§2- Un solution de flexibilité essentiel à l'ancement de l'activité des nouveaux accédants au marché.

122. Son utilité est vérifiée dans certaines circonstances. Il a la souplesse nécessaire pour maintenir ou poursuivre l'activité du preneur en situation provisoire sur le marché. Pour certains acteurs débutants sur le marché, le bail dérogatoire revêt un grand intérêt. Le risque entrepreneurial étant réel¹⁵³, il paraît raisonnable pour eux de se ménager au moyen d'une flexibilité de la relation locative. La mutation n'interviendra que si le nouvel accédant réalise que le marché offre des gages et des perspectives favorables. En attendant, il peut se contenter de ce contrat qui lui offre une jouissance certes limitée, mais moins onéreuse¹⁵⁴, sans contraintes, et qui plus est, suffisante pour lui permettre de se faire une opinion du potentiel du marché. En permettant à cet acteur potentiel de marché de mettre le pied à l'étrier, le bail dérogatoire sert à cet égard de tremplin pour le marché de la distribution¹⁵⁵. L'arrivée sur le marché des nouveaux acteurs qu'il favorise et accompagne, permet de renforcer la structure de la concurrence et ainsi d'améliorer l'offre aux utilisateurs finals. Ceci présente un point de vue très intéressant qui comme mentionné ci-dessus, n'est pas prévu dans la loi iranienne. Mais comme dans la loi française, les parties peuvent décider de conclure un bail de courte durée.

§3- Les possibilités offertes par le bail dérogatoire.

123. Le bail dérogatoire offre par ailleurs, une solution satisfaisante pour une implantation tiroir nécessité par l'attente de la livraison d'un immeuble ou de la conclusion

¹⁵³ Une étude réalisée récemment par le greffe du tribunal de commerce de Paris, montre que sur 2870 entreprises ayant repris un fonds de commerce à Paris en 2001, 226 ont disparu dans la foulée de la reprise. C'est dire l'ampleur du risque : « Reprendre et transmettre une entreprise : état des lieux et mode d'emploi », Etude du greffe du tribunal de paris, septembre 2003. – Add : Les diverses mesures fiscales et financières incitatives ou l'immunité de principe conférée au patrimoine personnel participent des mesures prises par les pouvoirs publics pour contenir les échecs et inciter à la création d'entreprises, Voir la loi Dutreil préc.

¹⁵⁴ Il est constant que les propriétaires ne requièrent pas de pas-de-port pour un bail commercial dérogatoire.

¹⁵⁵ On peut même dire qu'il participe à sa façon du dispositif d'incitation à la création d'entreprise.

d'un bail statutaire¹⁵⁶. « Certains acteurs économiques observent que ce bail répond à un vrai besoin, mais sa durée actuelle maximale de vingt quatre mois, qui doit souvent couvrir à la fois les délais d'installation dans le site temporaire et le temps nécessaire à la préparation du site d'accueil définitif, n'est pas suffisante. Ils plaident pour une souplesse ou une plasticité accrue permettant un alignement de la durée du bail dérogatoire sur celle des contrats de services afin que les deux conventions s'éteignent au même moment »¹⁵⁷. Un tel ajustement devrait aussi pouvoir jouer dans l'hypothèse de l'occupation d'une surface louée par un tiers en attendant que le titulaire d'un bail principal ne prenne la décision de l'utiliser pour sa propre activité. Sous cet aspect, le bail dérogatoire permet de maintenir sur le marché l'offre de ces acteurs en transition. Ceci fournit au locataire un délai supplémentaire pour se préparer à évacuer les locaux.

§4- Le bail dérogatoire doit rester exceptionnel.

124. En dépit de cet intérêt, le caractère exceptionnel du bail dérogatoire doit être maintenu. Ce bail ne doit constituer qu'un secteur en marge du droit commun du bail commercial. Son utilité est indiscutable, mais il ne doit pas servir d'échappatoire à l'application du statut. Son utilisation doit rester limitée dans le temps sous peine de vider de sa substance le régime de droit commun dont la prééminence du rôle dans le financement et le dynamisme des acteurs de la distribution ne disposant pas de la propriété de local de leur activité a été précédemment démontré.

§5- Inopportunité d'une durée plus longue.

125. Certains utilisateurs de locaux de bureaux, auditionnés par le groupe de travail Pelletier ont relayé¹⁵⁸ la requête des groupement de propriétaires tendant à prolonger à quatre

¹⁵⁶ Il peut en être ainsi, en cas de refus de renouvellement ou de transfert de l'implantation sur un site encore chantier.

¹⁵⁷ P. Pelletier, Documentation française 2004, point 45.

¹⁵⁸ Pour des raisons qui sont propres à la caractéristique de leur activité.

ans la durée du bail dérogatoire. Ils soutiennent que la durée de vingt quatre mois maximum, est trop courte au regard des délais des opérations immobilières justifiant d'y recourir. Ils n'ont pas été suivis par le groupe Pelletier qui constate dans son rapport que « d'autres utilisateur ont exprimé la crainte qu'une durée allongée du bail dérogatoire le transforme de facto en un bail de « courte durée » qui risquerait de fragiliser l'implantation des locataires »¹⁵⁹. Dans ces conditions, le groupe a proposé le maintien de la durée dérogatoire de vingt quatre mois, quitte à laisser aux parties par souci de souplesse et d'adaptabilité, la faculté de conclure à l'intérieur de ce délai de deux ans, un ou plusieurs baux dérogatoires¹⁶⁰. Il est d'avis que cette durée exhaustive prive le propriétaire du droit de disposer de sa propriété. Il semblerait alors que ni la loi iranienne, dans laquelle il n'existe aucun délai déterminé sauf accord des parties, ni la loi française, qui prive le propriétaire de ses droits, ne soient équitables.

¹⁵⁹ « Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels », Rapport au gard des sceaux, ministre de la justice, présenté par le groupe de travail consisté sous la présidence de P. Pelletier, Documentation française 2004, point 45.

¹⁶⁰ « il a été observé que les parties pouvaient en effet souhaiter s'engager pour une durée inférieur à deux ans, par exemple une année, et que rien ne justifiait que la prolongation de cette courte période demeure illicite. Cette souplesse nouvelle offerte aux parties à l'intérieur du cadre strict de deux ans est apparue d'intérêt commun », « Propositions pour une modernisations du régime juridique des baux commerciaux et professionnels », rap. Préc.

Section 2 – Les correctifs dans les équilibres concurrentiels entre entreprise.

126. Sous le régime français, du statut des baux commerciaux antérieur à celui issu de la loi du 12 mai 1965, la durée du bail commercial était à la carte. C'était l'époque dite du « trois, six, neuf »¹⁶¹. Libre aux parties de convenir de la durée de leur bail. Mais cette liberté ne profitait qu'à ceux qui avaient le moyen de négocier des durées relativement longues. Pour les autres, non seulement la précarité de leur bail ne leur permettait pas d'avoir la sérénité pour développer leur activité, mais en plus, elle les privait du droit à la propriété commerciale. Qui plus est, les renouvellements récurrents qu'ils étaient obligés de négocier pour rester dans le même local¹⁶², leur faisant supporter des augmentations de loyers plus élevées que les augmentations de loyers de révisions supportées par ceux dont le bail est de durée longue. En Iran, aussi bien dans les lois anciennes datant d'avant la révolution islamique, que dans la loi de 1997, inspirée des lois de la charia, qui est la loi en vigueur, il n'existe aucune durée minimale du contrat. Cependant le législateur de l'ancienne loi (de 1977), en s'inspirant des anciennes lois françaises, reconnaissait le « pas de port » associé un lieu commercial, pour récompenser les efforts du locataire. La loi de 1997 annule le « pas-de-porte », sauf si une telle somme a été versée au propriétaire au moment de l'ouverture du contrat. Dans ce cas, conditionnée au remboursement de cette somme selon la valeur du marché. L'encadrement impératif de la durée du bail était le moyen pour rétablir une égalité compétitive entre les preneurs à bail commercial à l'égard de la propriété commerciale (Sous section1), mais aussi à l'égard de la révision du loyer (Sous section2).

¹⁶¹ Même si l'expression ne le laisse pas croire, le « trois, six, neuf » n'était qu'une création de la pratique. La durée était libre. Les parties étaient libres de conclure de baux de six mois, un an, ou bail verbal.

¹⁶² Contrairement à ceux dont le bail est durée longue.

Sous section 1 – Le relèvement de l'égalité compétitive à l'égard de la propriété commerciale par l'harmonisation de la durée.

§1- Une distorsion de concurrence née du dévoiement de la durée à la carte.

127. En 1926¹⁶³, pas plus qu'en 1953¹⁶⁴, le législateur français, n'avait pas souhaité légiférer en matière de durée¹⁶⁵ des conventions locatives portant sur les immeubles affectés à l'exploitation commerciale, industrielle et artisanale¹⁶⁶. Par la loi iranienne¹⁶⁷, en matière de durée des conventions locatives portant sur les immeubles affectés à l'exploitation commerciale, industrielle et artisanale, le droit ayant quand à lui, plus-avancé et distingué deux situations. « Le contrat du bail est un contrat temporaire »¹⁶⁸. Si l'on ne prévoit pas la durée du bail, le contrat sera considéré, comme le bien de la chose louée. La détermination de la durée influence sur le loyer. Plus elle est longue, plus le loyer sera de niveau élevé, sans doute, on faisait confiance à la maturité des parties. Son attitude était certainement inspirée par le bon sens. Cependant, en disposant à l'article 4¹⁶⁹ du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953¹⁷⁰ que « le droit au renouvellement ne peut être invoqué que par les locataires (...) qui justifient qu'ils exploitent un fonds de commerce (...) soit depuis deux années consécutives en vertu d'un ou de plusieurs baux écrits successifs, soit depuis quatre années consécutives en vertu ou bien d'un ou de plusieurs baux verbaux successifs, ou bien de baux verbaux ou écrits », le législateur n'avait pas imaginé que cette disposition pouvait donner lieu à une application de nature à en faire un instrument de distorsion de concurrence entre preneurs à bail commercial. On voit que se sont succédées en droit iranien deux phases : par la loi de 1977, qui date d'avant la révolution islamique, le législateur avait entendu « mettre l'accent

¹⁶³ Loi du 30 juin 1926.

¹⁶⁴ D. n° 53-960 du 30 septembre 1953.

¹⁶⁵ La seule disposition traitant de la durée dans la loi du 30 juin 1926, est celle issue de l'article 3 selon lequel « (...) sauf accord entre les parties, la durée du nouveau bail imposé par les arbitres sera égale à celle du bail en cours, sans toutefois, dépasser neuf ans ». d'autres dispositions dont notant les articles 1^{er} et 17 qui eux, fixaient respectivement à deux années et à neuf années au moins d'exploitation consécutive, selon qu'il s'agisse d'un bail écrit ou verbal, pour invoquer le droit au renouvellement, n'appréhendaient pas la durée du bail initial.

¹⁶⁶ Les auteurs ont rappelé que « jusqu'à maintenant, la durée était fixée au gré des parties qui pouvaient aussi bien convenir de faire un bail à durée indéterminée se renouvelant de trois mois en trois mois ou d'année en année, ou de faire un bail pour une durée ferme d'un an, de dix huit mois, de cinq ans, etc ... », J. Archevêque, J.-M. Legrand et Ph. De Belot, Loi du 12 mai 1965 modifiant le statut des baux commerciaux, Gaz. Pal. 1965, 2^e sem., p. 11.

¹⁶⁷ Loi du 17 août 1997.

¹⁶⁸ N. Katouzian, droit privé, T1, bilatéral contrat, enteshar publication, 7^{ème} éd. 1999.p.347.

¹⁶⁹ Article L. 145-8 du Code de commerce.

¹⁷⁰ Certainement pour éviter toute invocation abusive ou inconsidérée de la propriété commerciale.

sur la protection du locataire »¹⁷¹, comme c'est le cas dans la loi française, ensuite, par la loi de 1997, inspirée des dispositions de la charia, qui ne fixe aucune durée minimale pour le contrat, le législateur a, cette fois, au contraire, entendu « mettre l'accent sur la protection du propriétaire »¹⁷².

128. Selon l'article 468 du Code civil iranien en 1933 : « La durée du bail doit être déterminée au contrat du bail, sinon le contrat sera nul » Par conséquent si l'on ne détermine pas la durée du bail et il n'y a aucun accord mutuel sur la durée, le contrat sera nul et il n'aura aucun effet sur le transfert de la jouissance de la chose louée.

§2- L'asymétrie de la condition donnée par la durée à la carte.

129. Selon la loi en France, sur l'application des dispositions donnaient à deux situations aux conséquences radicales :

- si le bail était un bail écrit de deux ans ou plus, il suffirait au preneur d'exploiter son fonds pendant les deux années pour avoir droit au bénéfice de la propriété commerciale.
- si le bail était un bail écrit de durée inférieur à deux ans, ou s'il était un bail verbal, ou les deux alternativement, le preneur ne peut avoir droit au bénéfice de la propriété commerciale, sauf s'il justifiait de quatre années consécutives d'exploitation. comme ainsi qu'il a déjà été indiqué, n'existe pas dans la loi iranienne, le droit français est, quant à lui, plus avancé et distingue deux situations.

§3- Dualité de régime, source de distorsion de concurrence entre preneurs acteurs de marché.

130. Il y avait là une dualité de régimes créant une distorsion de concurrence entre preneurs. En effet, le preneur qui se voyait consentir un bail écrit de deux ans savait que sa vocation au renouvellement ou à l'indemnité d'éviction, ne dépendait plus du bon vouloir du propriétaire. Celui qui au contraire, n'avait qu'un bail écrit inférieur à deux ans ou un bail verbal, était dans l'incertitude absolue. Il exploitait sans savoir si le bailleur lui accorderait la

¹⁷¹ M. Kashani, étudié les divergences par la loi 1977 et la loi 1997, bull (kanon vokala), n° 165, p. 39.

¹⁷² M. Kashani, étudié les divergences par la loi 1977 et la loi 1997, bull (kanon vokala), n° 165, p. 41.

durée de jouissance nécessaire pour avoir droit à la propriété commerciale. Il vivait dans la crainte d'un congé qu'il ne pouvait anticiper. Son positionnement concurrentiel se trouvait fragilisé voire précarisé. C'était une situation d'autant plus inéquitable pour ces preneurs que sans la stabilité, ils ne pouvaient projeter dans l'avenir leur activité, au demeurant soumise à la concurrence de ceux de leurs concurrents qui, assurés de la protection statutaire, pouvaient des initiatives offensives pour conforter leur position sur le marché. Il en allait de même en Iran. Selon la loi de 1977, dans le même ordre idée, celui qui n'avait qu'un bail écrit, inférieur à un bail verbal, était dans l'incertitude absolue. Il exploitait sans savoir si le bailleur lui accorderait la durée de jouissance nécessaire pour avoir droit à la propriété commerciale. Mais, après la ratification de la loi de 1997, le droit iranien n'accorde pas un délai minimal au locataire.

§4- Domaine du dispositif par les propriétaires et le rôle du législateur à preneur.

131. Pour éviter de se lier pour des longues durée qu'ils estimaient peu intéressantes financièrement, les propriétaires à l'époque, choisissaient de ne consentir que des baux verbaux ou à durée indéterminée, se renouvelant par période de trois ou de six mois auxquels, ils mettaient fin avant que ne soit couverte la durée d'exploitation de quatre années, requises pour ouvrir droit au renouvellement¹⁷³. Seuls les preneurs nantis de réels pouvoirs de négociation, compte tenu de leur puissance économique ou de leur maîtrise de l'environnement juridique, obtenaient des baux de durée suffisante pour bénéficier de la protection statutaire. Cet avantage obtenu, ils pouvaient sereinement déployer leur activité. Quant aux autres, c'est-à-dire, les petits, ceux à qui le statut des baux commerciaux est dédié, ils étaient simplement tributaires de la volonté des bailleurs. Le législateur se devait de reprendre la main pour rétablir l'égalité. En général, l'Etat est censé protéger les commerçants et les locataires contre les propriétaires souvent riches et puissants, non seulement car ceci favorise la croissance économique du pays, mais aussi parce qu'il est de devoirs de chaque gouvernement de protéger les souches plus défavorisées de la société. Ce statut existe en Iran. Les propriétaires, à l'époque, choisissaient de ne consentir que des baux

¹⁷³ « Le bailleur qui craignait de consentir un bail susceptible de renouvellement, passait, soit un bail écrit de moins de deux ans, soit un bail verbal qu'il dénonçait de telle façon qu'il n'atteigne pas quatre ans, empêchant ainsi le preneur d'acquiescer la durée d'exploitation qui était alors nécessaire pour pouvoir prétendre à renouvellement », J. Archevêque, J.-M. Legrand et ph. De Belot, op. cit., p. 14.

verbaux ou à durée indéterminée, mais selon l'article 501 du Code civil iranien¹⁷⁴, on peut toujours sauver le contrat de bail ainsi conclu de la nullité (comme l'article 515 qui concerne, lui, le contrat de bail des ouvriers)¹⁷⁵.

La durée du bail commence le jour contracté par les deux parties contractantes, car la volonté de deux parités gouverne le contrat avant la loi. Par exemple si le contrat du bail a été conclu le premier jour du printemps, il peut être mis à l'exécution à partir du premier jour d'hiver. La durée du bail commence donc le premier jour l'hiver pour un an. Si l'on n'a pas déterminé la date du commencement, la durée commence à la date de la conclusion du contrat (Article 469 du Code civil) car si le contrat ne dit rien sur la durée, le contrat sera considéré immédiat pour déterminer la date des engagements.

§5- Etude des droits français et iranien par la suppression du bail verbal et l'institution d'une durée légale de neuf ans pour tous.

132. Enonçant au premier alinéa de l'article 3-1 du décret du 30 septembre 1953¹⁷⁶ que « la durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans », le législateur a entendu supprimer pour l'avenir la notion de bail commercial verbal, fait suivant l'usage du lieux, et renouvelable par semblable période à défaut de congé. Cette réforme a harmonisé la durée des conventions locatives et rétabli l'égalité au regard de la durée de jouissance. L'égalité tout d'abord au regard des preneurs des baux verbaux qui jusqu'alors n'avaient comme perspective qu'une simple éventualité de renouvellement de leur bail. « Il est en effet anormal que puissent être définitivement maintenues certaines distorsions qui nuisent au jeu normal de la concurrence qui doit pouvoir se développer au bénéfice du consommateur », constatait Gabriel Kaspereit¹⁷⁷, rapporteur de la commission de la production et des échanges à l'Assemblée nationale en 1964.

¹⁷⁴ Article 501 du Code civil iranien : Si la durée n'est pas exactement mentionnée au contrat et le loyer a été stipulé par mois ou par an, le contrat du bail sera valide pour un mois ou un an. Si le preneur continue sa possession plus de cette durée et le bailleur ne veut l'expulsion, c'est l'indemnité de possession qui sera déterminée et exécutée. A l'aide de ces circonstances, on peut donc considérer le contrat du bail pour un mois ou un an.

¹⁷⁵ Selon l'article 515 du Code civil iranien : Si l'on engage des salariés pour travailler sans déterminer l'expiration de la durée de l'embauchement, la durée du bail est limitée à celle pour laquelle on a déterminé un salaire. Par conséquent si l'on a engagé un salarié en déterminant le salaire par jour, par semaine ou par an, le bail sera limité à un jour ou une semaine ou un an. A l'expiration, le salarié reçoit une indemnité de travail pour la suite de son travail.

¹⁷⁶ Dans sa version issue de la loi n° 65-356 du 12 mai 1965, Art. L.145-4 du Code de commerce.

¹⁷⁷ J. O., déb. Ass. Nat. 1964, 1^e séance, 25 juin 1964, p. 2194.

133. L'égalité ensuite à l'égard des preneurs à baux écrits de deux années, durée certainement suffisante pour ouvrir le droit au renouvellement, mais trop brève pour motiver ou justifier des investissements importants. Face à cette situation en droit iranienne, selon l'article 468 du Code civil iranien : « La durée du bail doit être déterminée au contrat du bail, sinon le contrat sera nul » Par conséquent si l'on ne détermine pas la durée du bail et il n'y a aucun accord mutuel sur la durée, le contrat sera nul et il n'aura aucun effet sur le transfert de la jouissance de la chose louée. Mais cet article sera applicable à condition qu'on ne puisse pas dériver des circonstances la durée du bail. Prenons par exemple un bail oralement conclu entre les deux, mais le bailleur nie la détermination de la durée.

§6- Relèvement de l'équilibre de la durée d'exploitation requise pour le bénéfice de la propriété commerciale dans le droit Français.

134. Par ailleurs, en optant à l'article 4 du décret¹⁷⁸ pour une durée d'exploitation en continue de « trois années »¹⁷⁹, le législateur avait tiré les conséquences pertinentes du principe posé à l'article 3-1 du décret. En effet, ce régime unitaire de trois années d'exploitation met tous les preneurs au même régime. Elle réalise l'harmonisation de la durée requise pour le bénéfice de la propriété commerciale. Elle rétablit l'équilibre et les conditions minimales du maintien et du développement d'une concurrence honorable entre les acteurs du marché¹⁸⁰ qui louent pour exercer leur activité. Ce faisant, le législateur entendait aussi

¹⁷⁸ Actuellement art. L. 145-8 du Code de commerce.

¹⁷⁹ Durée à mi-chemin entre celles prévues dans le précédent régime dualiste pour le bénéfice du droit au renouvellement. Deux années pour les baux écrits et quatre années pour les baux verbaux ou alternativement écrits et verbaux.

¹⁸⁰ Pour les auteurs de l'époque, qui pour l'essentiel ont approuvé cette dispositions, « cette réforme qui découle de la suppression du bail commercial verbal nous paraît légitime, et la durée d'exploitation retenue, fort sagement arbitrée. Trois années d'exploitation sont un laps de temps suffisant pour créer une exploitation sérieuse et méritant d'être protégée par le droit au renouvellement », J. Archevêque, J.-M. Legrand et Ph. De Belot, Remous sur la propriété commerciale, Gaz. Pal., 1964, 2^e sem., 84.

Les auteurs précités, dans un article postérieur, consacré au même sujet et dans les colonnes de la même revue observaient que « depuis celle-ci (la réforme), la durée d'exploitation nécessaire pour prétendre au renouvellement se trouve unifiée puisque avec l'article 3-1 nouveau du décret, la notion de bail verbal originaire doit disparaître, cet article accordant au bail commercial rentrant dans le champ d'application du décret une durée minima de neuf années. De ce fait, il n'y avait plus de raison de maintenir le double régime ancien et la loi nouvelle fixe désormais à trois ans, en modifiant l'article 4 du décret, la durée d'exploitation contractuelle requis, c'est-à-dire qu'on a retenu une durée intermédiaire entre les deux durées antérieurement prévues », Gaz. Pal. 1965, doc., p. 15.

pacifier et simplifier les rapports entre les partenaires au bail. Dans le rapport Hoguet¹⁸¹, on peut lire : « le présent article tend à simplifier les conditions actuellement en vigueur concernant la durée minimum des baux susceptibles d'ouvrir le droit à la propriété commerciale ».

§7- Convergence entre les droits Français/iranien : Le caractère d'ordre public pour affirmer l'attachement du législateur au principe d'égalité des parties de marché.

135. Pour s'assurer de la discipline des partenaires au bail et pour attester du caractère fondamental de cette réforme dans l'économie et l'équilibre du statut des baux commerciaux, le législateur a conféré à l'article 3-1 du décret de 1953, dans sa rédaction issue de la loi du 12 mai 1956, le caractère d'ordre public¹⁸². De même, comme précédemment étudié, tout en tenant compte de l'influence de la charia sur le droit national, le législateur iranien respecte le principe d'égalité des parties dans la loi¹⁸³. Il ressort de ces constatations une convergence s'agissant du caractère d'ordre public du principe d'égalité des parties de marché.

§8- Une restriction justifiée par la faillite du libéralisme à appréhender la nouvelle donne.

136. L'économie moderne, sujette aux aléas de la compétitivité et aujourd'hui de la mondialisation, commande des ajustements que les pouvoirs publics, faute d'alternative, opèrent¹⁸⁴ en empiétant nécessairement sur la sphère de la propriété privée. Ces restrictions légales de la sphère de la liberté n'ont pas cessé de susciter la critique des tenants du libéralisme pur et dur. Mais, très sensible à l'attente des consommateurs, le législateur poursuit son élan et s'est forgé une conviction, perceptible dans la déclaration suivante

¹⁸¹ Rapport, n° 1020, op. cit.

¹⁸² Voir du Code de commerce art. L. 145-15 (anc. Art. 35 D. 1953). –J.-P. Blatter, L'ordre public du statut des baux commerciaux, AJDI 2003, p. 396 et s. Le caractère d'ordre public conféré à cette disposition constituait une grave entorse au principe de la liberté contractuelle et une atteinte au caractère sacré de la propriété privée.

¹⁸³ Article 2 de la Loi du bail votée en 1997 « Dans tous les contrats du bail, la durée doit être déterminée signé par le bailleur et le preneur et certifié par de témoins connus par les deux parties contractantes. Le Doctrine no. 1039517- 22.01.2010 estime que le contrat conclu sans respecter l'article 2 de la Loi du bail votée en 1997 n'est pas soumis à l'article 2 de cette loi pour les boutiques objet de l'article unique de la loi du bail établi sur la cession de l'usage et de la livraison, votée le 22.02.2000 en seront soumises.

¹⁸⁴ Du mieux qu'ils peuvent.

1964¹⁸⁵ : « une disposition relative à la durée des baux écrits attirera sans doute certaines critiques de la part des défenseurs de la propriété bâtie. Cependant si celle-ci apparaissent fondées en droit, puisqu'il y a échec au principe de la liberté des conventions, il convient de marquer que, dans notre droit moderne du XXe siècle, celui-ci a déjà subi de telles entorses que l'on peut se demander si un jour prochain, ou même déjà à l'époque actuelle, il n'est pas devenu l'exception d'une règle d'or qui est, de plus en plus d'ordre public ».

§9- Replacer l'égalité entre preneurs à l'égard des dispositions statutaires relatives à la révision du loyer.

137. Au-delà de la question de l'égalité du droit à l'ouverture à la propriété commerciale, la mise en échec des dispositions relatives à la révision triennale, justifiait *per se* l'encadrement impératif de la durée du bail. En effet, les dispositions statutaires relatives à la révision triennale étaient facilement contournées par la faculté dont disposaient les parties, en particulier les bailleurs, de déterminer à leur bon vouloir, la durée du bail initial. Ce dévoiement cristallisait les loyers à des niveaux très variés, mettant de *facto* en échec le modèle de régulation institué par l'article 27 du décret ainsi que la stabilisation des prix qui en était le corollaire. Dès lors, l'intervention du législateur, en ce qu'elle permettrait d'harmoniser les variations des loyers, était nécessaire pour préserver l'égalité concurrence entre les acteurs de marché preneurs à bail. Il semble que la longueur de cette durée limite le sens de propriété, donc la négligence des droits du locataire ainsi que l'exigence de renouvellement du contrat en France, tout les deux nous semblent inéquitables.

Sous section 2 – Les positions concurrentielles à l'égard de la modification du loyer par l'harmonisation de la durée du bail.

§1- La dérive de la modification du loyer et l'échec de la protection des valeurs.

138. En droit Français, l'application des anciennes dispositions de l'article 27 du décret de 1953 traitant des conditions de recevabilité de la demande en révision du loyer, a provoqué

¹⁸⁵ R. Zimmermann, déclaration faite à la tribune de l'Assemblée nationale, J.O., déb. Ass. Nat., 1^{er} séance, 25 juin 1964, p. 2197.

chez les bailleurs une réaction d'hostilité¹⁸⁶. Ils avaient massivement décidé d'exploiter à leur avantage la faille principale du dispositif, mettant ainsi en péril la substance de la politique de la stabilisation des prix et de l'harmonisation de la révision des loyers commerciaux. Cette réaction, analysée sous l'optique concurrencée, laissait à désirer. Elle accentuait, contrairement à l'intention affichée par les pouvoirs publics, la disparité des loyers. Une disparité dont la conséquence, à un premier niveau est la perte de compétitivité des entreprises qui supportaient les plus fortes charges de loyers et à un second niveau, le renchérissement des prix à la consommation. L'édifice de l'harmonisation de la variation des loyers s'était fissuré, d'où la nécessité de sa relecture à l'aune de nouveaux paramètres. Il s'agit essentiellement de la durée légale du bail. En Iran, afin de prévenir ces abus, il existe une fédération des agences immobilières qui surveille entre autres les prix et les loyers des immobiliers. Toutes les agences immobilières sont tenues de déclarer le contenu des contrats et vérifier leur conformité et en informer les partis et les autorités. Cependant les activités de cette fédération ne bénéficient d'aucune garantie d'exécution, car selon l'article 10 du Code civil les parties peuvent légalement se mettre d'accords sur n'importe quel prix, et donc ce contrôle sur les prix et le loyer est inefficace. Il semble que cela pourrait être plus efficace si le contrôle des prix se faisait de manière légale et par les autorités publiques, en se basant sur les prix du quartier en fonction de l'activité commerciale.

§2- Les élévations record et irrégulières loyers, résultat de l'échec du système.

139. Pour donner un ordre de grandeur de l'amplitude des augmentations des loyers constatées à l'époque, une synthèse de deux études¹⁸⁷ commandées par le gouvernement paraît édifiante.

- La première a porté sur près de 22000 fonds de commerce en France. Elle a montré qu'entre 1958 et 1963, 70% de ces fonds ont subi des hausses de loyer contenues dans la limite de 100% et que pour 21%, les hausses ont été de 100 à 200%. Il en résultait que pendant cette période et dans 90% des cas, le loyer a atteint parfois le double voire le triple de ce qu'il était en 1958.

¹⁸⁶ Une hostilité qui s'expliquait au demeurant par le fait qu'à peine sortis du blocage des loyers de l'après guerre justifié par la conjoncture et qui les a privé au passage d'une rente considérable (comme en témoignent les prix des loyers libres de marché), ils doivent aussitôt subir la rigueur de la réglementation sur la révision dont l'article 27 est le siège.

¹⁸⁷ Voir, Avis n° 1015 présenté par G. Kaspereit, au nom de la commission et des Echanges, Ass. Nat., Annexe au procès-verbal de la séance du 24 juin 1964.

§3- Les conditions de recevabilité des demandes en révision.

140. Aux termes des dispositions de l'article 27 du décret de 1953¹⁸⁸, la recevabilité d'une demande en révision supposait que soient satisfaites deux conditions. La première était elle d'une durée de trois ans d'exploitation à compter soit, de l'entrée en jouissance des lieux, soit alternativement, de la date du dernier renouvellement ou de la dernière révision. La seconde portait sur la variation des conditions économiques : l'indice des prix de détail et la valeur locative. Cette dernière condition n'était réputée satisfaite que si l'indice du prix de détail dit « des 213 articles¹⁸⁹ », puis « des 250 articles »¹⁹⁰, et enfin « des 259 articles »¹⁹¹ de consommation avait varié de plus de 15%, à moins que la valeur locative n'ait pas elle-même varié de plus de 15% par suite d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité. Tous les contrats consentis depuis 1977 jusqu'en 1997 qui sont valables actuellement, suivent l'article 4 de la loi de 1977. C'est-à-dire que le bailleur peut augmenter son loyer. On voit la même situation dans l'article 27 du décret de 1953. Les contrats consentis après 1997 ne peuvent, en revanche, prévoir aucune augmentation du loyer avant la fin du contrat.

§4- Le non respect par les bailleurs des clauses de révision : première cause de dévoiement.

141. Pour prévenir la première source de gêne pour les bailleurs issue de la loi française, une loi du 12 mars 1956 a été adoptée. Cette loi a modifié l'article 27 du décret de 1953, et a institué l'indice des 213 articles de consommation courante. Dans le contexte des années cinquante où les pouvoirs publics avaient décidé de lancer une politique tout azimut de stabilisation des prix, il n'était évidemment pas facile pour les bailleurs de réaliser le minimum exigé par cette disposition pour obtenir la révision. La révision était devenue pour les bailleurs un mirage. En Iran, la première source de gêne pour les bailleurs est issue de la

¹⁸⁸ Dans sa version de l'époque.

¹⁸⁹ Loi du 12 mars 1956.

¹⁹⁰ Loi du 6 mars 1958. Cet indice a cessé d'être publié à partir de décembre 1963.

¹⁹¹ Indice publié par l'INSEE à partir de janvier 1963, sensé remplacer le précédent, il n'a jamais été appliqué faute de texte légal de raccordement à l'article 27. Par suite, il a perdu tout intérêt, le législateur, en 1965, lui ayant préféré l'indice du coût de la construction.

loi du 22 décembre 1938, dans le contexte du lancement tous azimuts d'une politique de stabilisation des prix¹⁹².

§5- Le raccordement tardif de l'indice des 250 articles, deuxième cause du dévoiement de la révision.

142. La seconde source de difficulté, qui fait suite d'ailleurs à la première, procède de ce que l'indice des 213 articles ayant cessé d'être publié, un autre indice, celui des 250 articles, publié dans la foulée, devait pouvoir le remplacer. Seulement, il a fallu attendre la loi du 6 mars 1958¹⁹³ pour substituer le nouvel indice à l'ancien dans l'article 27 du décret et lui donner force de loi. Par suite, étant donné que la prorogation légale des baux commerciaux n'avait pris fin que le 31 décembre 1953, les baux renouvelés au 1^{er} janvier 1954, qui en toute logique, auraient pu être révisés en 1957, ne l'avaient été, du fait de ce raccordement tardif, qu'en 1958. Résultat, de était triennale, la révision était devenue quadriennale.

§6- Les Méthodes utilisées par les bailleurs dans la modification des bails.

143. Considérant avoir beaucoup payé pour les autres, les bailleurs décidèrent de contourner la loi. Ils y échappaient en usant de la faculté qu'ils avaient, de convenir à leur gré de la durée du bail initial. Ils ne consentaient désormais pour l'essentiel que des baux de très courte durée¹⁹⁴, par définition non sujets à révision, et donnaient systématiquement congé à l'expiration de la période en cours. Ils le faisaient en toute conscience puisqu'ils savaient le loyer de renouvellement non assujéti aux dispositions de l'article 27 du décret de 1953. Le renouvellement du bail, consenti après congé, permettait ainsi d'obtenir un nouveau loyer adapté, selon eux, à l'évolution réelle des prix, et aux charges de la propriété foncière¹⁹⁵. Il

¹⁹² Loi du 22 décembre 1938 (ghanoné raje be tadile ejare).

¹⁹³ Cette loi avait permis la reprise des actions en révision restées en attente après la cessation de la parution de l'indice des 213 articles. Elle validait aussi les demandes en révision antérieures en prévoyant un coefficient de raccordement entre l'ancien indice et le nouveau.

¹⁹⁴ De durée inférieure à trois ans pour échapper à la stabilité du loyer.

¹⁹⁵ Rapport J. Delalande n° 2, fait au nom de la Commission Constitutionnelle, de la Législation, du Suffrage universel, du Règlement, et de l'Administration générale du Sénat, annexe au procès-verbal de la séance du 7 octobre 1964.

était évident qu'ils ne pouvaient obtenir cette réévaluation par le biais de la révision si le bail avait une durée initiale de neuf ans. Cette pratique fut encore plus justifiée dans l'esprit des propriétaires ou administrateurs de biens après la promulgation du décret du 3 juillet 1959 portant application du système de majoration par pallier de 20%. Ce système, à l'instar des critères de l'article 27, ne s'appliquait pas non plus aux loyers de renouvellement. En Iran, selon l'article 4 de la loi de 1977, il était prévu que bailleur puisse demander une réévaluation du loyer, pourvu que la période de bail soit parvenue à expiration, et que l'exploitation des lieux dure depuis trois ans passés. Cependant, cette disposition a été oubliée après la Révolution islamique, et a été remplacée par des lois se inspirées de la charia.

§7- Une réaction des propriétaires jugée disproportionnée.

144. Même si, comme le soutient un auteur¹⁹⁶, « la sociologie juridique enseigne que chaque système secrète des comportements ou mécanismes correcteurs lorsque les normes sont ou paraissent dépassées », il n'empêche que la réaction des bailleurs, en l'espèce, avait paru disproportionnée aux pouvoirs publics, par rapport à la stricte nécessité de correction qui semblait pourtant légitime. Cette réaction avait, en effet, ébranlé toute la construction économique imaginée autour de la stabilisation des prix. La commission des lois du Sénat constatait qu' « un tel système visant à une stabilité plus grande du montant des loyers, ne saurait s'accommoder du maintien du bail à période tel qu'il est souvent pratiqué et qui fait l'objet de la seconde question importante à laquelle la proposition apporte une solution »¹⁹⁷.

§8- La soumission de tous les preneurs à bail commercial au mécanisme de révision, conséquence de l'institution de la durée minimum légale.

145. La consécration légale, entre les différents pays, de cet usage avait surtout pour mérite de réaliser l'égalité entre les bénéficiaires du statut des baux commerciaux. Une égalité dans la durée de jouissance entraînait, avec elle, celle du régime de la révision des loyers. L'harmonisation de la variation, obtenue à travers le régime unitaire de la révision légale¹⁹⁸, avait permis de rétablir l'équilibre et l'harmonie des loyers supportés par l'ensemble des

¹⁹⁶ J. Monéger, art. in Mélanges offerts au Recteur J. Béguin, op. cit., spéc. n° 26, p. 513.

¹⁹⁷ Rapport J. Delalande, op. cit., p. 4.

¹⁹⁸ Réserve faite de la révision contractuelle organisée par le biais des clauses spéciales d'indexation.

preneurs à bail commercial. Il n'était plus possible de contourner la révision puisque le bail avait obligatoirement une durée de neuf ans. La conséquence du nouveau dispositif de la durée, sur la révision, s'est traduite par des variations très ténues sinon modérées des prix à la consommation. Les hausses de loyers se traduisent généralement par leur répercussion mécanique sur les prix à la consommation. Une variation brutale de loyer peut entraîner une hausse vertigineuse des prix et ainsi de suite. La vocation naturelle des distributeurs étant de réaliser des marges, il leur paraît légitime de se ménager. C'est évidemment le consommateur qui en fait les frais.

Chapitre 2 - La durée du bail commercial : divergence entre les droits français et iranien.

146. Dans cette partie, nous allons comparer les problèmes liés à la durée du bail commercial en Iran et en France. Nous étudierons les avantages éventuels de la durée minimale du bail en France et déterminerons laquelle des deux parties le législateur français a entendu valoriser. Par ailleurs, nous analyserons aussi les conséquences du fait, qu'en Iran, aucune durée minimale ne soit prévue par la loi. Nous soulignerons tant les points positifs que négatifs de cette loi, inspirée de la charia, et indiquerons sur quels principes le législateur iranien a entendu la faire reposer. Pour faire apparaître nettement la différence existant entre les solutions du système français et celles du système iranien, il est nécessaire d'envisager, successivement, La durée du bail commercial dans les droits français et iranien (Section 1) et baux commerciaux dérogatoires (Section 2) de la durée du bail commercial.

Section 1 - La durée du bail commercial dans les droits français et iranien.

147. En étudiant, dans son ensemble, le concept de la durée du bail, il faut tout d'abord aborder « La libre fixation de la durée dans le droit commun du louage de choses » (Sous section 1) et nous devons également nous pencher sur « La durée du bail commercial en droit iranien » (Sous section 2).

Sous section 1- La libre fixation de la durée dans le droit commun du louage de choses, en France.

148. En France, le droit commun du louage de choses laisse les parties libres de déterminer la durée du contrat. L'article 1709 du Code civil est sur ce point particulièrement explicite en énonçant que le bailleur s'oblige à faire jouir le preneur d'une chose « pendant un certain temps »¹⁹⁹.

Le Code civil français admet que ce contrat puisse être, non seulement à durée déterminée (art. 1737 du Code civil), mais aussi à durée indéterminée (art. 1736 du Code civil). La possibilité de ne pas stipuler un terme précis dans le bail est donc expressément reconnue par le Code civil, du moment que les parties y aient apporté leur consentement. Nous voyons que l'idée générale de liberté contractuelle commande la solution apportée à ce cas précis.

La seule limite à la liberté dans la fixation de la durée du contrat a trait à la prohibition des engagements perpétuels. Mais, avant d'aller plus loin dans l'étude de cette notion, il convient de distinguer, afin d'éviter toute confusion, le bail à durée indéterminée du bail perpétuel. Ce dernier a pour particularité de n'avoir aucune fin. De plus, nous étudions les différences entre les deux systèmes juridiques, et aussi les principes sur lesquels chacun des systèmes est basé.

¹⁹⁹V. J Azéma, la durée des contrats successifs, *LGDJ*. 1969, préface R. Nerson, n° 14, p. 10.

Les parties ont voulu se lier *Ad vitam aeternam*²⁰⁰. Dans un contrat à durée indéterminée la situation est différente, car même si le terme n'est pas indiqué dès l'origine, les contractants admettent qu'un jour leur relation pourra cesser.

149. Le droit positif interdit depuis longtemps les baux perpétuels. Que l'on fonde cette solution sur l'article 1709 du Code civil, des données historiques, ou l'ordre public²⁰¹, ne change rien à la certitude d'une telle prohibition. Un bail perpétuel est frappé par la jurisprudence d'une nullité absolue²⁰². La jurisprudence n'hésite pas d'ailleurs à sanctionner des baux commerciaux en se fondant sur cette interdiction²⁰³. La similitude entre les droits iraniens et français est que le bien doit être précisément défini ce qui empêche tout conflit ultérieur. De plus, dans un bail commercial, la durée doit être précisément indiquée. C'est la différence avec un contrat de vente où la durée est perpétuelle.

§1- Les contraintes posées par le statut dans le droit français.

150. A l'égard de la durée du bail commercial, le statut est plus contraignant que le droit commun du louage de choses²⁰⁴. Aux termes de l'article L. 145-4 du Code de commerce,

²⁰⁰Pour M. J. Azéma (thèse. Précité, n° 17, p. 14), la perpétuité fut d'abord définie objectivement, c'est-à-dire, qu'outre « le bail dénommé perpétuel par les parties elles-mêmes, on peut dire qu'était, et est encore la plupart du temps, considéré comme perpétuel le bail susceptible de durer plus de 99 ans ». Selon ce même auteur, la jurisprudence tend aujourd'hui à élargir la notion de perpétuité en retenant aussi une acception subjective. Ainsi « un bail serait perpétuel par le seul fait que l'une des parties serait liée à vie ».- V. aussi sur la perpétuité. P. Pinlon, Essai sur la notion de perpétuité en droit civil français, thèse, Poitiers, 1952; C. Pourquier, Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété, PUAM. 2000, préface C. Atias.

²⁰¹V. J. Azéma, thèse. Précité., n° 20, p. 15 ; J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, op. Cit., n° 188, p. 230.

²⁰²Cass. Civ., 20 mars 1929 : *DP* 1930, I, p. 13, note P. Voirin.- Cass. Civ., 27 octobre 1936 : *DP* 1937, p. 15 ; *Gaz. Pal.* 1936, 2, p. 900. Cass. Civ., 25 mai 1948 *Bull. Civ. I*, n° 159; *RTD civ.* 1949, p. 427, obs. J. Carbonnier.- Cass. Soc., 29 mai 1954 : *D.* 1954, p. 640 ; *RTD civ.* 1955, p. 129, obs. J. Carbonnier.- Cass. 3^E civ., 15 décembre 1999 : *D.* 2000, IR. p. 25. *JCP.* 2000. G, II, 10236. conclu. J.-F. Weber ; *JCP* 2000, N, II, p. 559, note M. Billiau.- V. aussi sur le sujet, J. Ghestin, Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? Mélanges D. Tallon, Société de législation comparée, 1999, p. 251.

²⁰³Cass. Civ., 20 mars 1929 : précité.- Cass. 3^E civ., 8 mai 1973 : *Bull. Civ. III*, n° 320.- Cass. 3^E civ., 19 février 1992 : *Bull. Civ. III*, n° 46 ; *Rev. Loyers*, 1992, p. 401 ; *JCP.* 1993, E, II, 429, obs. J. Monéger ; *D.* 1994, *Somm.* p. 52, obs. L. Rozès, (cet arrêt relève que la clause d'un bail commercial prévoyant le renouvellement « dans tous ses effets à son expiration sur une simple demande du preneur » est un bail perpétuel).- Cass. 3^E civ., 27 mai 1998 : *Rev. Loyers*, 1999, p. 19.- Cass. 3^E civ., 13 mars 2002 : *D.* 2002, *AJ.* p. 1758, obs. Y. Rouquet ; *Rev. Administrer*, mai 2002, p. 34, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccara ; *Rev. Loyers*, 2002, p. 334, obs. C. Quement ; *Loyers et copr.* 2002, n° 149, obs. P.-H. Brault et P. Pêreira ; *RJDA.* 2002, n° 599 ; *Gaz. Pal.* 31 janvier et 1^{er} février 2003, p. 18, note J.-D. Barbier : « Le bail dont le terme dépend de la volonté du preneur seul est perpétuel ».

²⁰⁴V. sur le sujet, J. Archevêque, J. Legrand et P. de Belot, op. Cit., n° 184, p. 152; J. Derruppé, R. Maus, G. Brière de L'Isle, et P. Lafarge, op cit., n° 224, p. 123 ; F. Auque, op cit., n° 65, p. 58 ; J.-P. Blatter, op. Cit., n° 1, p. 77. Par ailleurs, selon M. D. Stapylton-Smith, le point de départ n'est pas la date prévue par le contrat mais la

« la durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans ». De même, en vertu de l'article L. 145-12 du Code de commerce : « La durée du bail renouvelé est de neuf ans accord des parties »²⁰⁵. La législation spécifiquement applicable aux baux commerciaux apparaît donc originale puisqu'elle impose un délai minimum. Pourquoi une telle solution? Il convient d'observer qu'elle n'existait pas à l'origine dans le décret du 30 septembre 1953. Elle fut seulement introduite par la loi modificatrice du 12 mai 1965. Le rapporteur de cette loi à l'Assemblée nationale nous donne la justification d'un tel changement : « Il est aujourd'hui reconnu que, pour assurer l'amortissement de ses investissements le commerçant locataire doit être assuré d'une durée suffisante de son bail »²⁰⁶. Une telle réforme avait en effet pour objectif de mettre fin à la pratique des baux de trois ans qui s'étaient répandue, et qui permettait au bailleur de bénéficier uniquement des règles de modification du loyer attachées au renouvellement, et donc de s'affranchir de celles relatives à la révision qui pouvaient apparaître moins avantageuses²⁰⁷. Selon l'auteur, il semble que cette limitation sévère portant

date d'entrée en jouissance (Date de prise d'effet d'un bail commercial : remise en cause de la date contractuelle ? *JCP*. 1998, N. I, p. 432).

²⁰⁵V. Cass. 3^E civ., 2 octobre 2002, *Rev. Loyers*, 2002, p. 628, obs. C. Quément ; *AJDI*. 2003, p. 28, obs. J.-P. Blatter : « L'article L. 145-12, alinéa 1^{er} du Code de commerce est une disposition d'ordre public. Ainsi, lors de chaque renouvellement, il appartient aux parties d'exprimer expressément leur volonté de contracter pour une durée de douze ans, faute de quoi le bail est renouvelé pour la durée légale de neuf ans ».

²⁰⁶J. O. débat Ass. Nat. 1964, p. 2194, cité par G. Azéma-Meunier, Commentaire de la loi du 12 mai 1965 sur les baux commerciaux : *Rev. Loyers*, 1965, p. 255.- V. en ce sens, J. Archevêque, P. de Belot et J. Legrand, La loi du 12 mai 1965 modifiant le statut des baux commerciaux : *Gaz. Pal.* 1965, 2, p. I : « (...) ce que le législateur a eu en vue avant tout, c'est la stabilité de la durée, dans le but de permettre un meilleur régime de l'amortissement des investissements, afin d'éviter que les différences de régime ne fassent la concurrence et ne pèsent sur les prix ».

²⁰⁷V. en ce sens. G. Fau et A. Debeaurain. Modification du statut des baux commerciaux : *Ann. Loyers*, 1965, n° 16, p. 392 : « Il y a certainement là une réaction contre la pratique des baux de trois ans qui s'était largement développée. En effet, s'ils consentaient des baux d'une durée supérieure, les propriétaires ne pouvaient plus obtenir, au bout de trois ans, la révision du loyer que dans les conditions d'une révision légale, subordonnée aux variations incertaines d'un indice ; au contraire, avec un bail de 3 ans, il leur suffisait de donner congé avec offre de renouvellement pour obtenir automatiquement une modification du prix du loyer, car il s'agissait alors de la fixation d'un nouveau prix et non d'une révision » ; G. Azéma-Meunier. Commentaire de la loi du 12 mai 1965 sur les baux commerciaux : *Rev. Loyers*, 1965, p. 255, citant les propos du rapporteur de l'Assemblée nationale : « En outre, des hausses parfois très élevées de loyer se produisent en fin de bail, lors du renouvellement. En effet, le seuil de 15 % prévu à l'article 27 du décret du 30 septembre 1953 ne s'applique pas aux baux renouvelés ; il en est seulement tenu compte lors des révisions de loyer en cours de bail. Or, l'acuité de cet aspect du problème est d'autant plus grande que le bail est de plus courte durée » ; B. Boccara, La loi du 12 mai 1965 sur les baux commerciaux : durée des baux, conditions du renouvellement, révision, dispositions diverses : *JCP*. 1965, G. I. 1932, n° 5 : « La fixation à neuf années de la durée minimale des baux commerciaux se justifie dans la mesure où les incertitudes du régime des révisions avaient incité certains propriétaires à ne consentir que des nouveaux baux de courte durée : trois années généralement. Or de tels baux, s'ils comportent un versement d'un pas de porte d'importance normale, présentent des inconvénients très sérieux : impossibilité d'amortir les travaux d'aménagement et difficultés de cession résultant de l'expiration toujours proche du bail ou encore de procédures de renouvellement s'enchaînant sans solution de continuité » ; J. Archevêque P. de Belot et J. Legrand, La loi du 12 mai 1965 modifiant le statut des baux commerciaux : *Gaz. Pal.* 1965, 2, p. 11 : « Accorder aux locataires commerçants un bail originaire d'une durée de neuf ans est donc accorder à tous la durée que l'usage avait consacrée avant même l'institution de la propriété commerciale, cet usage correspondant à la satisfaction de besoins légitimes. Au surplus, cet usage était essentiellement en échec du fait de la réglementation de la révision rendant plus difficile les révisions qui n'étaient plus toujours triennales et dont les effets se trouvaient, par le

sur la durée minimale encourage le propriétaire à chercher des moyens afin de la contourner. D'un autre côté, il faut tenir compte de l'avenir du locataire et des clients, le facteur essentiel pour préserver la propriété du commerce. En résumé, la durée minimale longue du contrat du bail commercial en droit français est problématique pour le bailleur. A l'inverse, l'absence de durée minimale en droit iranien est problématique pour le locataire. Si le statut semble laisser la place à une certaine liberté, en deçà et au-delà du délai de neuf ans, elle est particulièrement restreinte.

151. Tout d'abord, en vertu d'une interprétation *a contrario* de l'article L. 145-4 du Code de commerce, il est loisible aux parties de prévoir une durée excessivement longue, mais une telle stipulation apparaît dangereuse à plus d'un titre. D'une part, le contrat risque de sombrer dans la qualification de bail perpétuel. D'autre part, la durée du contrat peut avoir des conséquences importantes sur la modification légale du loyer. L'article L. 145-34, al. 1^{er} du Code de commerce dispose, en effet, que les règles de plafonnement sont applicables exclusivement aux baux à renouveler dont la « durée n'est pas supérieure à neuf ans »²⁰⁸. Il est donc recommandé au preneur d'accepter avec circonspection le bail dépassant cette durée.

152. Ensuite, le statut prévoit plusieurs hypothèses dans lesquelles le contrat peut avoir une durée effective inférieure à neuf ans, mais il convient de les limiter à leur juste mesure. D'une part, le preneur, et dans une moindre mesure le bailleur, ont la possibilité de rompre le contrat unilatéralement par le biais de la dénonciation triennale de l'article L. 145-4 al. 2 et 3 du Code de commerce. Ces dispositions ne remettent pourtant pas en cause le principe énoncé plus haut car elles s'apparentent seulement à des ruptures avant terme, même si elles limitent, il est vrai, la durée du contrat. D'autre part, l'article L. 145-5, al. 1^{er} du Code de commerce permet aux parties devant consentir un bail commercial de se dégager de la réglementation statutaire en concluant un louage de chose dont la durée est inférieure ou égale à deux ans. Mais, une fois encore, il ne s'agit pas d'une réelle exception car le contrat conclu n'est pas un bail commercial, mais un louage de chose de droit commun, et il est donc logique qu'il n'ait pas à respecter la durée de neuf ans.

système des majorations (...) Les bailleurs, pour réagir contre cette législation qui leur était défavorable, n'avaient plus voulu consentir la plupart du temps que des baux de trois ans, afin d'obtenir à l'expiration de ceux-ci, sous forme de fixation d'un prix de renouvellement, la révision dont ils risquaient d'être privés si le bail consenti par eux avait eu une durée initiale de neuf années » ; M. Morin, Les modifications apportées au statut des baux commerciaux par la loi n° 65-356 du 12 mai 1965 : *Rep. Defrénois*, 1965, p. 789.

²⁰⁸V. sur le sujet, J. Archevêque, Les baux commerciaux de plus de neuf ans : *Gaz. Pal.* 1973, I, p. 141.

153. Enfin, l'article L. 145-9, al. 4 du Code de commerce permet la conclusion de baux à périodes²⁰⁹, mais ils doivent eux aussi respecter le délai minimum de neuf ans, les périodes devant s'égrainer postérieurement à cette échéance. C'est l'hypothèse courante des baux conclus pour 9, 12, 15, ou 18 ans. Il semble que l'intervention de législateur français peut avoir des avantages pour le locataire et les clients mais elle limite le droit de propriété du bailleur sur son bien. Ceci est le point divergeant avec le droit iranien pour lequel, et selon les décrets de 1977 et 1997, la durée minimale de bail commercial est essentielle dans un contrat mais cette durée n'a pas été fixée par le législateur. En effet ce sont les deux parties qui choisissent la durée du contrat. Cette disposition respecte la liberté des contractants.

154. En conséquence, le principe prévu par l'article L. 145-4 du Code de commerce selon lequel le bail commercial doit être conclu pour une durée minimale de neuf ans, restreint particulièrement la liberté des parties, ce qui oppose ainsi le statut et le droit civil. Mise à part l'idée selon laquelle une longue durée permet au preneur d'amortir ses investissements, une autre raison est à même d'expliquer son existence. Lorsque le législateur impose une durée minimale assez longue, c'est le plus souvent pour stabiliser la relation contractuelle. Il agit ainsi dans un but protecteur. Plus la durée initiale est longue et plus l'activité du preneur est protégée. C'est d'ailleurs pour cette raison que la jurisprudence²¹⁰ admet la prorogation du terme du bail commercial. C'est-à-dire l'allongement de la durée du même contrat décidé avant l'arrivée du terme. Mais le fait que les droits iraniens sont basés sur la charia, le législateur iranien n'a pas voulu d'interférer dans les droits de propriété.

155. La confusion règne encore trop souvent quant à la qualification des conventions locatives de courte durée. Les parties, leurs conseils et certains juges emploient indifféremment ou cumulativement les expressions de : bail précaire, bail dérogatoire de

²⁰⁹V. pour une définition du bail à période, J. Monéger, obs. Sur, Cass. 3^E civ., 1^{er} juillet 1998 : *RTD com.* 1999, p. 72 : « Ne peuvent être des baux à périodes que ceux dont la durée est supérieure à 9 ans et qui se renouvellent par périodes de trois ans pour un nombre défini de fois. A défaut, soit il s'agit d'un bail de droit commun et le bail se poursuit par tacite reconduction selon les règles ordinaires du statut, soit il s'agit d'un bail à durée indéterminée, soit encore d'un bail à caractère perpétuel ».- V. aussi sur ces baux, B. Boccara, La loi du 12 mai 1965 sur les baux commerciaux : durée des baux, conditions du renouvellement, révisions, dispositions diverses : *JCP.* 1965, G. I. 1932, n° 7.

²¹⁰ Cass. 3^E civ., 26 octobre 1977 Bull. Civ. III, n° 358. Rev. Loyers, 1978, p. 496 : « Attendu que la Cour d'appel relève que, maîtresse de leurs droits et libres de convenir d'une prorogation plutôt que d'un renouvellement, les parties à l'acte des 10 et 11 avril 1966 ont clairement manifesté à cet égard leur intention en insérant dans le contrat une clause ainsi conçue : « La prorogation de bail résultant des présentes ne fera qu'une seule et même chose avec le bail prorogé » ; qu'elle ajoute que les parties ont pu, de la même façon. S'entendre pour une révision du loyer à compter de la date qui n'est celle de la prise d'effet de la prorogation conventionnelle ; que, par ces seuls motifs... la Cour d'appel ... a... légalement justifié sa décision ».

courte durée, location saisonnière. Il faut rappeler le danger que courent les preneurs ou les bailleurs en n'ayant pas recours aux qualifications juridiques correctes ou en mesurant mal les différences de régime juridique. En effet, le juge est toujours libre de donner à la convention sa qualification juridique réelle. L'ambiguïté doit profiter en principe au preneur. L'esprit des lois en matière locative va dans le sens d'une telle protection. Etudier les différentes lois développées dans différents pays permet la naissance d'une doctrine plus complète avec une base commune. Surtout que les problèmes généraux des biens commerciaux sont identiques dans tous les pays.

§2- Les locations saisonnières.

156. Il y a une différence considérable entre les locations purement saisonnières et les locations ordinaires avec faculté d'exploitation saisonnière. Les premières ne sont pas soumises au statut des baux commerciaux alors que les secondes le sont²¹¹. Une bonne rédaction est salvatrice. En Iran l'article 2, alinéa 3 du décret 1977 considère le cas des exploitations saisonnières où la durée de bail est moins de 6 mois. Cependant cette loi n'inclut que les habitations. Ceci implique que les exploitations commerciales ne sont pas concernées par cette loi. En conclusion, ces exploitations devront suivre le décret 1997. Ceci semble une erreur de la part du législateur qui n'a pas prévu que pour ces exploitations commerciales peuvent avoir des activités saisonnières. Il semble que n'existent pas de différence entre l'usage commercial et l'usage d'habitation. Ainsi, par exemple les magasins de location du ski, qui ne travaillent qu'au maximum 6 mois par an, sont obligés d'avoir la même durée que les autres exploitations commerciales. Ceci cause un grand nombre de problèmes. On peut dire qu'il y a une nuance entre le régime juridique français et la loi iranienne de 1977 qui prévoit une limite de six mois dans ce cadre contractuel à l'inverse du régime français qui sépare ce type de contrat par le titre de saisonnier sans appliquer une limite temporelle.

Enfin, le système juridique iranien d'après la dernière législation (1997) accepte tous les types de locations sans exception. Il semble que nous pouvons appliquer cette convention issue de la nouvelle loi à un contrat de bail à courte durée sans préciser le titre saisonnier, bien que la nature de contrat saisonnier soit très différente du bail classique. Le Code civil iranien

²¹¹CA Nîmes 11 juin 1997, loyers et copr. 1998 n°38 et les obs. De ph.-H. Brault et P. Pereira, *infra*. (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/propriete-commerciale.php>).

ne prévoit pas une durée limite pour la validité des baux ; apparemment d'après le régime de la loi iranienne de 1997, la conclusion d'un bail au temps court ne ferait pas l'objet d'un conflit avec le bail classique.

157. L'exploitation saisonnière peut bénéficier du statut des baux commerciaux s'il s'agit d'une location continue. Le preneur qui exploite un commerce saisonnier tout en conservant la disposition des locaux et en payant régulièrement ses loyers, peut être considéré comme titulaire d'un bail commercial, soumis aux dispositions du statut des baux commerciaux. Donc, on peut retenir que selon la dernière législation iranienne issue « de la loi de 1997 et du Code civil », celle-ci regroupe sous le même régime juridique l'ensemble des types de location, ce qui semble bien différer en droit français, où le régime juridique applicable au contrat de location classique se distingue du régime juridique de contrat de location saisonnier.

§3- Les conventions d'occupation précaire.

158. Imaginées par la pratique et admises par les juges avant que ne soient créées les conventions dérogatoires de courte durée (Code commerce, article. L. 145-5), les baux précaires existent indépendamment de la durée pour laquelle ils sont passés. Le critère déterminant est celui de leur précarité ou, en d'autres termes, de la fragilité du droit d'occuper les lieux. Généralement, il est aussi prévu une redevance plus modeste que celle qui résulte d'un bail commercial statutaire. L'absence de précarité emporte requalification de la convention en convention dérogatoire de courte durée avec les conséquences qui y sont attachées en cas de maintien dans les lieux du preneur à l'issue de la période locative convenue²¹². Un arrêt du 19 novembre 2003, de la 3^{ème} Chambre civile, donne une intéressante définition de la convention d'occupation précaire. Cette convention « se caractérise, quelle que soit sa durée, par le fait que l'occupation des lieux n'est autorisée qu'à raison de circonstances exceptionnelles et pour une durée dont le terme est marqué par d'autres cause que la seule volonté des parties »²¹³.

²¹²V. CA Orleans, 21 juin 2001 : Loyers et copr. 2002, n° 117, obs. Ph.-H. Brault et P. Pereira, infra, n° 7.

²¹³ Cf. J. Monéger, Certitude et précarité : Loyers et copr. 2003, repères 12.

159. Par contre en Iran, puisque légalement la durée de contrat peut être limitée (même à un jour, à une semaine ou plus), beaucoup de problèmes surgissent entre les parties. Selon l'article 501 du Code civil : « Si la durée n'est pas exactement mentionnée au contrat et le loyer a été stipulé par mois ou par an, le contrat du bail sera valide pour un mois ou un an. Si le preneur continue sa possession plus de cette durée et le bailleur ne veut l'expulsion, c'est l'indemnité de possession qui sera déterminée et exécutée. A l'aide de ces circonstances, on peut donc considérer le contrat du bail pour un mois ou un an.

160. Requalification d'une convention d'occupation précaire en bail dérogatoire et conséquences du maintien dans les lieux du preneur à l'expiration de la durée initiale. La convention intitulée « bail précaire », conclue à deux reprises pour une durée inférieure à vingt-quatre mois, s'analyse en l'absence de tous critères de précarité, en un bail dérogatoire soumis aux dispositions de l'article L. 145-5 du Code de commerce. En cas de maintien dans les lieux à l'expiration de la durée contractuellement fixée, il s'opère un nouveau bail en vertu duquel le bailleur est fondé à solliciter le paiement des loyers contractuellement dus.

161. Si cette occupation est avec le consentement du bailleur, le preneur en sera responsable s'il l'a utilisé, à moins que le bailleur lui ait donné l'autorisation de l'utiliser gratuitement. Cette intention a d'ailleurs été confirmée par l'article 13 de la Loi sur la relation entre le bailleur et le preneur votée en 1977 : « Si à l'expiration du contrat u bail ou dans les cas de résiliation, mais le bailleur refuse de le prendre à sa disposition, le preneur sera tenu de demander par une déclaration du bailleur ou son représentant de le prendre à sa disposition.

162. Si le bailleur ne se présente pas dans un délai de 5 jours, le preneur peut saisir le tribunal pour établir le procès-verbal de l'expulsion et remettre la clef au greffier du tribunal. A partir de ce fait, la relation entre le bailleur et le preneur est interrompue. Le greffier du tribunal rend une sommation dans un délai de 24 heures contre le bailleur ou son représentant de se présenter au greffier pour prendre la clef. Dans toute la durée que le preneur n'a pas accompli ce devoir légal, les engagements issus du contrat du bail seront toujours valables.

163. Selon l'article 493 du Code civil iranien, le preneur ne serait pas garant de la chose louée. Si la chose lui louée a subi une perte sans que le preneur ait commis un abus ou une dissipation, celui-ci n'en sera pas responsable. Mais si cette perte de la chose louée à

cause de l'abus ou la dissipation du preneur, celui-ci sera responsable même si cette perte n'est pas produite ni par dissipation ni par l'abus. » Dans les relations entre le bailleur et le preneur, celui-ci est donc un homme de confiance pour maintenir la chose louée et il sera tenu, comme tous les hommes de confiance, de faire attention au maintien de la chose louée. Cet engagement diffère de ce lui en dépôt car le motif de mettre quelque chose en dépôt, c'est seulement la maintenir sans donner l'autorisation de l'utiliser (Article 607 et 612 du Code civil iranien)²¹⁴ .

164. Le contrat du bail n'exige pas nécessairement cet engagement de maintenir le bien loué, mais c'est une responsabilité du preneur. Car le motif du contrat du bail, c'est utiliser le bien loué qui doit être légalement mis à la disposition du preneur.

L'utilisation du bien loué exige nécessairement la possession du preneur. Celui-ci est donc tenu de faire attention pour que le bien loué soit dans état utilisable comme le moment de la conclusion du contrat. Excepté l'amortissement naturel de la chose louée car tout bâtiment à une vie utile dont le couronnement va en se réduisant progressivement qui dépend la nature d'utilisation, la durée de possession et l'ancienneté de l'édifice. C'est bien naturel que le loyer soit le prix que le preneur doit payer en contrepartie de la jouissance de la chose.

§4- Définition de la durée de baux commerciaux en droit français.

165. Le statut des baux commerciaux (Code du commerce, art. L. 145-4) impose, sauf exceptions²¹⁵, une durée minimum de jouissance de neuf ans, que le bail soit ou non à durée déterminée. Pendant cette période, seul le preneur (bail commercial) ou exceptionnellement le bailleur peut mettre fin au bail. Les parties peuvent seulement allonger la durée déterminée du bail.

166. Sur le rôle du congé et de l'échéance du terme, les deux statuts divergent profondément. À l'échéance du terme, dans le statut des baux commerciaux, le rôle du congé

²¹⁴ Article 607 du Code civil : Le nantissement est un contrat par lequel une personne remet son bien à l'autrui pour le garder gratuitement.

Article 612 : L'homme à qui un bien a été confié est tenu de le garder conformément le contrat conclu, sinon il le gardera conformément la coutume, sous réserve qu'il en sera garant.

²¹⁵V. pour les baux commerciaux dérogatoires de courte durée, art. L. 145-4, al. 3, C. com.

est différent : il est destiné à mettre fin à un bail, qui, même à durée déterminée, a vocation à se poursuivre pour une durée indéterminée²¹⁶. La fixation initiale de la durée interdit seulement de donner congé pendant la période convenue. Le congé exerce donc deux fonctions contraires : il met fin au bail et en empêche le renouvellement (congé sans offre de renouvellement, avec ou sans offre d'indemnité d'éviction), ou au contraire, le permet (congé avec offre ou demande de renouvellement).

- Révolution en droit français les lois 1948 et de 1989.

167. La loi du 1^{er} septembre 1948 n'a pas réglementé la durée du bail d'habitation ou professionnel. Celle-ci est donc, à première vue, soumise aux règles du Code civil : le bail à durée déterminée cesse à son terme ; le bail à durée indéterminée s'achève par l'effet d'un congé. En réalité, instituant un droit au maintien dans les lieux à l'expiration du bail initial (L. 1^{er} septembre 1948, art. 4), il accorde l'intérêt de la distinction : en l'absence de congé, le bail à durée indéterminée se poursuit ; alors que la tacite reconduction des baux à durée déterminée est écartée au bénéfice du droit légal au maintien dans les lieux, qui présente des caractères originaux²¹⁷.

168. Plus ambitieuse (moins que la loi Quilliot), la loi du 6 juillet 1989 réglemente la durée du contrat de location. Le contrat est conclu pour une durée minimum de trois ans (sauf une durée plus courte dans quelques cas et plus longue, six ans, lorsque le bailleur est une personne morale) ; à l'échéance du terme, le contrat prend fin, si l'une des parties a donné un congé motivé (art. 15, qui énonce limitativement les motifs du bailleur, pratiquement obligé de reconduire), en respectant le préavis légal ; à défaut, le contrat est tacitement reconduit ou renouvelé pour une durée au moins égale à trois ou six ans (art. 10). Le locataire a cependant la faculté de quitter les lieux à tout moment, sous réserve d'un préavis de trois mois, sauf circonstances exceptionnelles (art. 12) ; s'il ne le respecte pas, il devra les loyers de cette période. Le locataire peut s'en aller et rendre les clés à l'intérieur du délai de préavis, à condition que le bailleur n'en subisse aucun dommage²¹⁸. Il ressort de ces constatations que le

²¹⁶Cass. Civ. 3^e, 19 février 1975, Bull. Civ. III, n°70; JCP G, 1975. IV. 117 ; Rev. Loyers, 1975.248 : « Faute de congé valable, un bail soumis au (C. com.) se poursuit purement et simplement au-delà de la date contractuellement fixée pour son expiration et il n'y a pas formation d'un nouveau contrat ».

²¹⁷ TUNC, in PLANIOL et RIPERT, t. X, n° 627 bis.

²¹⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 9 janvier 2008, Bull. civ. III, n° 3 ; D., 2008.295, n. G. Forest ; RTD civ. 2008.319, obs. P.-Y. Gautier : « la libération des lieux loués au cours du délai de préavis n'est pas en soi constitutive d'un manquement à l'obligation de jouissance paisible » : en l'espèce, le locataire était parti un mois et demi avant l'expiration du préavis, des squatters en avaient profité pour s'installer ; la Cour de cassation reproche aux juges

droit iranien a été principalement influencé par le droit français à une exception près : la durée.

Sous section 2- La durée du bail commercial en droit iranien.

169. Avant d'étudier la durée dans le bail commercial, il faudra rappeler l'histoire de l'évolution de la législation concernant les droits de bail. Dans la suite, on rappelle qu'avant la révolution islamique du 1979, l'inspiration du législateur provenait des droits appliqués dans les pays étrangers, en particulier la France, alors qu'après cet événement, l'inspiration provenait de la charia islamique. Ensuite, nous parlons des contenus et des principes des droits sur le bail commercial.

§1- Historique révolution de la loi du bailleur et du preneur.

170. Avant 1928, où le Code civil iranien a été voté, les relations entre le bailleur et le preneur étaient réglées sur la base de jurisprudence religieuse. Le projet a profondément modifié la volonté de deux parties contractantes et a éliminé la volonté du bailleur et du preneur qui dominait les relations entre les deux dès le commencement du contrat jusqu'à la fin, ainsi que la coutume et la tradition qui réglaient ces relations jusqu'alors. Selon ces modifications, le bailleur qui était libre de louer son bien immobilier, perdait cette liberté après la conclusion du contrat : il devait obéir à des relations créées. Cela a été continué jusqu'à 1945 où, selon le règlement approuvé par le conseil des ministres, les relations entre le bailleur et le preneur étaient réglées par les règles limitatives des volontés de deux parties contractantes. Dès lors, le fonds de commerce dominait les relations entre preneur et le bailleur, et le système ainsi créé a constitué une base pour les lois votées postérieurement. En 1960, on a voté une loi selon laquelle le droit de préemption, faculté conférée par la loi à une personne d'acquiescer, de préférence à tout autre, un bien que son propriétaire se propose de céder, a été prévu au bénéfice du preneur : Cette faculté d'acquiescer, un bien que son

du fond de n'avoir pas recherché s'il n'y aurait pas eu force majeure. Cette faculté suppose que le locataire paie le loyer pour toute la durée du préavis.

propriétaire se propose de céder était conférée seulement à l'acquéreur du bien immobilier en commun, mais pas pour le preneur d'un bien immobilier.

§2- Le loyer et l'indemnité de possession.

171. Les dispositions relatives à loyer ont été prévues par la partie 3 de l'article 492 et par les articles 501 et 505 du Code civil, mais les articles 494 et 504 ne parlent que de l'indemnité de possession. On n'y a parlé de la cause de cette dénomination et du délai de paiement. Selon l'article 6 de la loi votée en 1977, « le preneur s'engage à payer le loyer au délai mentionné au contrat de bail. A l'expiration de la durée du bail, il paie une indemnité de possession égale au loyer de tout le mois. Il le paie dans 10 jours à partir de la fin de tout mois de possession. ».

Par conséquent, si le contrat du bail a été oralement conclu, le montant sur lequel on s'était accordé devrait être payé au bailleur, et à l'expiration du bail oral, on paie l'indemnité de possession conformément ce que l'expert a estimé.

Il paraît que cette dénomination dépend de l'accord de deux parties contractantes, la durée et l'expiration n'y ont pas effet. La preuve en est la Loi approuvée en 1977.

Selon l'article 6 de cette loi, le législateur, prévoit que : Si la somme de loyer n'est pas déterminée dans un contrat oral du bail, l'indemnité de possession est une somme équivalente au loyer des immeubles semblables.

Malgré la durée du bail qui a été déterminée par le contrat du bail, mais le loyer n'étant pas détermine sans aucune présomption qui marque l'accord de deux parties contractuelles sur le loyer la loi prescrit que l'indemnité de possession soit déterminée à la base des immeubles semblables. La durée du bail doit être déterminée par le contrat car le bail est un acte provisoire²¹⁹.

172. A l'expiration de la durée du bail, l'acte sera sans effet juridique sauf dans le cas où la durée du bail soit prorogée par un consentement mutuel de deux parties contractantes par un contrat ou le renouveler par un autre contrat. La durée du bail est une condition

²¹⁹ Article 2 de la Loi du bail votée en 1997 « Dans tous les contrats du bail, la durée doit être déterminée signé par le bailleur et le preneur et certifié par de témoins connus par les deux parties contractantes ». Le Doctrine no. 1039517- 22.01.2010 estime que le contrat conclu sans respecter l'article 2 de la Loi du bail votée en 1997 n'es pas soumis à l'article 2 de cette loi pour les boutiques objet de l'article unique de la loi du bail établi sur la cession de l'usage et de la livraison, votée le 22.02.2000 en seront soumises.

essentielle du bail car elle fait impression sur le loyer. Si par exemple la durée du bail est déterminée pour un an, cela se diffère dans un contrat du bail pour cinq ans, car le bailleur sait bien qu'avant cinq ans, il ne pourra résilier ou annuler le contrat du bail ni augmenter le loyer. C'est pourquoi qu'elles y précisent l'augmentation ou la réduction de loyer en proportion de pouvoir d'achat.

173. La durée du bail commence de la date déterminée par les deux parties contractantes sinon, si cette date n'est pas déterminée par elles, le bail commence à partir de la date de la conclusion du contrat du bail.

Au cas où le preneur garderait la chose louée en sa possession au-delà lesdits termes, sans que le bailleur ait demandé sa restitution, celui-ci aura, par suite du consentement mutuel ainsi créé, et en proportion du temps pendant lequel la chose est restée en possession du preneur, droit au prix même du bail qui a été convenu entre les deux parties ».

174. Selon le droit français, la durée du bail est généralement fixée par accord mutuel des parties. Si la durée du bail est illimitée, le bailleur et le preneur pourront le résilier de commun accord²²⁰. En outre est nul tout contrat de bail conclu pour une durée perpétuelle, laquelle en tout cas ne pourra dépasser 99 ans.

Selon J. Mazeaud : « La durée du contrat est, en principe, fixée librement par les parties ; cependant les lois récentes accordent souvent au preneur le droit au maintien dans les lieux ou le droit au renouvellement du bail. Le bail à durée indéterminée prend fin par la volonté de chaque partie, sauf l'application de la législation spéciale. Le bail perpétuel est nul, la jurisprudence considère comme perpétuels les baux d'une durée supérieure à 99 ans »²²¹.

175. La loi de 1997 considère les stipulations qui gouvernent le bail de la dernière importance dans les rapports des parties contractantes tandis que pour l'article 1 de la loi de 1997 : « Les conditions qui gouvernent les rapports des parties » constituent sont soumis les rapports locatifs. Une question se pose : ces stipulations doivent-elles être dans le cadre du Code civil et ne pas contredire ses dispositions ? Ou bien toute stipulation par les parties peut-elle être introduites ? Les avis divergents. Certains pensent que les stipulations peuvent ne pas être dans le cadre du Code civil et que le législateur a laissé les parties libres de choisir la loi

220 Article 1709 du Code civil français : « Le louage des 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 ».

221Mazeaud (H. J.), Leçons de droit civil éd. 1968, p. 278.

qui devra gouverner leurs rapports, par exemple la Loi de 1997. D'autres affirment que les stipulations sont valables si elles ne sont pas en contradiction avec la religion et la loi et seules les conventions réputées nulles par le Code civil ou interdites par la religion ne peuvent être légalement valables²²².

176. Nous renonçons à donner notre opinion sur l'interdit, halal, le nul ou le valide et nous nous contentons de traiter des principes impératifs ou complémentaires des lois pour dire que les stipulations ne doivent pas contredire les lois impératives comme les dispositions de la loi de 1997 stipulées impérativement qui concernent le bail commercial sans aucune mention des lieux d'habitation. On peut donc utiliser des stipulations lorsqu'on est en face d'un cas prévu par les lois complémentaires. Ainsi, dans les cas suivants, on peut y avoir recours : « Dans les cas où la loi de 1997 est complémentaire, on peut se référer au Code civil et tenir compte des stipulations des parties ».

177. Dans les cas qui ne sont pas prévus par la loi de 1997, on peut appliquer le Code civil. Là aussi il y aura deux hypothèses : soit le Code civil est impératif concernant ce cas donc les stipulations qui y sont contraire seront nulles soit elle est complémentaire et les parties pourront introduire n'importe quelle stipulation dans le contrat à condition que, conformément aux Articles 232 et 233 du Code civil iranien:

- 1) elle soit impossible ;
- 2) elle soit utile ;
- 3) elle ne soit pas illégitime ;
- 4) elle ne contredit pas les exigences du contrat ;
- 5) elle ne soit pas incertaine et causée une incertitude concernant les considérations.

La garantie de son exécution dans les trois premières stipulations est bien sa nullité en cas de non-respect des conditions légales tandis que celle des stipulations suivantes est la nullité et de la stipulation et du contrat.

En résumé, on peut dire : « Les stipulations des parties doivent être complètement conformes aux dispositions sur les stipulations prévues par le Code civil ».

222Mensuel de Droit et Social, no. 5 décembre 1998; p 29.

178. Le contrat de bail commercial entraîne la mise à disposition temporaire des fonctions d'une activité commerciale. Une continuité de la jouissance de commerciaux, quelque chose qui assure la stabilité commerciale pour le locataire... « Pendant un certain temps »²²³ semble nécessaire à la fonctionnalité du bail ; l'inclusion de cette durée sert de base à l'efficacité de l'accord, ce qui n'est pas incompatible avec le choix d'une durée indéterminée de la part des parties, mais l'intérêt c'est que les lieux ne peuvent être repris au locataire à première revendication.

179. La durée fixée par la loi doit être respectée non seulement par des baux écrits, mais aussi par des baux verbaux. Le contrat du bail en Iran est considéré pour une durée déterminée d'un an. Mais ce principe connaît aussi une exception à deux conditions :

Lorsque le bailleur est titulaire d'un bail commercial qui arrive à l'expiration, son interruption d'activité est envisagée lors de la signature du bail.

180. Dans ce cas, le contrat peut être conclu pour moins d'un an. Il doit énoncer « les raisons et événements justificatifs ». Mais le contrat de bail selon le cadre légal français, doit être conclu dans une durée de principe fixée par l'article 10 de la loi 6 juillet 1989. Pourtant sous certaines conditions, la loi dispose la possibilité de conclure des contrats de durée inférieure. Les baux ont systématiquement une durée déterminée soit à trois ans soit à six ans. Dans le but de rendre applicable cette règle, dont les modalités exigent à être précisées, le législateur oblige à mentionner la durée du bail dans le contrat.

§3- Durée variable selon la qualité du bailleur.

181. En droit français, La loi du 6 juillet 1989 détermine explicitement les choix concernant la durée minimale des baux et fixe les règles suivantes :

- Le contrat de location est fixé au moins pour une période de trois ans pour les bailleurs "personnes physiques" ainsi que pour les bailleurs caractérisés dans l'article 13 de cette même loi.

²²³ L'article 1709 du Code civil français et l'article 468 du Code civil iranien.

- Il est fixé au moins pour une durée de six ans pour les bailleurs « personnes morales » qu'ils soient de droit privé ou de droit public.

§4- Les durées des obligations.

183. L'observation doit être faite de la diversité des durées des obligations contractuelles nées du bail²²⁴ : la jouissance du bien (remise des clefs) peut s'effectuer immédiatement ; la continuité de jouissance suppose le maintien de lieu pour une certaine durée de temps ; l'acquittement des loyers se fait souvent continuellement.²²⁵ La durée du bail se prolonge alors avec la durée de cet engagement essentiel : le maintien en jouissance que le locataire attribue au locataire, est assuré par une obligation dont l'exécution continue dans le temps et que celle-ci est donnée par la conclusion de bail estimée comme un contrat à exécution successive en appliquant des règles spécifiques. À l'avantage de cette observation, le bail peut être signé pour une durée définie ou indéfinie.

A- Bail à durée indéterminée.

184. C'est principalement une situation dans laquelle les parties du contrat n'ont stipulé aucune condition particulière, bien que la plupart des statuts particuliers de contrats immobiliers exigent une durée minimum contrainte. Le Code civil français assimile le bail verbal à cette restriction²²⁶. Mais selon l'article 1 de la loi iranienne de rapport entre bailleur et locataire en 1997 « les contrats administratifs et publics » doivent être conclus exclusivement en forme de « le contrat par écrit »²²⁷.

²²⁴N. Katuzian, le Droit civil, des contrats d'échange, contrat occupation, éd. Enteshar entr. éd.5^{ème} 1994, PP. 348-353.

²²⁵J. AZEMA, la durée des contrats successifs : Bibl. droit privé, t. 102, LGDJ, 1969, PETEL-TEYSSIE, les durées d'efficacité du contrat, thèse. Montpellier, 1984.

²²⁶ Les articles 1736 et 1774 du Code civil français.

²²⁷ Y. TAHER MOUSAVI, les Droit bailleur et locataire, éd. MAJD, 2005, éd. G, p. 26.

Selon la législation française, si les parties du contrat avaient l'intention de marquer une durée déterminée, elles n'auraient pas manqué de le mentionner par écrit²²⁸.

Selon les règles de droit commun français, chacune des parties peut décider de cesser le contrat à tout instant en confiant à l'autre un délai, qui arrivera à sa conséquence dans le respect des « délais fixés par l'usage des lieux » ou par le contrat.

B- Bail a durée déterminée.

185. C'est le bail de droit commun qui permet d'inclure une période déterminée ou même indéterminée ; le Code civil français identifie le bail fait par écrit²²⁹ en tant que abusif : le bail fait par écrit peut facilement être fixé pour une durée indéterminée ou ne pas déterminer la durée. En tout cas, l'intermédiaire du contrat est pourtant obligé d'observer la durée obligatoire minimum et maximum établie par les statuts particuliers de baux immobiliers.

186. L'observation de la durée minimum de stabilité du locataire est prévue dans les contrats du bail commercial et cherche à le stabiliser : la durée minimum impérative du bail commercial est considérée de trois ou six ans suivant que le bailleur est une personne physique ou morale²³⁰ ; la durée du bail commercial ou du bail rural est envisagée de neuf années (en France)²³¹ ; celle du bail professionnel de six ans.²³²

La durée maximum est considérée dans le but d'éviter le bail traditionnel dont l'origine remonte à l'ancien droit, à empêcher un contrat perpétuel : ainsi le bail perpétuel est parvenu à une inefficacité d'ordre public²³³.

²²⁸L'article 1736 du Code civil français.

²²⁹L'article 1737 du Code civil français.

²³⁰L'article 10 de la loi 6 juillet 1989 français.

²³¹L'article L.145-4 du Code commercial et l'article L.411-5 du Code rural.

²³²L'article 57-A de la loi de 23 Décembre 1986.

²³³Cass. Civ. 20 mars 1929: DP 1930, I, p. 13, note VOIRIN (P.). Encore faut-il pouvoir demander l'annulation du contrat : voilà un bail de 99 ans renouvelable au gré du preneur ; il est perpétuel ! Mais le bail est conclu en 1953 et l'action en nullité est exercée 1991, soit plus de trente ans après : l'action est prescrite... elle est irrecevable – Cass. 3^e civ. 15 décembre 1999 JCP G 2000, II, 10236, con cul. WEBER (J. F.); Il reste au preneur à ne plus exécuter son bail et à opposer à l'action du bailleur l'exception de nullité imprescriptible... ouf !.

Section2 - Baux commerciaux dérogoires.

187. Nous allons comparer le principe de dérogation dans les baux commerciaux entre les droits français et les droits iraniens. Le législateur français reconnaît le bail dérogoire alors qu'en Iran, ce type de bail n'est pas reconnu comme en français. Ceci implique qu'aucun droit n'est prévu pour protéger le locataire soit dans le cas où le bail touche à sa fin, soit dans le cas où le propriétaire peut rompre le contrat suivant les règles qui l'autorisent. Ainsi, le locataire, qui a besoin d'une protection juridique pour garder son commerce et éviter que ses efforts se perdent, n'a aucun recours. Il est donc logique que le législateur iranien prenne ce droit comme modèle pour en créer un dans sa législation.

188. On remarque au bout du raisonnement et selon le principe de dérogation des points de convergence et de divergence entre les deux ordres juridiques. Dans le premier point, le principe de dérogation, prévu par la volonté des parties, permet de faire un bail court en droit iranien tout comme en droit français. Tandis que sur le point de divergence, en droit iranien la dérogation ne détermine pas la durée du court bail contrairement au droit français qui le limite à deux ans. En étudiant, dans son ensemble, le concept de la baux dérogoire, il faut tout d'abord aborder « Définition de baux dérogoire et divergence des deux situations françaises et iraniennes » (Sous section 1) et « Sous-location dérogoires de moins de deux ans et application des règles statutaires relatives » (Sous section 2).

Sous section 1 – Définition de baux dérogoires et divergence des deux situations française et iraniennes.

189. Cette convention qui est permise dans le droit français par l'article L. 145-5 du Code de commerce (D. 1953, anc. Art. 3-2) est en principe d'application simple. Il suffit qu'elle soit signée avant l'entrée dans les lieux du preneur pour une durée au plus de 24 mois. En pratique, bien des problèmes naissent de la novation de plein droit en bail commercial soumis au statut si le preneur est laissé en possession à l'échéance.

190. La jurisprudence est ferme sur la novation du bail, mais elle autorise la renonciation au droit acquis alors même que le preneur est déjà dans les lieux. Cette

jurisprudence, qui avait été critiquée en son temps par Bruno Boccara ²³⁴ a conduit progressivement à une pratique qui contrevient clairement aux dispositions du code. En effet, de renonciation en renonciation, renaît le bail de brève durée que le législateur français avait voulu interdire. La Cour de cassation pourrait être invitée à mesurer à nouveau l'opportunité de revenir à une lecture stricte de la notion d'entrée dans les lieux en abandonnant l'idée que le preneur qui renonce alors qu'il est dans les lieux avec un bail soumis au statut est censé y entrer abstraitement lors de la renonciation aux droits d'ordre public acquis. La solution serait plus raisonnable que l'acceptation, au titre de l'assouplissement nécessaire de dispositions légale claires trop rigides, d'une démarche, qui, bien que nimbée de liberté contractuelle, conduit au contournement de la volonté de la loi²³⁵.

191. En l'état de la jurisprudence, il est admis que l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés n'est nécessaire ni pour passer un bail dérogatoire, ni pour bénéficier de la novation en bail commercial régi par les dispositions du Code de commerce. Les clauses du bail dérogatoire restent en vigueur si elles ne sont pas contraires aux dispositions d'ordre public du statut.

- Novation du bail dérogatoire en bail commercial régi par le statut.

192. Ajoute à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas et viole l'article 3-2 du décret du 30 septembre 1953, la cour d'appel qui, pour décider que le preneur, titulaire d'un bail dérogatoire de 23 mois portant sur des locaux à usage commercial, laissé en possession à son expiration, ne peut bénéficier d'un bail soumis au décret du 30 septembre 1953, a retenu qu'à cette date le preneur n'était pas immatriculé au registre du commerce et des sociétés. Dans le cadre d'un bail commercial classique, le preneur (le locataire) ne peut donner congé qu'à l'issue de chaque période triennale. Ce qui peut parfois poser quelques problèmes quand, par exemple, les besoins ou les effectifs de l'entreprise sont en évolution rapide. Il est alors possible d'opter avant l'entrée dans les lieux pour un "bail précaire", ou plus exactement pour un bail commercial dérogatoire. D'un commun accord, les deux parties peuvent prévoir une

²³⁴ Cass. 3^E civ., 20 févr. 1985 : JCP G 1986, II, 20639.

²³⁵ Joël Monéger, Le sous-bail dérogatoire, Dix ans de baux commerciaux 1993-2003, n° 87, p. 239.

durée inférieure ou égale à deux ans (sans durée minimale). Ce « bail précaire » ne peut pas être renouvelé. Et si à son expiration, le locataire demeure dans les lieux, c'est le statut des baux commerciaux classique qui s'applique.

193. Mais contrairement à certaines idées reçues, ni le locataire, ni le loueur ne peuvent donner congé avant la fin de cette période de location. Si, par exemple, le locataire quitte les lieux avant l'expiration de ce « bail précaire », il sera redevable du paiement des loyers jusqu'à l'expiration de ce bail dérogatoire. En Iran, le même droit n'existe pas pour le locataire. Dans le cas où le locataire souhaite mettre fin à un bail en cours, deux possibilités existent. Soit ce problème est prévu dans le contrat de bail, dans ce cas le juge oblige le locataire de payer le montant d'indemnité au propriétaire ; soit le locataire pourra bénéficier des éléments de congé prévus dans l'article 12 du décret de 1977 ; on encore, si locataire n'a pas de justification légale, il sera obligé de payer la totalité du loyer jusqu'à la fin de la durée du bail. En résumé, sur ce point il y a une similitude avec le droit français.

Sous section 2 – Sous-location dérogatoire de moins de deux ans et application des règles statutaires relatives à la sous-location en droits français et iranien.

194. Principalement, personne n'a une tutelle sur l'autrui, à moins qu'elle ne soit déférée par la loi ou un contrat. Par conséquence on ne peut posséder un bien qui appartient à l'autrui. Une possession qui n'émane pas de l'autorisation du propriétaire n'est valable qu'après le consentement du propriétaire et dépend de sa décision.

195. La propriété du bien et de ses fruits, c'est l'exigence du contrat de vente. Dès la réalisation légale du contrat de vente, la propriété du bien vendu et de ses fruits sera réalisée. Mais dans le contrat du bail où le motif, c'est le transfert d'usage du bien et ce qui est transféré ce sont les fruits, car, selon le Code civil iranien, la propriété se divise à deux parties, l'une c'est la propriété du bien et l'autre c'est celle des fruits, c'est-à-dire tous les fruits par nature comprenant ceux que la chose donne par l'effet de la nature seule, les fruits industriels donnés par la chose à l'aide du travail de l'homme, fruits civils en argent produit

de la chose comme loyer, fermage, intérêts et dividendes des actions. On suppose que l'on peut être propriétaire de la chose louée mais la propriété de ses fruits appartient autrui. C'est pourquoi le preneur peut donner à bail la chose louée à autrui car la propriété des fruits du bien lui appartient. A son droit de propriété sur les fruits de la chose lui louée est complet, sauf dans le cas où on prévoit le contraire dans le contrat de bail²³⁶.

§1- Baux de trois ans en droit français.

196. Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, les stipulations et les arrangements qui auraient pour effet de faire échec au droit de renouvellement.

Pour rejeter la demande en paiement d'une indemnité d'éviction du preneur à qui un congé a été notifié à l'expiration du second bail de trois ans dont il est titulaire, l'arrêt attaqué retient qu'il peut être dérogé au statut à la condition que le bail soit conclu pour une durée au plus égale à deux ans, que le preneur ayant pu renoncer à des droits acquis, les parties ont, dès l'origine, voulu soustraire leurs accords au statut des baux commerciaux, que cette situation s'est poursuivie et qu'il n'est pas nécessaire de rechercher dans quelles circonstances les locaux ont été restitués ; en statuant ainsi, alors que la seule conclusion du second bail ne suffisait pas à caractériser la renonciation non équivoque du preneur aux droits qu'il tenait, la cour d'appel a violé les article 35 et 3-1 dudit décret.

§2- définition les baux à périodes.

197. Ce type de bail, assez fréquent avant la loi 12 mai 1965 qui a fixé la durée du bail initial ou renouvelé à 9 années au moins implique une interprétation du juge pour en mesurer l'existence et l'application.

²³⁶ Article 474 du Code civil iranien.

En France le bail à périodes a survécu dans l'article 5, alinéa 4 du décret du 30 septembre 1953, lorsque le législateur français a décidé, le 12 mai 1965, que la durée minimale du bail initial, comme du bail renouvelé, serait nécessairement de neuf années (art. 3-1, al. 1). Depuis cette réforme, le bail à périodes ou « trois, six, neuf » a cessé d'exister. Comme les auteurs l'énonçaient après la réforme, ce type de bail perdait largement de son intérêt si la convention locative était dès le départ prévue pour une durée de 9, 12, 15 ou 18 ans²³⁷.

198. Aujourd'hui, il faut éviter de croire qu'est un bail à périodes, la convention locative qui ne stipule pas que, conformément à l'article 3-1, alinéa 2, le preneur renonce à donner congé à la fin d'une des périodes triennales. Il en est de même pour les périodes triennales qui courent après le renouvellement du bail. Dans l'arrêt du 1^{er} juillet 1998, la troisième Chambre civile fait sienne la définition qu'avait énoncée la Cour d'appel de Paris dans cette affaire, par arrêt du 1^{er} octobre 1996²³⁸.

199. Selon la Cour : « le bail prévu par l'article 5, alinéa 4, du décret du 30 septembre 1953, se définit comme un bail de longue durée comprenant nécessairement un première période de neuf années suivi d'un nombre défini d'autres périodes triennales ».

200. Dès lors, viole les règles légales fixant la durée du bail renouvelé, le bail conclu pour neuf années et non pour une durée plus longue, qui stipule que son renouvellement se réalisera automatiquement à l'issue des périodes triennales ultérieures, sans limitation dans le temps. Il s'ensuit que le bail se poursuivait par tacite reconduction lorsque le congé a été régulièrement délivré. Voilà ainsi la formulation ambiguë de l'article 5, alinéa 4, du décret du 30 septembre 1953. Il est certain que toute autre analyse, et c'était ce que le Tribunal de Créteil avait cru pouvoir faire en s'appuyant sur un arrêt de la Cour de cassation qui avait considéré qu'un bail dont le renouvellement se faisait d'année en année était un bail à périodes²³⁹, emporte privation du preneur du droit au renouvellement du bail pour la durée légale. Une telle solution ne pouvait avoir l'assentiment de la Cour de cassation. Il faut donc conjuguer une longue durée de 12, 15, 18 années et des périodes triennales au sein de cette durée.

²³⁷J. Derruppé et a., Baux commerciaux, Dalloz, Manuel de droit usuel, n° 226 ; Ph.-H. Brault, Baux commerciaux : sur la notion de bail à périodes et la validité d'une clause entraînant à défaut de congé la reconduction d'un bail de neuf ans par période triennale : Loyers et copr., oct. 1992, p. 1.

²³⁸Juris-Data n° 1996-022721 ; RD imm. 1997, p. 300, obs. J. Derruppé ; D. affaires 1996, p. 1313 ; Ph.-H. Brault, chron. Préc. - Rapp. TGI Paris, 18^e ch., 27 juin 1997 : Loyers et copr. 1997, p. 290, obs. Ph.-H. Brault et C. Mutelet.

²³⁹ Cass. 3^e civ., 22 mars 1997 : Bull. Civ. III, n° 137

§3- Exceptions.

A- Les baux hors statut.

201. Un certain nombre de conventions locatives ne relèvent pas du statut des baux commerciaux, soit en raison de leur forme, soit en raison de la nature ou de la destination de la chose louée, soit en raison de la qualité du titulaire du bail.

B- Etude du congé anticipé en droits français et iranien.

a- Du fait du locataire

202. En France, jusqu'au 30 décembre 1985, le locataire avait la faculté de donner congé, à l'expiration d'une période triennale, par acte extrajudiciaire (exploit d'huissier) suivant les usages locaux (terme d'usage), et au moins six mois à l'avance. Le locataire n'était donc pas tenu de demeurer pendant neuf ans dans les liens du bail ; il pouvait s'en dégager triennalement s'il s'y prenait à temps, c'est-à-dire, pratiquement, six mois avant l'expiration de la période triennale (délai d'ordre public, sous réserve des usages locaux²⁴⁰, et à condition qu'elle corresponde à un terme d'usage).

203. La loi du 30 décembre 1985²⁴¹ a modifié l'article 3-1 du décret du 30 septembre 1953 (devenu L. 145-4 du Code de commerce) en autorisant les parties à écarter cette faculté de résiliation triennale par une « convention contraire » pouvant être insérée dans le bail ou conclue postérieurement à sa formation, ce qui permet aux parties de convenir qu'une résiliation triennale sera assortie d'une indemnité destinée à compenser le préjudice subi par le bailleur en cas de résiliation anticipée du fait du preneur²⁴². Selon l'auteur, il y a un problème dans le droit français où l'obligation pour le locataire n'est pas aussi importante que pour le bailleur sauf quand les détails sont prévus dans le contrat. La loi n'a pas prévu de durée pour contraindre le locataire à rester dans les lieux. Et de l'autre côté, le législateur iranien ne prend en considération que le contrat écrit entre les parties. Et il n'y a aucun engagement de la part du législateur pour empêcher que l'un ou l'autre partie soit abusé.

²⁴⁰ CA Paris, 16^e ch. A, 17 février, 1999, Administrer déc. 1999, p. 35.

²⁴¹ L. n° 85-1408, 30 décembre, 1985, JO 31 décembre.

204. Cette faculté de résiliation triennale n'est pas réservée uniquement au preneur désireux de cesser l'exploitation de son fonds de commerce. Mais également à celui qui désire le transférer dans un autre immeuble²⁴³. En cas de nullité en la forme du congé, le bail se poursuit pour la durée prévue au contrat (à tout le moins jusqu'à la fin de la période triennale suivante²⁴⁴), sans obligation pour le bailleur de chercher à relouer les locaux²⁴⁵. Le locataire reste tenu de toutes les obligations du bail, et notamment au paiement des loyers et accessoires²⁴⁶. Donc il ressort de ces constatations que toutes les obligations du bail restent applicables pour le propriétaire sauf la fin de la période triennale. Est-ce que cette protection est équilibrée ?

205. Cependant, le fait pour le bailleur de s'être abstenu d'informer le locataire de l'irrégularité de son congé, suivi de l'exercice abusif de son droit de se prévaloir de la nullité du congé, sont constitutifs d'une faute sanctionnée par des dommages et intérêts, au regard de l'obligation de bonne foi imposée par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil²⁴⁷. Est également constitutif d'une faute le fait pour le bailleur, professionnel de l'immobilier, d'insérer dans le bail une clause prévoyant que le congé serait donné par lettre recommandée²⁴⁸.

206. En France la résiliation triennale par le preneur n'est pas une disposition d'ordre public à l'égard du locataire titulaire d'un bail consenti par une société de crédit-bail²⁴⁹ l'article L. 313-9 du Code monétaire et financier exclut expressément l'application des deuxième alinéas de l'article L. 145-57 du Code de commerce.

Le locataire ayant sollicité l'aide spéciale compensatrice prévue par la loi n° 72-657 du 13 juillet 1972 peut, moyennant un préavis de trois mois, provoquer la résiliation de plein droit de son bail, s'il cesse définitivement toute activité de chef d'entreprise.

207. Par ailleurs, le preneur ayant demandé à bénéficier de ses droits à la retraite du régime social auquel il est affilié ou ayant été admis au bénéfice d'une pension d'invalidité attribuée dans le cadre de ce régime social a la faculté de donner congé dans les formes (acte

²⁴² Cass. 3^É civ., 21 février. 1995, D. 1995, somme. p. 303.

²⁴³ CA Amiens, 10 janvier. 1977, J.-Cl. Loyer ZB 10-2, n°16.

²⁴⁴ CA Paris, 16^e ch. B, 21 mai 1999, Loyers et copr. 1999, n° 237.

²⁴⁵ Cass. 3^e civ., 10 nov. 1999, Administrer février. 2000, p. 34.

²⁴⁶ Cass. 3^e civ., 10 nov. 1999, Gaz. Pal. 4-6 juin 2000, somm. p. 29.

²⁴⁷ CA Versailles, 12^e ch., 1^{er} juillet. 1999, p. 35.

²⁴⁸ Cass. 3^É civ., 5 novembre. 2003, BRDA 23/03, p. 8..

²⁴⁹ C. mon. et fin., art. L. 313-7 et s.

d'huissier) et les délais (six mois) de l'article L. 145-9 du Code de commerce. De même en Iran, l'article 12 de la loi décret 1977 a fait attention aux obligations générales et contractuelles du locataire qui a conclu un contrat du bail sans expliquer la condition et le manquement de l'obligation. Tout ce qui a été contracté ne peut donc être considéré comme une condition, et ne peut être considéré comme une façon de résilier le contrat. L'obligation contractuelle est l'accomplissement du contrat, c'est ce qui a été édicté par la loi, parce qu'elle prévoit la faculté de résilier le contrat dans le cas du manquement aux obligations ou d'expulsion du local. Mais selon l'article 12, le législateur a fait attention à la condition stipulée au contrat. C'est à la réalisation de cette condition que le locataire aura droit de résilier le contrat du bail. Cette réalisation de la dite condition doit être certifiée par le jugement du tribunal compétent²⁵⁰. Mais, comme nous l'avons vu, le législateur iranien n'a prévu aucune durée de bail pour contraindre le locataire de rester dans les lieux commerciaux. Et dès que les conditions de congé se réunissent, le locataire peut expulser le locataire sans aucune indemnité.

b- Du fait du bailleur.

1- Selon les dispositions spéciales du statut des baux commerciaux.

208. Le bailleur (propriétaire ou locataire principal) a également la faculté de résiliation triennale, dans les mêmes conditions de forme et de délai, lorsqu'il invoquera les articles L. 145-18, L. 145-21, L. 145-24 du Code de commerce aux fins de construire ou reconstruire l'immeuble existant, de le surélever ou d'exécuter des travaux prescrits ou autorisés dans le cadre d'une opération de restauration immobilière²⁵¹. Lorsque le bail

²⁵⁰ Selon l'article 12 de la loi sur les relations du bailleur et preneur votée en 1977, le preneur peut demander du tribunal la résiliation du contrat du bail dans les cas suivants. :

- 1- Si le local loué ne se conforme pas aux données stipulées au contrat du bail (Art. 415 du Code civil)
- 2- Si l'on trouve un vice dans le local loué qui le rend impossible d'utilisation par le preneur, et on ne peut le réprimer.
- 3- Dans les cas où le droit de résiliation se réalise conformément le contrat.
- 4- Dans le cas de la mort du preneur, si ses héritiers demandent la résiliation du contrat
- 5- Si l'objet du bail est, en partie ou en total, en destruction sans qu'on puisse le réparer, ou s'il est contraire à la santé et doit être donc ruiné.

²⁵¹ C. com., art. L. 145-4, al. 3.

commercial, fait par écrit, arrive à expiration sans que le bailleur ait donné congé, il se poursuit au-delà du terme fixé par le contrat, aux clauses et conditions dudit contrat. L'article L. 145-9 ajoute que le bail se trouve reconduit par terme d'usage (un mois si le loyer est payable au mois, trois mois si le loyer est payable trimestriellement, ce qui est le cas général), tant que le propriétaire n'y mettra pas fin par un congé, donné par ministère d'huissier, six mois à l'avance et pour un terme d'usage, sans que les parties soient tenues de respecter les délais prévus par l'ancien bail pour le congé²⁵². En pratique, le bail se trouve reconduit par périodes successives dont la durée est au moins égale à six mois.

209. Par contre dans la droit iranien, dans les cas du manquent des obligations par les parties contractantes, l'option de résiliation s'effectue à la date de ce manquement car il faut distinguer entre les cas où le paiement sera effectué conformément aux conditions stipulées au contrat du bail et les cas où il se réalisera conformément aux règles générales. Cela n'existe pas la loi 1983. Selon la partie D de l'article 8 de cette loi, la faculté de résilier le contrat du bail se réalise dès qu'on s'abstient de payer le loyer, sans qu'il soit besoin de le prévoir au contrat.

Par conséquence, si l'on indique au contrat du bail un délai pour le paiement du loyer, mais si le preneur manque à cette obligation contractuelle, le bailleur aura droit de résilier de contrat. L'article 4 de cette loi prévoit que : « le preneur est tenu de payer le loyer dans le délai déterminé dans le contrat, sinon il pourra se présenter à l'office notarial qui a établi le contrat authentique du bail dans un délai de dix jour à partir de la fin du mois. *Cette obligation d'indiquer le paiement du loyer dans le contrat du bail dans un délai déterminé est considérée comme une condition du payement.* Mais l'article 492 du Code civil iranien suit une règle générale mentionnée à l'article 237. D'autre part, l'article 496 a prévu une autre disposition. Tandis que la logique juridique nécessite que l'article 496 suit la règle mentionnée aux articles 237 et 239 du Code civil²⁵³.

210. A la loi votée en 1977, les parties 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9 de l'article 14 mettent l'accent sur les obligations générales et contractuelles des deux parties qui ont conclu un contrat de bail sans expliquer la condition et le manquement de l'obligation. Tout ce qui a été contracté

²⁵² Cass. 3^eciv., 12 juin 1974, D. 1974, Somm. p. 113.

²⁵³ Selon l'article 237 du Code civil iranien, si une condition a été stipulée au contrat comme une condition de faire ou ne pas faire quelque chose, celui qui en est engage est tenu de l'accomplir, sinon l'autre partie contractuelle peut se présenter devant le tribunal compétent et lui demander de l'obliger. D'après l'article 239, s'il n'est pas possible d'obliger le manquant à accomplir son obligation, qui ne peut pas être accomplie par une tierce personne, le contrat pourra être résilier.

ne peut donc être considéré comme une condition, et ne peut être considéré comme une façon de résilier le contrat. L'obligation contractuelle c'est l'accomplissement du contrat, c'est ce qui a été édicté par la loi, parce qu'elle prévoit la faculté de résilier le contrat dans le cas du manquement d'obligation ou d'expulsion du locataire. Mais selon l'article 14, le législateur a fait attention à la condition stipulée au contrat. C'est à la réalisation de cette condition que le bailleur aura droit de résilier le contrat du bail. Cette réalisation de la dite condition doit être certifiée par le jugement du tribunal compétent²⁵⁴.

²⁵⁴ Selon l'article 14 de la loi votée en 1977, dans les cas suivants, le bailleur peut demander au tribunal compétent de rendre le jugement sur la résiliation du contrat du bail ou sur l'expulsion du locataire. Le tribunal qui rend le jugement de résiliation du contrat de bail ordonne l'expulsion du locataire. Ce jugement sera mis en exécution contre le preneur ou celui qui loue le local.

- a) Location conclue entre le preneur original agissant lui-même comme bailleur (de tout ou partie) et un preneur sans autorisation du bailleur original ou, s'il ne s'agit pas de contrat, conférer le bail à autrui, de tout ou partie du local, ou le mettre à la disposition et à la possession d'autrui, sauf les personnes sous sa tutelle.
- b) S'il y a sous-location d'un local de commerce.
- c) La location d'un logement en prévoyant la résiliation pour cause de transmission définitive du local par le propriétaire, à condition que l'acquéreur décide d'y demeurer personnellement ou y loger ses enfants, ses parents ou son épouse. Dans ce cas, si l'acquéreur ne décide pas de faire expulser le locataire dans un délai de trois mois à partir de la date de transmission, la demande d'expulsion ne sera plus acceptée jusqu'à la fin du contrat du bail.
- d) Si le local loué est en ruine et n'est pas réparable.
- e) Si le bailleur déclare qu'il a besoin du local à l'expiration du contrat du bail.
- f) Si le preneur du local l'utilise dans un intérêt non prévu au contrat du bail.
- g) Si le preneur du local de commerce modifie le métier indiqué dans le contrat de bail sans autorisation du bailleur, sauf dans le cas où le nouveau métier est ordinairement semblable au premier
- h) Si le preneur s'abstient de payer le loyer dans le délai déterminé et ne le paie pas malgré la notification de l'office notarial qui a dressé le contrat du bail ou malgré la déclaration du bailleur s'il ne s'agit pas d'un contrat ou si le contrat de bail n'est pas authentique.

Dans le cas d'un contrat authentique de bail, le bailleur peut demander à l'office notarial de délivrer l'acte d'exécution si le locataire ne paie pas le loyer dans un délai de dix jours. Cependant, si le preneur dépose le loyer retardé dans la caisse du tribunal après la délivrance de l'acte exécutoire, cet acte sera arrêté. Mais le bailleur peut demander au tribunal l'expulsion du local loué.

Si le contrat du bail n'est pas authentique ou s'il n'y a pas de contrat, le bailleur peut demander au tribunal l'expulsion du local loué.

Dans tous les cas subventionnés, si le preneur dépose vingt pour cent 20% du loyer (plus le loyer retardé) dans la caisse de la justice, la décision d'expulsion sera arrêtée. La somme déposée sera payée au bailleur ainsi que les dépenses de justice. Cependant le preneur ne peut profiter de ce privilège qu'une seule fois.

Cette méthode a été édictée aussi par le législateur à l'article 4 de la loi concernant les relations du preneur et du bailleur votée en 1983. Selon cet article, si le preneur manque aux obligations de payer le loyer, le bailleur peut s'adresser à l'office notarial devant lequel le contrat authentique du bail a été dressé ou au tribunal compétent (si le contrat n'est pas authentique) pour réclamer le loyer.

Cet article constitue l'introduction de l'article 8. Selon la partie D de cet article : « Si le preneur manque aux obligations de payer le loyer dans le délai détermine... ».

211. Le législateur considère cette obligation comme une condition substantielle du contrat. Toutes les obligations du contrat ont été considérées donc comme les conditions y stipulées. L'obligation de payer le loyer est une des obligations du preneur, la sanction en est le droit de résiliation.

Selon la loi 1977, ne fait aucune différence entre les obligations générales et celles issues d'une condition stipulée au contrat. Mais la loi votée en 1983 a suivi le code civil en réglant l'article 15 dont le motif est de démontrer une. Le Code civil a aussi fait une différence entre les obligations générales et elles issues d'une condition. Selon l'article 237 du Code civil²⁵⁵, le résultat du manquement d'une obligation, est d'obliger le manquement à accomplir son obligation. Selon l'article 238 du Code civil²⁵⁶, si l'on peut réaliser l'obligation par l'autrui aux frais de l'obligé, il s'agit de la faculté de résilier le contrat. Il faudrait donc réaliser l'obligation par autrui afin d'éviter de résilier le contrat. Mais si la condition stipulée au contrat ne peut être réalisée que par le preneur, l'autre partie aura la faculté de résilier le contrat. L'article 239 du Code civil²⁵⁷ a prévu deux cas : le premier cas est la continuation des articles 237 et 238 du Code civil où la condition peut être réalisée par autrui dans ce cas, il s'agit de la faculté de résilier le contrat qui sera la dernière et la meilleure solution.

²⁵⁵ Art. 237 du Code civil iranien : « La condition de faire ou ne pas faire une chose stipulée au contrat oblige la partie contre laquelle cette condition est preuve de l'exécuter, sinon l'autre partie pourra intenter une action devant le tribunal et demander l'obligation contractée de la part de celui qui s'oblige. »

²⁵⁶ Art. 238 du Code civil iranien : « Si on a stipulé une condition de faire une chose mais il n'est pas possible d'obliger le manquant à exécuter le fait accepté comme une condition, mais celle-ci peut être exécutée par l'autrui, le tribunal peut rendre le jugement sur l'exécution de la condition au dépens de celui qui s'oblige ».

²⁵⁷ Art. 239 du Code civil iranien : « Si la condition du fait peut être exécutée par un tiers ou par celui qui a gagné l'action, on ne peut résilier le contrat. Mais si la condition ne peut être réalisée que par celui qui s'oblige. Celui qui a gagné l'action pourra résilier le contrat ».

212. Dans le deuxième cas que la condition de fait ne peut être réalisée par l'obligé, comme par exemple un peintre qui refuse de peindre le tableau qui est exclusivement dans son art, la seule solution est d'accorder la faculté de résilier le contrat de l'intéressé.

Tout ce qui a été prévu par les articles 237, 238 et 239 du Code civil iranien est considéré comme une règle. Il paraît que le code civil a prévu deux cas au sujet du bail sans qu'il soit une contradiction entre ces deux cas. En conclusion, dans le droit iranien, et selon le décret du 1977, le bailleur peut faire expulser le locataire dans le cas de litige sans être obligé d'attendre une quelconque durée. Cependant dans certains cas le paiement d'une indemnité de la part du propriétaire au locataire est prévu par la loi. On constate une ressemblance entre les deux systèmes dans le domaine des litiges. Cependant, on remarque des différences dans la durée entre les deux systèmes. Il semble que la possibilité d'accorder du temps à un locataire réfractaire au contrat n'est pas forcément une bonne chose. Alors qu'il semblerait plus légitime de l'accorder à un locataire de bonne foi.

2- En vertu de la clause résolutoire

213. Le bail peut arriver à terme par le jeu de la clause résolutoire insérée au bail, soit que les parties s'accordent pour lui donner effet à tout moment au cours du bail, soit qu'elle soit imposée aux parties par l'effet d'une décision de justice. Il en va de même pour le droit iranien.

§5- Locations sans terme fixe.

214. C'est le cas des baux purement verbaux et des baux écrits dans lesquels une durée n'est pas précisée.

La location se poursuit alors jusqu'à ce que l'une des parties donne congé. Le congé est donné soit par le bailleur, soit par le preneur, suivant que c'est l'un ou l'autre qui veut mettre fin au bail. Dans tous les cas, le congé répond à un formalisme très strict.

²⁵⁸. Ces mêmes règlements existent dans le droit iranien.

- Forme

215. L'article L. 145-9 précise que le congé doit être donné par un acte extrajudiciaire, c'est-à-dire par un acte d'huissier. Cette forme doit être respectée par le preneur comme par le bailleur. Un congé donné par lettre recommandée est nul²⁵⁹. Il doit, à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il est donné. Contrairement à ce qui se passe en Iran, le congé est donné exclusivement par le tribunal et tant que le tribunal ne s'est pas prononcé les parties sont responsables²⁶⁰.

- Délai

216. Le congé doit être donné, suivant les usages locaux²⁶¹ et au moins six mois à l'avance. Mais le congé donné tardivement n'est pas nul, il vaut pour le terme suivant sauf en cas de résiliation triennale pour laquelle le congé donné tardivement n'est pas valable et laisse donc courir une nouvelle période triennale. Ces dispositions de lois concernant la durée n'existent pas en Iran et pour le congé c'est le tribunal qui doit le décréter.

- Effets

217. Le congé met fin au bail à la date pour laquelle il est donné. La fin du bail commercial, lorsqu'elle intervient à la requête du bailleur, ouvre l'exercice du droit au

²⁵⁸ 3^e Chambre Civile 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-10955 et 08-17750, BICC n° 718 du 15 mars 2010 et Legifrance.

²⁵⁹ Cass. Civ., 30 oct. 1978, JCP 1980, II, n° 19270.

²⁶⁰ Selon l'article 14 de la loi votée en 1977, dans les cas suivants, le bailleur peut demander du tribunal compétent de rendre le jugement sur la résiliation du contrat du bail ou l'expulsion de local loué. Le tribunal qui rend le jugement de résiliation du contrat du bail ordonne l'expulsion du locataire. Ce jugement sera mis en exécution contre le preneur ou celui qui possède le local.

²⁶¹ Cass. Com., 11 février. 1965, D. 1965, p. 291.

renouvellement du locataire ou à indemnité d'éviction s'il peut y prétendre. Ce même règlement existe dans la loi iranienne d'après l'article 494 du Code civil²⁶².

En jurisprudence islamique on a étudié le pas-de-porte qui a dirigé le législateur de 1997 à établir la loi de relations du bailleur et preneur. La plupart des juriste religieux le refusent et estiment que la durée du bail ou la bonne réputation du preneur ne lui crée aucun droit sur la chose louée, mais dans les contrats du bail pour une longue durée où le preneur est permis de le céder à autrui, celui – ci peut la louer pour un pris égal à celui qu'il a accepté au contrat du bail et réclamer le fonds de commerce à la base des éléments corporels et incorporels appartenant à lui et réunis pour lui permettre d'exercer son activités²⁶³. Certains juristes religieux estiment certaines conditions pour appliquer ladite loi et disent que cette condition doit être mentionnée au contrat. Certains d'autres estiment que ce droit ne peut être réclamer que si les deux parties contractantes connaissaient la loi²⁶⁴.

Mais certains des juristes religieux qui considèrent les obligations légales, y inclus la coutume, comme conditions stipulées à l'acte, estime que ce droit est un droit légitime. Selon cette règle que : « ce qui est établi par coutume, est permis par la religion », le fonds de commerce a été reconnu par la coutume donc il est permis aussi par la religion. Certains des juristes religieux contemporains l'ont reconnue par les preuves révisionnelles et estiment que nier ce droit causerait un grand dommage au preneur et annulerait son droit et son capital²⁶⁵.

Il s'ensuit de la loi des relations du bailleur et du preneur votée en 1977 et des autres dispositions que le fonds de commerce dépend de lieu, de la situation de la boutique et il existe dès le début de l'acte du bail. En contrepartie de la déchéance du droit de l'expulsion du bien immobilier, le bailleur acquiert le fonds de commerce lui payé par le preneur.

²⁶² Article 494, « L'expiration de la durée du bail mettra fin aux effets du contrat du bail. Si, à l'expiration du bail, le preneur continue à l'utiliser sans propriétaire, celui-ci aura droit de réclamer l'indemnité d'occupation même si le preneur ne l'a pas utilisée.

Si cette occupation est avec le consentement du bailleur, le preneur en sera responsable s'il l'a utilisé, à moins que le bailleur lui ait donné l'autorisation de l'utiliser gratuitement ».

²⁶³ R. M. Khomeini, Tahrirol-Vasileh, questions 1 à 8, pp. 614-615.

²⁶⁴ Marofol-Hassani Hachèmi, Alvelayah, page 329.

²⁶⁵ Moussavi Bojnourdi, Fonds de commerce, Revue juridique de la Justice, n°.8, p. 72

Le pas-de-porte se réalise au fur et à la mesure de l'usage, il s'augmente par les activités du preneur et dépend de la nature de la profession exercée par lui. Ses activités, sa réputation et le nombre des clients.

Selon l'article 6 du Code de commerce, le petit marchand se considère comme un commerçant, mais le législateur de 1977 a choisi le titre de « Le droit de métier ou le droit de commerce » pour qu'il embrasse tous les petits marchands et les artisans ainsi que toutes les activités commerciales.

Selon la loi de 1977, ce droit ne peut pas être renoncé et il se diffère du fonds de commerce. Le paiement du fonds de commerce est un de ses éléments efficace à sa réalisation, mais la réalisation du droit du métier ou le droit de commerce ne dépend pas du paiement du fonds de commerce²⁶⁶. Nous nous proposons à présent d'examiner les divergences et les convergences entre le droit français et le droit iranien dans le renouvellement des contrats des baux commerciaux.

²⁶⁶ La réclamation du droit de métier ou droit de commerce dans les cas prévus par la loi de 1977 est sans observation, même si le fonds de commerce a été payé ou non par le preneur. Doctrines, commission du Conseil supérieur judiciaire 1993, p. 134.

Titre II – Le renouvellement des contrats de baux commerciaux : Les divergences et les ressemblances entre les droits française et iranien.

218. Le statut tel qu'il est actuellement n'est pas équilibré. Il accorde des privilèges excessifs aux locataires, au détriment de leurs bailleurs. Ainsi, les propriétaires immobiliers sont les seuls parmi les acteurs économiques à être privés sans motifs valables du revenu normal de leurs biens donnés à location. De plus, en cas de refus de renouvellement du bail, ils sont contraints de payer une indemnité d'éviction, souvent surévaluée. Une réforme éventuelle doit aller dans le sens de plus d'équilibre entre les intérêts des parties. Pour faire apparaître nettement la différence et ressemblance existant entre les solutions du système français et celles du système iranien, il est nécessaire d'envisager, successivement, l'étude des règles statutaires trouvant leur fondement dans le droit civil en droits français et iranien (Chapitre 1) et la facilitation du maintien de l'activité du locataire en dépit de l'arrivée à terme du bail (Chapitre 2) du bail commercial.

Chapitre 1 - Etude des règles statutaires trouvant leur fondement dans le droit civil en droits français et iranien.

219. Pour faire apparaître nettement la ressemblance et convergence entre les solutions du droit français et celles du droit iranien, il est d'envisager, le droit au renouvellement trouvant sa justification dans les droits civils français et iranien (Section 1) et l'abus en droits français et iranien (Section 2) du bail commercial.

Section 1 - Le droit au renouvellement trouvant sa justification dans les droits civils français et iranien.

220. Le renouvellement est un concept important du statut des baux commerciaux, qui ne se retrouve pas dans les prescriptions du droit commun des contrats et du droit commun du louage de choses. Il a pour principale fonction de permettre la continuation d'une relation contractuelle qui normalement devrait prendre fin. Le renouvellement est distinct de la tacite reconduction de l'article 1738 du Code civil français. Pour MM. F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque²⁶⁷, si « le renouvellement produit le même effet principal que la reconduction, il s'en différencie par le fait que le nouveau contrat ne se forme pas nécessairement aux mêmes conditions que le bail expiré. C'est pourquoi il ne peut y avoir de tacite renouvellement, les parties devant s'accorder pour fixer les nouvelles conditions... ». Cependant il n'est pas toujours facile de distinguer ces deux notions²⁶⁸, et ce particulièrement au sein du bail commercial, puisque la jurisprudence aménage les conditions et les effets de la tacite reconduction de l'article 1738 du Code civil.

221. Plusieurs éléments en droit français permettent toutefois de les différencier. Tout d'abord le renouvellement nécessite en principe un accord exprès de volonté²⁶⁹, alors que la tacite reconduction se contente d'un accord implicite. Ensuite, le renouvellement dans le statut des baux commerciaux comporte des conditions d'application qui lui sont proposées. Enfin, même si le contrat est renouvelé aux clauses et conditions du bail expiré, le statut permet la modification du loyer selon des règles précises (art. L. 145-11 du Code de commerce). Par contre, selon l'article 494 du Code civil iranien, avec la fin de contrat, l'objet du contrat finit : le locataire quitte les lieux. Mais dans le cas de renouvellement du contrat, contrairement aux lois françaises où la loi exige du propriétaire de prolonger le contrat sinon le contrat sera prolongé tacitement, l'ancien contrat continuera pour une nouvelle période. Ceci est la

²⁶⁷Op. cit., n° 466, p. 379.

²⁶⁸V. en ce sens, J. Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., LGDJ. 2001, n° 21202, p. 788.

²⁶⁹V. cependant pour un accord tacite, Cass. 3^{ème} civ., 3 février 1988 : *Rev. Loyers*, 1988, p. 171 : « A légalement justifié sa décision, un arrêt, qui, après avoir relevé que les locataires avaient payé sans réserve le loyer proposé par les bailleurs dans leur offre de renouvellement de bail et n'avaient soulevé aucune constatation pendant deux ans, a souverainement retenu qu'il en résultait de leur part une acceptation des conditions du renouvellement ».

différence entre les deux systèmes pour la fin du contrat²⁷⁰. Les dispositions relatives au loyer ont été prévues par la partie 3 de l'article 492 et par les articles 501 et 505 du Code civil, mais les articles 494 et 504 ne parlent que de l'indemnité d'occupation. On n'y a parlé de la cause de cette dénomination et du délai de paiement. Selon l'article 6 de la loi votée en 1977, « le preneur s'engage de payer le loyer au délai mentionné au contrat du bail, et à l'expiration de la durée du bail, il paie l'indemnité de possession égal au loyer à la fin de tout mois. Il le paie dans 10 jours à partir de la fin de tout mois de possession. ».

222. Par conséquent, si le contrat du bail a été oralement conclu, le montant sur lequel on s'était accordé devrait être payé au bailleur, et à l'expiration du bail oral, on paie l'indemnité d'occupation conformément à ce que l'expert a estimé.

Il paraît que cette dénomination dépend uniquement de l'accord des deux parties contractantes, la durée et l'expiration n'ayant aucun effet à cet égard. La preuve se trouve dans la loi approuvée en 1977.

Selon l'article 6 de cette loi, le législateur, prévoit que : « Si la somme du loyer n'est pas déterminée dans un contrat oral du bail, l'indemnité d'occupation est une somme équivalente au loyer des immeubles semblables ». Malgré que la durée du bail soit déterminée dans le contrat de bail, et que le loyer soit déterminé selon l'accord des deux parties contractuelles, la loi prescrit que l'indemnité d'occupation est déterminée à la base. En Iran, deux éléments sont très importants lors d'un renouvellement de bail. Premièrement, après l'expiration du contrat, comme il n'y a pas d'obligation de renouveler le contrat, il est possible d'augmenter le loyer, car comme il n'existe aucun minimum sur la durée du bail, le nouveau contrat est un accord à part entière, et donc n'est limité par aucune nouvelle réglementation. Deuxièmement, si le **pas-de-porte** a été transféré au locataire, le propriétaire doit absolument renouveler le contrat et selon l'article 4 de la loi de 1977, il ne peut augmenter le loyer que tous les trois ans et ceci par une demande auprès de tribunal. On peut donc dire que pour les locaux avec un pas-de-porte il y a des différences significatives entre les deux lois.

223. La création d'un droit spécial ne signifie pas nécessairement la mise en place de prescriptions exclusivement dérogatoires par rapport au droit commun. Ces normes se réfèrent même parfois expressément à ce dernier afin d'en conserver l'application. Par exemple, le

²⁷⁰ Article 494, « L'expiration de la durée du bail mettra fin aux effets du contrat du bail. Si, à l'expiration du bail, le preneur continue à l'utiliser sans propriétaire, celui aura droit de réclamer l'indemnité d'occupation même si le preneur ne l'a pas utilisée .

Si cette occupation est avec le consentement du bailleur, le preneur en sera responsable s'il l'a utilisé, à moins que le bailleur lui ait donné l'autorisation de l'utiliser gratuitement ».

statut dispose que les articles 1738 et 1244-1 du Code civil français et les articles 466, 473 du Code civil iranien et l'article 1 du Code des baux les modifications du loyer du bail prescription de 22 décembre 1938 régissent le bail commercial.

Quant aux règles statutaires qui se veulent dérogatoires, le sont-elles véritablement? Nous verrons que tel n'est pas le cas pour une partie d'entre elles. Il convient d'apprécier les règles du statut au regard du droit civil, afin de caractériser celles qui sont effectivement dérogatoires et celles qui ne le sont qu'en apparence.

224. En outre, l'importance du droit civil au sein du bail commercial est amplifiée par les lacunes du statut. Là où une règle spéciale ne vient pas régir ce contrat, le droit civil, dans sa qualité de représentant du droit commun, trouve à s'appliquer. Or, les lacunes de la législation spécifiquement applicable aux baux commerciaux sont nombreuses. Le droit civil apporte donc une aide non négligeable au contrat.

Sous toutes ses formes, un objet corporel ou une valeur incorporelle - la chose louée – doit avoir une existence réelle ; elle réalise le support objectif de la prestation du bailleur. Plusieurs articles du Code civil français et du Code civil iranien font mention de cette règle de bon sens. L'article 1108 du Code civil français, en citant les conditions essentielles des conventions, exige que la matière de l'engagement consiste en un objet certain. L'article 1129 du même Code indique également que l'obligation ait pour objet une "chose". Enfin, l'article 1709 prévoit qu'il faut une chose louée et un prix pour que le louage soit conclu et devienne parfait.

225. Le Code civil iranien, à son tour, a insisté sur la présence nécessaire d'une chose louée pour la formation d'un contrat de louage. A l'article 190 qui requiert un objet certain (comme l'article 1108 du Code civil français), en tant que condition de validité de la convention, il convient d'ajouter l'article 472 consacré au bail : « Est nul le bail d'un corps certain s'il apparaît que la chose louée n'existait pas ».

226. En effet, le bail ne peut exister sans l'existence d'une chose contrepartie du prix. Dans l'interprétation de cette règle, les deux droits, français et iranien, se distinguent assez nettement.

Dans le droit iranien caractérisé par une certaine rigueur, seuls des baux portant sur une chose de genre échappent à la condition de l'existence de la chose louée, les baux de corps certains ne connaissant que de rares exceptions traditionnelles.

En revanche, le droit français, se montrant plus ouvert sur la notion de chose louée, a interprété, de façon souple et évolutive, l'exigence d'une chose louée pour les baux portant sur un corps certain comme pour ceux portant sur une chose de genre.

Le renouvellement en droit français²⁷¹ a pour particularité de forcer le consentement du bailleur ayant conclu un louage commercial lorsque le contrat arrive à son terme, mais non celui du preneur, qui reste libre de ne pas poursuivre la relation contractuelle. Dès lors, du côté du bailleur, il est intéressant de souligner une contradiction avec le principe de la liberté contractuelle. En revanche, le législateur iranien a essentiellement pris des dispositions protectrices par rapport au bailleur qui est plus libre qu'en droit français de poursuivre la relation contractuelle.

Cette vision en droit français, du renouvellement est cependant imparfaite, car elle écarte un élément important. Le statut autorise en effet le bailleur à refuser le renouvellement, si en contrepartie il verse une indemnité d'éviction. Ce faisant, si le bailleur est tenu de poursuivre la relation contractuelle, en raison du droit au renouvellement conféré au preneur, le paiement éventuel de l'indemnité d'éviction retire à la situation une partie de son aspect contraignant.

227. Il n'y a plus alors de réelle contradiction avec la liberté contractuelle²⁷², puisque le bailleur a toujours la possibilité, la « liberté » pourrait-on dire, de verser l'indemnité d'éviction afin de ne pas poursuivre la relation contractuelle. Évidemment, la liberté dont il est question n'est pas identique à celle du droit commun des contrats puisque les options du bailleur ne sont pas les mêmes. Les deux possibilités qui s'offrent à lui ne sont pas, contracter

²⁷¹V. pour le renouvellement en droit comparé. P. Magnan, *Baux commerciaux, Propriété commerciale et Droit Comparé Européen* : Gaz. Pal. 1992, 1, p. 103.

²⁷²V. sur l'idée selon laquelle le statut des baux commerciaux a cherché à respecter la liberté contractuelle, A. Vitu, *Propriété commerciale et propriété culturelle* : RTD civ. 1946, p. 277 : « (Le) respecte des principes généraux du droit se traduit également dans la protection des intérêts du bailleur lui-même, telle que la réalise la loi de 1926. La liberté de celui-ci reste entière pour accorder ou refuser le renouvellement, soit pour des motifs dits légitimes, soit même sans aucun motif. La seule atteinte à la liberté de détermination du propriétaire réside dans la pression voilée exercée sur sa volonté par cette disposition de la loi qui impose le versement d'une indemnité dans un certain nombre de cas » ; M. Pédamon, *op. cit.*, n° 2, p. 2.

ou ne pas contracter, mais plutôt, contracter ou payer l'indemnité. Cependant, un choix existe, ce qui est l'empreinte d'une certaine liberté. Il semble que le législateur français devait appliquer cette disposition uniquement à certains cas plutôt que de la généraliser, car sous ces conditions, le propriétaire est soumis aux obligations contre sa volonté, ce qui n'est pas juste, d'autant plus qu'auparavant, on lui infligeait une longue durée du contrat.

La présence d'une indemnité d'éviction ne doit pas cependant laisser croire que le régime institué en France par le statut des baux commerciaux est seulement indemnitaire. L'emprise du preneur sur l'immeuble, en raison du droit au renouvellement conféré, permet d'envisager qu'il n'est pas seulement titulaire d'un droit de créance²⁷³. En effet, s'il n'est pas possible de fonder le droit au renouvellement, il convient d'étudier les conditions posées par le droit Iranien sur la théorie de l'abus de droit (Sous section1) ou sur la responsabilité civile (Sous section2), il est en revanche concevable de tenter un rapprochement avec le droit civil français et iranien des biens (Sous section3).

Sous section 1- L'impossibilité de fonder le droit au renouvellement sur l'abus de droit.

§1- Une justification cependant retenue par une partie de la doctrine.

228. Au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 1926 de nombreux auteurs²⁷⁴ ont analysé le renouvellement comme la sanction d'un abus de droit du bailleur. Selon L. Josserand²⁷⁵, « ainsi reçoit une nouvelle consécration la thèse de l'abus des droits ; le

²⁷³V. en ce sens, J. Derruppé, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Thèse Toulouse, 1951, n° 78, p. 97 : « Le droit au renouvellement du un droit de créance à l'encontre du bailleur. Mais, en fait, la situation n'est pas aussi claire. Le paiement des indemnités garde pour le bailleur un caractère subsidiaire ; il est pour ainsi dire primé et en quelque sorte effacé par l'obligation de renouveler et par l'interdiction d'installer ou de laisser installer un commerce similaire. La pression qui est exercée sur le bailleur par la menace des indemnités limite son droit de refuser le renouvellement ».

²⁷⁴A. Trasbot, La propriété commerciale : Ann. dr. Com. 1926, p. 127 ; A. Trasbot, Commentaire de la loi du 30 juin 1926 : DP 1926, IV, p. 200, 1^{re} col. ; L. Josserand, Cours de droit civil positif français, T. II, 2^{ème} éd., Sirey, 1933, n° 1234, p. 647 ; P. Lecocq, th. Préc., p. 39 ; J.-A. Leblac, Le refus de renouvellement des baux commerciaux, Thèse Lille, 1935, p. 45 ; G. Boudriot, Le droit au renouvellement du bail, Thèse Paris, 1949, p. 127 ; M. Laborde-Lacoste, Les métamorphoses du louage des immeubles de 1804 à 1964, Mélanges, R. Savatier, Dalloz, 1965, n° 27, p. 435.

²⁷⁵Op. cit., n° 1234, p. 647.

législateur par une loi du 30 juin 1926 a considéré que le droit au renouvellement du bail commercial ou industriel ne devait pas être considéré comme un droit souverain, mais comme un droit relatif, et que l'exercice devait en être appuyé sur des motifs légitimes ». De même pour G. Boudriot²⁷⁶, le bailleur « commet certainement un abus du droit en refusant sans motif de reconduire le contrat. S'il argue des motifs légitimes, il n'abuse évidemment pas de son droit. Tout ceci ne fait, d'ailleurs, que confirmer la jurisprudence antérieure relative à la responsabilité en cas d'abus de droit. On admet que celui qui abuse de son droit commet une faute qu'il est tenu de réparer en vertu de l'article 1382 du Code civil français ».

229. Cette approche se retrouve dans les travaux préparatoires des propositions de lois antérieures²⁷⁷ mais aussi de ceux de la loi du 30 juin 1926²⁷⁸ ou encore de ceux l'ayant modifiée postérieurement. Par exemple le rapport du Sénat ayant préparé la loi modificative du 13 juillet 1933 est sur ce point, particulièrement significatif²⁷⁹ : « Le principe de la loi de 1926 est le suivant : le propriétaire n'a pas le droit de commettre un abus de droit, sinon il est frappé d'une indemnité – réparation du préjudice causé – cet abus de droit consiste dans le fait de ne pas consentir un renouvellement du bail lorsque le propriétaire n'a pas de motif légitime pour s'y refuser ». Toutefois, il convient d'observer que de nombreux obstacles empêchent de fonder le droit au renouvellement sur cette théorie. De l'autre côté, la loi iranienne ne reconnaît aucune sanction ni obligation pour le propriétaire en cas d'une négligence ou d'une faute, ce qui n'est pas juste. On peut dire que les deux législations ont privilégié l'une des parties et ne se sont donc pas révélées équitables pour les parties contractantes.

§2- Les obstacles au rapprochement entre le droit au renouvellement et la théorie de l'abus de droit.

230. Le droit au renouvellement, reconnu en France par la loi de 1926, puis par le décret du 30 septembre 1953, n'est pas en adéquation avec la notion d'abus de droit qui

²⁷⁶Th. préc., p. 127.

²⁷⁷Selon L. Julliot de la Morandière : « Bulletin de la société des Études législatives 1923, p. 33, cité par J. Milhaud, th. Préc., n° 199, p. 244 », « il nous paraît plutôt que sans aller jusqu'à imposer une obligation civile de renouvellement contraire aux conventions passées et aux limites traditionnelles du droit de propriété, il est juste de considérer que le propriétaire manque à son devoir social lorsque, sans intérêt légitime, par esprit de méchanceté ou de spéculation excessive, il refuse de donner la préférence à son ancien locataire ; dans les circonstances présentes il y a abus de droit qui doit être réprimé ».

²⁷⁸V. A. Trasbot, Commentaire de la loi du 30 juin 1926 : DP 1926, IV, p. 200, 1^{re} col.

²⁷⁹Rapport du Sénat dans sa séance du 17 mars 1931 (J. O. p. 327), cité par J.-A. Leblanc, th. Préc., p. 49.

suppose l'intention de nuire²⁸⁰. Son application signifierait en effet, qu'en refusant de poursuivre la relation contractuelle, le bailleur ferait nécessairement preuve d'une mauvaise intention, ce qui n'est pourtant pas toujours le cas. Afin de faire correspondre l'abus de droit au renouvellement A. Trasbot²⁸¹ suggère que le législateur français a redéfini ce concept afin de l'adapter au bail commercial. En effet, selon cet auteur « en apparence la loi du 30 juin 1926 n'a rien de révolutionnaire ; elle gravite autour des idées d'abus de droit et d'enrichissement injuste... On serait presque tenté de soutenir l'inutilité d'une intervention législative puisqu'il s'agit de principe de droit commun. Cette intervention est cependant nécessaire... les tribunaux utilisent ces notions avec circonspection et à des conditions sévères qui en interdisent l'application au renouvellement des baux commerciaux. Dans la doctrine dominante, l'abus de droit se caractérise par l'intention de nuire... L'enrichissement pour être injuste suppose qu'il n'est justifié par aucune cause. Or le propriétaire refusant de renouveler le bail a un intérêt certain, il veut obtenir un loyer plus élevé, il n'agit pas dans l'unique but de nuire à son locataire. D'autre part, il n'y a pas d'enrichissement injuste au sens de la jurisprudence, cet enrichissement a une cause évidente, la fin du bail ancien pour le propriétaire, la conclusion d'un bail nouveau pour le second locataire. N'empêche que souvent ce non renouvellement est en fait contraire à l'éthique. La théorie classique de l'abus de droit et celle de l'enrichissement injuste sont inefficaces pour empêcher ce résultat. Aussi le législateur... va adapter les deux célèbres théories, dans un but d'apaisement social, aux besoins d'une moralité plus affinée. C'est la pénétration toujours plus profonde de la règle morale dans les obligations ».

231. Pourtant, cette explication n'est pas en soi suffisante et cela pour plusieurs raisons. Tout d'abord, bouleverser profondément les conditions d'application d'une notion est souvent révélateur de la création ou de l'utilisation d'un autre concept plus approprié. Ensuite, le statut des baux commerciaux ne fait pas même sous-entendre que le bailleur abuserait de son droit de propriété en refusant de renouveler le contrat. Enfin, l'utilisation de cette théorie signifierait que le bailleur pourrait démontrer, pour échapper à l'indemnité d'éviction, qu'il n'a fait preuve d'aucune intention de nuire. Or, la jurisprudence n'a jamais admis cette solution. Elle ne lui permet pas non plus de mettre en avant son absence de faute. En effet, si l'article L. 145-17 du Code de commerce admet l'exonération pour un motif grave et légitime, ce dernier

²⁸⁰Cet définition est aujourd'hui toujours admise en droit positif. La simple mauvaise foi n'est pas révélatrice d'un abus de droit.

²⁸¹La propriété commerciale : Ann. dr. Com. 1926, p. 127.- V. en ce sens, Robert-Martin et R. Maus, op. cit., n° 131, p. 74.

doit être uniquement apprécié en la personne du preneur. En conséquence, il est possible de considérer, comme de nombreux auteurs²⁸², que le droit au renouvellement ne peut être fondé sur la théorie de l'abus de droit. L'équivalent de l'article L.145-7 du code de commerce français est prévu dans l'article 14 de la loi de 1977 de la loi iranienne. Mais ce dernier est applicable uniquement pendant la durée du contrat ou quand le locataire est le propriétaire du pas de porte. Dans ce cas, le propriétaire peut bénéficier de cet article en donnant un motif légitime tel que la nécessité de restauration des locaux, et demander la fin du contrat. Mais selon l'article 7 de la loi de 1977, si le bail n'a pas été rédigé entre les parties, ou si cela a été fait, mais que la durée du contrat soit expirée, en cas de litiges sur le montant du nouveau loyer ou les conditions du contrat, les parties doivent engager la procédure juridique adéquate et ainsi le tribunal déterminera ces modalités. Il semblerait qu'il existe une divergence d'opinion entre les deux législateurs. En France, à la fin du contrat en absence de la demande du propriétaire, le contrat reste valable ; alors qu'en Iran, lors de l'expiration du contrat, toute relation entre les parties prend fin, sauf en cas d'existence d'un pas de porte. Ceci est uniquement applicable aux cas où aucun accord écrit n'a été rédigé entre les parties²⁸³.

Sous section 2- Le rejet du caractère essentiellement indemnitaire du droit au renouvellement.

232. En France, le refus de renouvellement a une conséquence importante pour le bailleur. En effet, aux termes de l'article L. 145 - 14 du Code de commerce, il doit verser au preneur une indemnité d'éviction qui a pour but, selon cette même disposition, de réparer le « préjudice » causé par la non continuation du bail commercial. Est-il alors possible de

²⁸²P. Marin, Propriété commerciale ou abus de droit ? : Lois nouvelles, 1927, 1, p. 123 ; B. Colin de Verdière, Des indemnités dues au commerçant à raison de la loi sur la propriété commerciale, Thèse Paris, 1929, n° 89, p. 100 ; J. Mihaud, th. Préc., n° 193, p. 232 ; P. Marin, op. cit., n° 99, p. 112 ; P. Marin, note sous, CA Rouen, 25 juillet 1935 : S. 1937, 2, p. 81 ; Fougère, Le droit au renouvellement des baux commerciaux, Domat-Montchrestien, 1937, p. 118 ; M. Pédamon, op. cit., n° 3, p. 3.- V. cependant, l'assouplissement de la notion d'abus de droit par la jurisprudence lorsqu'elle s'interroge sur le refus de renouvellement dans le contrat de concession, (Cass. com., 23 mai 2000 : RTD civ. 2001, p. 772, obs. J. Mestre et B. Fages.- V. sur le sujet, P. Laurent, La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrat de concession : Petites Affiches 8 mars 2000, p. 6).

²⁸³ L'article 7 de la loi votée en 1977 : « Dans les cas où un contrat du bail n'est pas établi entre le bailleur et celui qui à sa disposition un bien immobilier en qualité du preneur, ou la durée du contrat du bail est expirée, chacune de deux parties contractantes peut intenter une action civile (s'il ne s'agit d'un contrat écrit) pour établir un contrat du bail. Le refus du bailleur à signer un contrat ainsi redressé ne peut porter atteinte à ce droit du preneur ».

L'article 9 de la même loi : « Si le bailleur refuse à signer le contrat du bail ainsi redressé, le tribunal le remplace à signer le contrat pour une durée d'un an. » .

considérer l'indemnité d'éviction comme une simple indemnité de responsabilité civile ? Rien n'est moins sûr, car la caractérisation dans ce type de contrat du fait générateur de responsabilité est problématique. En effet, comme le soulignent notamment Mme G. Viney et M. P. Jourdain²⁸⁴ il « tourne principalement autour de la notion de faute ». Cela pose alors des difficultés pour l'analyse de la nature juridique du droit au renouvellement, car il est pratiquement impossible de reconnaître la moindre faute de la part du bailleur lorsqu'il décide de ne pas renouveler le contrat en offrant l'indemnité d'éviction.

233. La responsabilité civile se décompose principalement en deux sous-ensembles que l'on dénomme respectivement la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle²⁸⁵. Considérer que le bailleur doit réparer le préjudice subi par le preneur conformément aux règles de la responsabilité civile revient à démontrer que l'on doit se situer dans l'une ou l'autre de ses catégories. Il convient donc de confronter chacune d'elles avec la situation créée par le statut des baux commerciaux.

Peut-on affirmer que l'indemnité d'éviction est une indemnité de responsabilité délictuelle ? Certains n'ont pas hésité à répondre affirmativement²⁸⁶. Cependant, deux obstacles majeurs permettent de rejeter toute assimilation.

234. La responsabilité délictuelle est régie principalement par l'article 1382 du Code civil français²⁸⁷. Aux termes de cette disposition, « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Ainsi, la démonstration de l'existence d'une faute est nécessaire pour obtenir l'indemnisation de son préjudice²⁸⁸. Mais il existe une divergence d'opinion entre les législateurs, car la loi iranienne limite le paiement des indemnités d'éviction aux cas où le contrat est toujours valide, ou quant le locataire est le propriétaire du pas-de-porte, et à la fin de contrat le propriétaire ne doit pas

²⁸⁴Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, 2^{ème} éd., LGDJ. 1998, n° 438, p. 313.-V. En ce sens, C. Radé, L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile : D. 1998, p. 301.

²⁸⁵Nous ne nous intéresserons pas à la responsabilité quasi-délictuelle et la responsabilité quasi-contractuelle, car elles sont trop éloignées du bail commercial.

²⁸⁶J. Milhaud, th. Préc., n° 209, p. 253 ; P. Lecocq, th. Préc., p. 67 ; G. Boudroit, th. Préc., p. 127 ; R. Cohen-Solal, th. Préc., p. 233.

²⁸⁷D'autres hypothèses spécifiques de responsabilité délictuelle sont prévues par le Code civil, tel l'article 1384, ou par des lois particuliers, comme celle relative aux accidents de la circulation. Aucune d'elles ne concernent directement le bail commercial, et il conviendra donc de limiter notre étude à l'article 1382 du Code civil français.

²⁸⁸V. G. Viney et P. Jourdain, op. cit., n° 438, p. 313 ; J. Bellisant, Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, LGDJ. 2001, préface R. Cabrillac, n° 202, p. 116.

verser des indemnités. Bien que l'équivalent exact de l'article 1382 du code civil français soit prévu par l'article 1 de la loi de responsabilité civile de l'Iran, il est pratiquement impossible d'obtenir de gain de cause pour recevoir les indemnités quand la loi reconnaît ces indemnités uniquement pour les cas très précis.

Cependant, la moindre faute de l'auteur du dommage peut suffire à engager sa responsabilité délictuelle sur le fondement de cette disposition. Il n'est pas besoin de caractériser un abus de droit²⁸⁹. Mme G. Viney²⁹⁰ donne une définition générale particulièrement souple de la faute. Il s'agirait de toute « violation d'une règle de conduite ou d'une norme de comportement édictée par la loi, affirmée par la jurisprudence et qui s'impose en principe à toute personne se trouvant dans une situation donnée ».

235. Peut-on affirmer que le bailleur commet une faute simple en ne renouvelant pas le bail commercial ? L'idée de faute s'accorde mal avec notre situation, puisque le statut des baux commerciaux l'autorise expressément à mettre fin à la relation contractuelle à l'arrivée du terme en offrant une indemnité d'éviction²⁹¹. Il n'y a donc pas violation d'une règle de conduite ou d'une norme de comportement édictée par la loi. En effet, la loi française elle-même autorise le bailleur à refuser le renouvellement, il en est de même pour le droit iranien.

236. Un second obstacle, tout aussi insurmontable peut être relevé. Il s'agit tout simplement de la présence d'un bail commercial. En effet, la responsabilité délictuelle présente un caractère subsidiaire, car elle ne peut réparer un préjudice issu de l'exécution d'un contrat. Or, l'indemnité servant à compenser le dommage résultant du refus de renouvellement s'inscrit sans aucun doute dans le cadre contractuel²⁹². Le préjudice trouve en effet sa source

²⁸⁹Par exemple, J. Milhaud (th. Préc., n° 224, p. 266) réfute toute idée d'abus de droit, mais accepte celle de faute. Selon cet auteur « le refus de renouvellement sans motif donne naissance à un droit à l'indemnité. Par lui-même il est fautif et la loi prend soin de déclarer que l'auteur d'un tel refus devra réparer le préjudice subi ».- V. aussi, B. Colin de Verdière, th. Préc., n° 90, p. 100 (implicitement).

²⁹⁰Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, 2^{ème} éd., LGDJ. 1995, n° 165, p. 284.

²⁹¹La jurisprudence ne dit pas autre chose, TGI Poitiers, 20 décembre 1966 : Rev. Loyers, 1967, p. 280 : « L'indemnité d'éviction est la réparation d'un préjudice éprouvé par le locataire évincé qui trouve sa source dans l'exercice par le bailleur d'un droit que lui accorde l'article 8 du décret du 30 septembre 1953, et non dans la commission d'une faute par celui-ci, notamment d'un abus de droit ». On peut lire cependant, dans les travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1926 que « si le propriétaire, d'initiative, contrairement à la loi que vous aurez votée, refuse le renouvellement du bail et se met délibérément en faute, que faut-il exiger de lui ? C'est qu'il répare le préjudice qu'il cause par le défaut de renouvellement. Il sera donc pleinement en faute et il devra réparer l'intégralité du préjudice qu'il aura causé par le défaut de renouvellement » (A. Trasbot, Commentaire de la loi du 30 juin 1926 : DP 1926, IV, p. 273, 1^{re} col.).

²⁹²V. cependant, J.-F. Overstake, L'indemnité d'éviction : RTD com. 1968, p. 543 : « ... le droit à indemnité naissant du refus de renouveler un contrat expiré par l'arrivée de son terme, il semblerait plus logique, si l'on tient à rattacher l'indemnité d'éviction à une branche de la responsabilité civile, de le rattacher à la responsabilité délictuelle. Du fait de son refus de renouvellement, le bailleur cause au locataire un préjudice pécuniaire provenant de l'atteinte que ce refus porte à la propriété incorporelle que constitue le fonds de commerce. Il n'y a pas d'atteinte matérielle aux biens, pas de dommage matériel proprement dit, mais une diminution de valeur des

dans l'absence de continuation du bail commercial. On ne peut affirmer que le contrat ayant disparu en raison du refus de renouvellement, seule la responsabilité délictuelle devrait trouver application.

Au regard de l'ensemble de ces obstacles, il paraît difficile de rapprocher l'indemnité d'éviction de la responsabilité délictuelle. Il en est de même dans les deux systèmes juridiques français et iranien.

237. Sommes-nous alors en présence d'une indemnité de responsabilité contractuelle²⁹³ ? La responsabilité contractuelle a pour but de réparer le préjudice subi par l'une des parties à un contrat en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de l'une ou plusieurs obligations de ce dernier. C'est ici qu'apparaît la distinction avec la responsabilité délictuelle, car « tandis que les mécanismes contractuels visent à assurer l'exécution des obligations librement consenties, la responsabilité délictuelle entend directement procurer une réparation à la personne victime d'un dommage. A cet égard, la différence des ordres est bien réelle, l'obligation de réparation pouvant être envisagée, dans un cas, comme la résultante de l'inexécution d'une obligation antérieure, dans l'autre, comme l'application pure et simple d'un principe d'équité qui veut que l'auteur avéré d'un dommage en assure la réparation »²⁹⁴. Peut-on dire que le bailleur en ne renouvelant pas le bail commercial procède à l'inexécution d'une obligation ? Une réponse affirmative à cette question aurait le tort de méconnaître les dispositions du statut qui autorise le bailleur à mettre fin à la relation contractuelle. Tout est dit dans la première phrase de l'article L. 145-14 du Code de commerce : « Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail ». En Iran, selon l'article 3 de la loi de 1997, non seulement contrairement au Code commerce français, la renouvellement n'est pas obligatoire, mais aussi le législateur a prévu l'évacuation des lieux dans une semaine après la demande du propriétaire. Donc pratiquement il n'y a pas d'obligation pour renouveler le contrat.

238. En outre, une distinction, dont la paternité est attribuée à R. Demogue²⁹⁵, a vu le jour au sein de la responsabilité contractuelle durant la première moitié du XX^e siècle. Cet auteur a en effet différencié la violation des obligations de résultat et la violation des

éléments du patrimoine, un dommage pécuniaire qu'il faut réparer. Il s'agit pour le bailleur d'un préjudice causé par son fait personnel et sa responsabilité ne peut être mise en œuvre que si le locataire, propriétaire du fonds arrive à prouver une faute ».

²⁹³Pour J. Derruppé, R. Maus, G. Brière de l'Isle et P. Lafarge (op. cit., n° 277, p. 149) cela ne fait aucun doute.

²⁹⁴J. Bellissent, th. Préc., n° 61, p. 42.

²⁹⁵V. Traité des obligations en générale, T. V, Les sources des obligations, A. Rousseau, Paris, 1925, n° 1237, p. 538.

obligations de moyens²⁹⁶. Dans cette dernière hypothèse, les dommages et intérêts sont alloués lorsque la victime prouve que l'autre partie n'a pas apporté tous les moyens possibles à l'exécution du contrat. Elle apparaît alors comme étant fautive. En revanche, dans le cadre de la violation d'une obligation de résultat, la responsabilité sera encourue par le simple fait que le résultat promis n'a pas été atteint. Il est évident que le renouvellement n'est pas en correspondance avec le concept d'obligation de moyens, puisque le preneur n'a pas à pas à démontrer la moindre faute du bailleur pour obtenir une indemnité. Par ailleurs, le rapprochement avec l'obligation de résultat est tout aussi problématique. En effet, d'une part, le statut ne laisse pas même sous-entendre qu'en ne renouvelant pas le contrat le bailleur méconnaîtrait une quelconque obligation. Et d'autre part, si cette législation lui laisse la possibilité de ne pas payer l'indemnité d'éviction dans certaines hypothèses, il ne peut démontrer l'existence d'une cause étrangère présentant les caractéristiques de la force majeure, qui est pourtant en principe le seul moyen d'exonération laissé au débiteur d'une obligation de résultat.

En conséquence, il semble difficile de fonder le droit au renouvellement sur la responsabilité civile. Il est en revanche concevable d'opérer un rapprochement avec le droit civil des biens.

Sous section 3- Etude le fondement du droit au renouvellement découvert dans le droit civil français et iranien des biens.

239. Le preneur à bail commercial est en relation avec deux biens distincts, d'une part le fonds de commerce qui est un bien meuble incorporel, et d'autre part un immeuble par nature (le local) dans lequel l'activité est exercée. Ce commentaire concerne les deux systèmes juridiques français et iraniens. Mais il semble que législateur iranien accepte bien cette subdivision.

Le fonds de commerce est un bien meuble incorporel qui regroupe un certain nombre d'éléments, tels que la clientèle, les brevets, les marques, le nom commercial, ou encore le droit au bail. Il est essentiel à l'application du statut des baux commerciaux. En effet, aux

²⁹⁶V. sur ce sujet, J. Frossard, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, LGDJ. 1965 ; J. Bellissent, th. Précité.

termes de l'article L. 145-1, I du Code de commerce, « 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 et des sociétés, soit à un chef d'entreprise immatriculé au répertoire des métiers ». Comme la loi iranienne ne définit pas de façon formelle les sujets équivalents de l'article 145-1 du Code de commerce français, et limite les droits du locataire en cas d'existence de pas de porte, les tribunaux ont beaucoup de difficultés. On peut constater que la législation iranienne ne différencie pas entre le pas de porte et le fonds de commerce, ceci constitue un inconvénient dans le droit iranien. Ces deux notions se distinguent nettement.

Il est aujourd'hui admis que les éléments relevant du fonds de commerce peuvent être séparés de celui-ci²⁹⁷. Il en va ainsi du droit au bail. En France, la Cour de cassation²⁹⁸ considère en effet que la cession du fonds de commerce n'inclut pas nécessairement celle du droit au bail des locaux dans lequel il est exploité.

240. Le droit au bail peut être défini simplement comme le droit contractuel en vertu duquel le preneur peut jouir d'une chose dont il n'a pas la propriété. Dans le cadre du bail commercial, il revêt certaines particularités. En effet, tout d'abord, le statut confère au preneur une jouissance à long terme, et ce principalement grâce au droit au renouvellement. Le droit au bail commercial est indissociable du droit au renouvellement²⁹⁹. Ensuite, il confère à ce contractant le droit d'exploiter un commerce dans le local loué. Cet aspect est important, car il détermine en grande partie sa valeur. C'est en raison du fait que l'activité générée dans le local draine une clientèle importante que le droit au bail prendra une certaine valeur³⁰⁰. En Iran, avant la révolution islamique de 1978, la loi prévoyait ces éléments, mais la loi de 1997 prive le locataire de ces droits, et ne reconnaît aucun privilège au locataire pour ses activités commerciales.

²⁹⁷V. P. Le Floch, *Le fonds de commerce*, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles, LGDJ. 1986, préface J. Paillusseau, n° 73, p. 79 : « D'un côté, et en raison de l'existence d'une réglementation spécifique, le fonds de commerce a bien l'apparence d'une entité distincte de ses éléments constitutifs ; mais, de l'autre, ce rassemblement ne se traduit pas par la fusion juridique des parties composantes en un tout homogène . Chaque élément continue de subsister dans son autonomie et demeure individuellement susceptible d'être saisi, vendu ou donné à gage suivant les règles du droit commun propres à sa nature ».

²⁹⁸Cass. 3^{ème} civ., 17 décembre 1996 : Rev. dr. Imm. 1997, p. 301, obs. J. Derruppé ; D. 1997, p. 387, M.- H. Monserié ; RJDA. 1997, n° 574 : « La cession d'un fonds de commerce n'inclut pas nécessairement celle du bail des locaux dans lesquels ce fonds est exploité ».- V. aussi sur la cession, infra. N° 109.

²⁹⁹V. en ce sens, A. Jauffret, *Les nouveaux éléments du fonds de commerce*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Mélanges G. Ripert, T. II, LGDJ. 1950, p. 40.

³⁰⁰Il sert à la détermination de l'indemnité d'éviction, Cass. 3^{ème} civ., 15 juill. 1971 : D. 1972, somm. p. 49.- Cass. 3^{ème} civ., 6 mars 1973 : Gaz. Pal. 1973, 1, Somm. p. 66.- V. aussi sur le sujet, R. Lehmann, *Le « droit au bail » et le calcul de l'indemnité d'éviction* : AJPI. 1975, p. 103.

241. Le preneur exerce son activité dans un immeuble par nature dont il n'a pas la propriété. Le droit au renouvellement conféré à ce contractant lui permet cependant d'avoir une certaine emprise sur ce bien, à tel point que de nombreux auteurs³⁰¹ utilisent l'expression de propriété commerciale quand il s'agit d'étudier le bail commercial. Est-ce à dire que l'on puisse rapprocher le droit au renouvellement si ce n'est du concept de propriété, tout du moins de celui de droit réel ? Pour répondre à cette question il est nécessaire de procéder par étapes. Avant de fonder le droit au renouvellement sur le droit civil des biens, il est nécessaire de rechercher la définition de la propriété commerciale.

§1- Analyse du concept de propriété commerciale.

A- Distinction entre la propriété sur le fonds de commerce et la propriété commerciale.

242. Certains auteurs n'ont pas hésité à affirmer que la propriété commerciale n'était pas autre chose que la propriété sur le fonds de commerce. Selon A. Trasbot³⁰², « dans la loi décisive du 17 mars 1909, ... il (le législateur) a consacré la propriété professionnelle commerciale sous le nom de fonds de commerce... L'ensemble des éléments formant le fonds de commerce peut être vendu, mis en gage, il constitue une partie de l'actif du commerçant, de son crédit. La loi de 1909 fut accueillie avec une satisfaction visible dans les milieux commerciaux... La propriété commerciale en effet était reconnue et avait un statut légal ». De même pour M. Waline³⁰³ « la loi de 1926 n'a pas eu à créer la propriété commerciale parce que celle-ci existait déjà : elle existait incontestablement depuis la loi du 17 mars 1909 reconnaissant l'existence, comme un bien distinct dans le patrimoine du commerçant, du fonds

³⁰¹V. par exemple, A. Trasbot, La propriété commerciale : Ann. dr. Com. 1926, p. 121 ; P. Marin, op. cit., n° 1, p. 7 ; A. Vitu, art. Préc., p. 273 ; F. Givord, Décadence et grandeur de la propriété commerciale : RTD civ. 1954, p. 38 ; M. Planiol et G. Ripert, op. cit., n° 449, p. 577 ; C. Bequignon-Lagarde, Propriété commerciale et propriété culturelle, Mélanges J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 327 ; P. Chauveau, Métamorphose de la propriété commerciale, Mélanges J. Brèthe de la Gressaye, éd., Bière, 1967, p. 109 ; J. Derruppé, R. Maus, G. Brière de L'Isle et P. Lafarge, op. cit., n° 1, p. 1 ; F. Auque, op. cit., n° 3, p. 4 ; G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commerciale, T. I, 17^{ème} éd., LGDJ. 1998, par M. Germain et L. Vogel, n° 437, p. 314 ; F. Chalvignac, La rédaction d'un acte juridique : le bail commercial, LGDJ. 1999, préface J.-P. Marty, n° 14, p. 6 ; J.-P. Blatter, op. cit., n° 5, p. 16. M. G. Cornu (Vocabulaire juridique, H. Capitant, 8^{ème} éd., PUF., 2000, V° Bail commercial, p. 100) définit d'ailleurs le bail commercial comme le « bail à loyer de locaux auxquels les parties donnent une destination commerciale, industrielle ou artisanale et qui est soumis à un statut dérogatoire au droit commun de la propriété commerciale ».

³⁰²Commentaire de la loi du 30 juin 1926 : DP 1926, IV, p. 258, 1^{re} col.

³⁰³L'individualisme et le droit, Montchrestien, 1945, p. 147.

de commerce... Lorsque la loi a reconnu au commerçant la propriété de son fonds de commerce, elle n'a pas fait autre chose que lui garantir le droit au bénéfice de son œuvre, un droit sur le capital qu'il a constitué en réunissant cette clientèle ».

Cette analyse procède cependant d'une confusion. Ces deux notions sont en effet distinctes, même si l'une d'elles, la propriété commerciale, a été élaborée pour protéger la propriété sur le fonds de commerce.

243. Il est incontestable que le droit de propriété sur le fonds existe depuis la loi du 17 mars 1909³⁰⁴. Comment pourrait-il en être autrement alors que cette loi prévoit expressément la vente de celui-ci ? Toutefois, cette loi ne permettait pas de protéger en toute hypothèse le commerçant en lui assurant la conservation de ce meuble incorporel. S'il était seulement locataire de l'emplacement siège de son activité, la pérennité de son bail n'était pas à cette époque assurée par le droit civil, et il pouvait perdre par contrecoup son fonds de commerce. Il existe en effet un lien étroit entre ce dernier, ou plus directement sa composante principale, la clientèle, et l'immeuble dans lequel s'exerce l'activité. Ainsi, selon P. Marin³⁰⁵, « avant la loi du 30 juin 1926, le commerçant n'avait aucun droit particulier sur le fonds de commerce en tant qu'universalité juridique... l'élément principal n'était pas protégé... avant comme après la loi de 1909, le commerçant n'avait aucun droit spécial sur cette valeur qu'il avait créée ou acquise. S'il n'était pas propriétaire de l'immeuble où était exploité le fonds de commerce, cette valeur fruit de son labeur, allait se dissiper à la fin du bail ». Cette absence de protection du preneur commerçant a rendu nécessaire l'introduction de la propriété commerciale. Le législateur iranien ne donne aucune définition distincte de fonds de commerce et pas-de-porte, et la plupart des juristes ne différencient pas ces deux concepts. Mais Djafari Langaroudi, dit que le pas-de-porte est le fonds payé par un locataire à son prédécesseur ou au propriétaire³⁰⁶. Tandis que le fonds de commerce est un droit pour le locataire artisan ou commerçant dû à son activité professionnelle dans les locaux loués (la loi sur l'urbanisme concernant la propriété de terrain du 06 juin 1960 et la loi de 1960). Le pas-de-porte se distingue donc du fonds de commerce car la reconnaissance du commerçant et l'existence des clients ne sont pas des éléments importants du pas-de-porte. Il semble que la loi française donne des définitions plus précises. La lacune révélée en Iran d'une telle précision entraîne quelques divergences d'opinion et crée plusieurs problèmes dans les tribunaux.

³⁰⁴V. en ce sens, P. Raynaud, Le contrat de location de fonds de commerce : RTD civ. 1936, n° 7, p. 552.

³⁰⁵Op. cit., n° 1, p. 7 et p. 8.- V. en ce sens, A. Vitu, art. Préc., p. 277.

³⁰⁶Jafari Langeroudi, terminologie juridique, n°2849, p. 356.

B- L'existence d'un lien étroit entre la propriété commerciale et le droit au renouvellement.

244. Afin de protéger le droit de propriété du preneur sur le fonds de commerce, il était nécessaire d'assurer la pérennité du contrat de louage de l'immeuble par nature où s'exerçait l'exploitation commerciale. Pour ce faire, le législateur français a créé un droit au renouvellement au profit de ce dernier. En permettant la poursuite du bail commercial, la loi du 30 juin 1926, puis le décret du 30 septembre 1953, ont cherché à maintenir l'activité du preneur au sein du même immeuble afin qu'il puisse conserver son fonds de commerce. Cependant, il ne fallait pas affaiblir outre mesure le droit de propriété foncière du bailleur, en laissant la durée de la jouissance sous la dépendance exclusive du preneur. D'où la possibilité laissée au bailleur de payer une indemnité d'éviction à l'arrivée du terme. Il semblerait que le législateur iranien soit plus équitable par rapport à son homologue français en retirant cette obligation injuste du propriétaire. En considérant la longue durée prévue pour le bail commercial ainsi que l'existence du bail dérogatoire, le législateur français pouvait prévoir quelques exceptions au lieu d'infliger de façon générale une obligation pénible au propriétaire.

245. La propriété commerciale³⁰⁷ apparaît alors au premier abord comme une œuvre de compromis. Elle serait le droit d'obtenir soit le renouvellement, soit l'indemnité d'éviction. Cette approche n'est toutefois pas représentative de l'esprit du statut. Le renouvellement et l'indemnité d'éviction ne doivent pas être placés sur un pied d'égalité. En France, l'objectif de la législation spécifiquement applicable aux baux commerciaux est en effet de permettre au preneur d'obtenir le renouvellement de son contrat. Le versement de l'indemnité d'éviction n'est en définitive qu'une exception qui a le mérite de dissuader le bailleur de mettre fin à la relation contractuelle de façon inconsidérée. Ce faisant, la propriété commerciale peut être définie comme le droit d'obtenir la pérennité du contrat de louage de l'immeuble, siège de son activité commerciale, et ce, grâce au droit au renouvellement. Cette solution est d'ailleurs

³⁰⁷La plupart des auteurs considèrent que la propriété commerciale est née avec la loi du 30 juin 1926 (P. Marin, op. cit., n° 1, p. 8 ; A. Vitu, art. Préc., p. 277 ; M. Planiol et G. Ripert, op. cit., n° 449, p. 577 ; P. Chauveau, art. Préc., p. 110 ; J. Derruppé, R. Maus, G. Brière de L'Isle et P. Lafarge, op. cit., n° 5, p. 3 ; F. Auque, op. cit., n° 3, p. 4 ; G. Ripert et R. Roblot, op. cit., n° 437, p. 315).

retenue par A. Trasbot³⁰⁸ : « Quand on parle aujourd'hui de la protection de la propriété commerciale ou de la propriété commerciale tout court, on ne vise pas autre chose que la possibilité d'éviter au commerçant les conséquences désastreuses d'un non renouvellement de bail. Le terme de propriété commerciale prend un sens inattendu : en réalité, on soulève une question de louage de choses et non une question de propriété. L'expression de propriété commerciale n'est cependant pas aussi inexacte qu'on l'a prétendu : l'existence de cette propriété est intimement liée au renouvellement du bail ». La propriété commerciale est donc indissociable du droit au renouvellement. Or, le terme de propriété n'est pas inadapté, car le droit au renouvellement confère au preneur un droit réel. Mais en Iran, comme mentionné auparavant, en raison de l'absence d'une définition concise de fonds de commerce, ces droits n'ont pas lieu d'être. Selon les auteurs, l'attitude du législateur français en contraignant le propriétaire est aussi injuste, sans vouloir dire que l'on peut négliger les droits du locataire et ces efforts.

³⁰⁸La propriété commerciale : Ann. dr. Com. 1926, p. 123. En outre, M. S.-P. Laguerre (Y a-t-il antinomie entre propriété commerciale et droit européen ? : AJPI. 1996, p. 299) définit la propriété commerciale comme « la possibilité pour le locataire commerçant d'avoir droit indéfiniment au renouvellement de son bail de la part de son propriétaire ».- V. aussi la définition du droit au renouvellement par le dictionnaire du vocabulaire juridique (sous la direction de R. Cabrillac, Litec, 2002, p. 146) : « Le propriétaire d'un fonds de commerce peut à l'expiration de son bail commercial exiger le renouvellement de ce dernier et à défaut de l'obtenir sans raison légitime, demander une indemnité d'éviction. Ce droit au renouvellement est aussi appelé propriété commerciale ».

§2- Le droit au renouvellement attribue au preneur un droit réel.

A- Un rapprochement avec le concept de droit réel.

246. De nombreux auteurs³⁰⁹ considèrent que le preneur à bail commercial est seulement titulaire d'un droit personnel. Cependant, d'autres ont tenté un rapprochement avec le droit réel. Pour P. Marin³¹⁰, « il y a bien eu reconnaissance d'un droit de propriété au profit des commerçants. Le législateur du 30 juin 1926 a considéré que le fonds doit avoir une existence indépendante du bail. Il a détaché la notion de fonds de commerce de la notion de bail. Il a créé un droit réel ». Selon J. Derruppé³¹¹ « le droit au renouvellement du bail commercial, et le droit à l'indemnité d'éviction qui le caractérise, ont une nature assez imprécise. Malgré leur fondement essentiellement indemnitaire qui conduit à les classer dans la catégorie des droits de créance, ils présentent par certains côtés, et notamment leur opposabilité aux tiers, des caractères qui les rapprochent des droit réels ». De même pour E. Démontes³¹² « le droit de créance reconnu au locataire contre son bailleur est un droit à caractère réel. Car enfin, il faut bien justifier le fondement de cette obligation mise à la charge du propriétaire, qui est l'alternative de renouveler le bail, ou de payer une indemnité... Or l'une des explications se fonde sur la nécessité de parvenir à la restitution d'une valeur que le propriétaire s'est indûment appropriée, et qui ne lui appartenait pas : la valeur de la clientèle et de l'achalandage du fonds du locataire évincé. Si le locataire a le droit de reprendre ces éléments immatériels qui se sont incorporés dans les locaux qu'il occupait, c'est donc qu'il est

³⁰⁹V. par exemple, B. Colin de Verdière, th. Préc., n° 3, p. 3 : « Quelle est la nature juridique du droit au renouvellement ? C'est un droit de créance, car il n'existe que dans les rapports de deux personnes : le locataire et le propriétaire, et consiste dans l'obligation légale pour ce dernier de passer un nouveau bail » ; G. Morin, Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, in *Le droit privé français au milieu du XX^e*, Mélanges G. Ripert, T. I, LGDJ. 1950, p. 8 : « Le commerçant... a un simple droit personnel contre le propriétaire. L'expression de propriété commerciale n'est donc pas exacte » ; C.-T. Barreau-Saliou, Propriété commerciale et commerces satellites : JCP. 1993, N, I, n° 8, p. 196 ; F. Auque, op. cit., n° 3, p. 4 ; G. Ripert et R. Roblot, op. cit., n° 438, p. 315 : « Si l'expression (celle de propriété commerciale) s'est imposée bien qu'elle ne se trouve pas dans la loi, ce n'est pas seulement par commodité d'une formule brève ; les commerçants ont compris la force que prendrait leur prétention si elle revêtait la forme la revendication d'une propriété. Ils affirmaient par là l'existence à leur profit d'un droit sur l'immeuble. D'où la nécessité de régler le conflit de deux propriétés. L'expression est pourtant juridiquement inexacte. Le commerçant, simple locataire, n'a qu'un droit personnel contre le propriétaire... Le droit de propriété commerciale n'est donc qu'un droit à être indemnisé, dans certaines conditions, du préjudice causé par le défaut de renouvellement du bail » ; F. Chalvignac, th. Préc., n° 6, p. 3.

³¹⁰Op. cit., n° 1, p. 9.

³¹¹La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Thèse Toulouse, 1951, n° 90, p. 110.

³¹²La propriété commerciale : Rev. Critique, 1928, p. 577.

titulaire sur ses locaux d'une sorte de droit de propriété en valeur... Et cela nous ramène bien à l'idée d'un droit de caractère réel ». Le droit au renouvellement prévu par le statut confère donc pour certain un droit réel sur l'immeuble objet du bail commercial³¹³. Afin de corroborer cette position, il est nécessaire de procéder par étapes. Selon le législateur iranien contrairement au législateur français, le locataire a été rémunéré pour ses activités commerciales, et comme le propriétaire est dans ses droits de disposer de ses biens, il n'y a pas de raison à l'obliger de renouveler le bail.

a- La création d'un nouveau droit réel n'est pas contraire aux règles du droit civil.

247. L'article 543 du Code civil français au même titre que l'article 30 du Code civil iranien énonce une liste de droits réels. Aux termes de cette disposition, « on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ». Cette liste est-elle exhaustive? La doctrine répond le plus souvent par la négative³¹⁴. Plusieurs arguments militent en faveur de cette position. Tout d'abord, l'article 543 du Code civil français et l'article 30 du Code civil iranien ne déclarent pas expressément que la liste énumérée est limitative. Ensuite, il ne comporte pas l'énoncé de tous les droits réels qui sont contenus dans le droit civil. Par exemple, il ne fait pas référence au droit de superficie.

248. La jurisprudence française, n'a pas hésité à étendre la liste de l'article précité. Dans l'affaire dite « Caquelard », la Cour de cassation considère « que les art. 544, 546 et 552,

³¹³V. aussi en ce sens, R. Savatier, note sous, Trib. civ. Lille, 1^{er} avril 1949 : D. 1949, p. 336 ; A. Rieg, Usufuit, Rép. Civil, Dalloz, 1990, n° 7, p. 2 : « il est vrai que l'évolution de la législation récente des baux tend à démentir cette opposition traditionnelle en accordant au preneur un droit sur la chose louée qui s'apparente au droit réel » ; J. Derruppé, Souvenir et retour sur le droit réel du locataire, Mélanges L. Boyer, PU. Toulouse, 1996, p. 169 ; P. Veaux-Fournerie, Usufuit, Caractères et sources, J.-Cl. Civil, art. 578 à 581, fasc. 10, 2000, n° 56, p. 14 : « ... pour les baux commerciaux... qui, par leur renouvellement quasi automatique, conférant presque un droit réel au preneur (ne parle-t-on pas de " de propriété commerciale " ... ?) ». - V. aussi pour une approche fiscale, E. Cruvelier, Fiscalité du bail commercial, Litec, 2002, n° 10, p. 4 : « La propriété commerciale, assimilée au droit renouvellement du bail commercial, ne participe-t-elle pas d'un véritable droit réel sur l'immeuble appartenant au bailleur, droit – incorporel – que l'on retrouvera inscrit au registre des immobilisations du preneur ? ». V. aussi N. Katouzian, contrat définitif, vol N° 1, p. 236.

³¹⁴J. Derruppé, th. Préc., n° 257, p. 295 ; M. Planol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, T. III, 2^{ème} éd., LGDJ. 1952, par M. Picard, n° 48, p. 54.- P. Crocq, Propriété et garantie, LGDJ. 1995, préface, M. Gobert, n° 238, p. 191.- C. Larroumet, Droit civil, Les biens, Droit réels principaux, 3^{ème} éd., economica, 1997, n° 52, p. 33.- J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, Traité de droit, Les biens, LGDJ. 2000, n° 53, p. 47.- C. Atias, Droit civil, Les biens, 6^{ème} éd., Litec, 2002, n° 44, p. 58.- V. cependant, P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. XIV, Videcoq, Paris, 1968, p. 57 et 58 ; F. Zénati et T. Revet, Les biens, 2^{ème} éd., PUF. 1997, n° 196, p. 236.

du Code civil, sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs ; - que ni ces articles, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible »³¹⁵. La volonté est donc apte à édifier un nouveau droit réel. Les mêmes concepts sont prévus dans les articles 31, 32, 38, et 39 du Code civil iranien, et il semblerait donc que la loi iranienne a été influencée par la loi française.

Les législateurs français et iranien n'ont pas hésité à créer des droits réels bien après la promulgation du Code civil, démontrant ainsi que la liste de l'articles 543 du Code civil France au même titre que l'article 30 du Code civil iranienne n'est pas exhaustive. Il en va ainsi par exemple du bail emphytéotique, qui se caractérise par une longue durée et l'obligation pour le preneur de mettre en valeur l'immeuble en réalisant des plantations et le cas échéant des constructions.

249. Le statut des baux commerciaux ne dispose pas expressément que le preneur est titulaire d'un réel. Mais le caractère non limitatif de l'articles 543 du Code civil français et 30 du Code civil iranien, permet d'induire que le législateur pourrait créer un tel droit sans pour autant le rappeler de façon expresse, du moment qu'il existe une correspondance avec sa définition et son régime³¹⁶. En outre, le statut y fait implicitement référence à propos des règles de compétence. Selon les articles 42 et 44 du nouveau Code de procédure civile français mais aussi les articles 11 et 12 du Code de procédure civile iranien votés en mars 2000 (après de révolution iranien), il est admis que les contentieux liés aux droits personnels sont soumis à la juridiction « du lieu où demeure la victime » et ceux relatifs aux droits réels sont de la compétence de « la juridiction du lieu où est situé l'immeuble ». Or, l'article 29, al. 3 du décret du 30 septembre 1953 dispose que pour les baux commerciaux « la juridiction territorialement compétente est celle du lieu de la situation de l'immeuble ». De même, l'article 26 de la loi iranien de 1977 dispose que pour les baux commerciaux la juridiction territorialement compétente est celle du lieu de la situation de l'immeuble. En appliquant pour

³¹⁵Req., 13 février 1834 : S. 1834, 1, p. 205 ; DP 1834, 1, p. 218.- V. aussi, CA Dijon, 30 déc. 1896 : DP 1896, 2, p. 100.

³¹⁶J. Carbonnier, Droit civil, Les biens, T. III, 19^{ème} éd., coll. Thémis, PUF. 2000, n° 44, p. 76 : « on notera, en tout cas, que, chez nous, celui des droits personnels qui semble le plus avancé dans l'ascension vers le droit réel – le droit du preneur à bail, le locataire ou fermier – devrait échapper sans peine à l'objection de principe ; ce n'est pas la volonté privée qui aura créé le droit réel, si droit réel il y a un jour, ce sera la loi, ce seront les lois du XX^e s. ».

ce contrat la règle de compétence territoriale réservée aux droits réels, le législateur a implicitement opéré un rapprochement entre ceux-ci et le droit au renouvellement

b- L'avis convergent des deux ordres juridiques selon la définition du droit réel.

250. Selon la théorie classique française³¹⁷ et celle iranienne³¹⁸ il est commun de définir le droit réel comme un rapport juridique direct entre une personne et une chose, et le droit de créance comme un rapport entre deux personnes. La situation a été parfaitement imagée par M. C. Atias : « Ce qui caractérise le droit réel... c'est qu'entre le sujet et l'objet du droit, il n'y a personne. Il n'y a personne pour supporter la charge d'acquisition de la valeur de la chose, personne pour réclamer la contrepartie du droit concédé. Le propriétaire est maître chez lui, parce qu'il est seul chez lui, seul à avoir des droits sur sa chose. Le titulaire du droit réel l'exerce sans avoir à passer par l'intermédiaire de quiconque »³¹⁹. Afin de démontrer que le preneur est titulaire d'un droit réel, il est donc indispensable d'établir que le droit au renouvellement a pour effet de créer un rapport direct entre une personne et une chose. La conclusion qui peut être tirée ici des différentes considérations énoncées, est que le locataire du droit réel l'exerce sans avoir à passer par l'intermédiaire de particulier.

251. Le preneur à bail commercial est en contact avec deux choses, à savoir d'une part un bien immeuble par nature, et d'autre part un meuble incorporel. Il n'est pas possible de considérer que le droit au renouvellement mis en place par la loi du 30 juin 1926 aurait conféré au preneur un droit réel sur le fonds de commerce, à savoir plus précisément un droit de propriété, car c'est la loi du 17 mars 1909 qui a eu cet effet³²⁰ au même concept que la loi iranienne de 1997 en droit iranien. Si le droit au renouvellement confère un droit réel, la chose sur laquelle le preneur a un rapport juridique direct ne peut être alors que l'immeuble où il exploite son commerce. Une difficulté apparaît alors, car le bailleur dispose déjà d'un droit réel sur cette même chose. Ce faisant, est-il possible qu'un immeuble par nature puisse faire l'objet de plusieurs droits réels conférés à des personnes différentes ? Une réponse affirmative ne fait aucun doute en droit civil des biens. L'article 543 du Code civil français et l'article 30

³¹⁷V. par exemple, J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, op. cit., n° 36, p. 32 et 33.

³¹⁸Yousef T. Mousavi, droit bailleur et locataire, Majd, 2005, p.97.

³¹⁹Op. cit., n° 43, p. 56.

³²⁰V. cependant, P. Marin, op. cit., n° 1, p. 9. Pour cet auteur, si un droit réel a bien été créé, il s'agit d'un droit réel sur le fonds et non sur l'immeuble où est exploité le commerce.

du Code civil iranien reconnaissent expressément les démembrements de la propriété. En effet, « le droit réel de propriété est divisible, non seulement en ce que son assiette physique peut être subdivisée en deux ou plusieurs parcelles, mais encore en ce que ses éléments constitutifs, dissociés suivant divers clivages, peuvent être dévolus à des personnes différentes entre lesquelles les prérogatives du propriétaire se trouvent réparties. Ces éléments démembrés participent pourtant de la même nature que le droit de propriété lui-même : ce sont des droits réels portant sur la chose qui en est l'objet »³²¹. Mais il semble que législateur iranien accepte cette subdivision tout en reconnaissant le pas-de-porte. Parce que ce droit différencie le propriétaire et le locataire, mais avec la loi de 1997, ce droit aussi a changé et le locataire peut seulement bénéficier de ce droit s'il a payé le montant du pas-de-porte au moment de signer le bail.

252. Il reste à démontrer que le preneur se trouve dans un rapport direct et immédiat avec l'immeuble, sans passer par l'intermédiaire d'une autre personne. La situation est plus délicate puisqu'il peut jouir de cette chose uniquement en raison d'un contrat de bail qu'il a conclu avec le bailleur³²². Il est alors nécessaire d'approfondir la nature juridique du droit au bail commercial. Le statut confère à celui-ci une nature particulière. Il donne au preneur un droit de jouissance qui n'est pas celui du bail général. Il a en effet pour particularité de perdurer en raison du droit au renouvellement dont il est titulaire. Mais en quoi ce droit au renouvellement pourrait-il conférer au preneur un droit direct et immédiat sur l'immeuble ?

253. Déjà, la présence d'un contrat n'est pas en soi un obstacle à la qualification de droit réel, puisque selon la jurisprudence les parties peuvent parfaitement en constituer un au profit de l'une d'elles. Dans cette hypothèse, c'est alors le contrat qui crée un rapport direct et immédiat entre une personne et une chose. Cependant, la situation est différente pour le bail

³²¹F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les biens*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2002, n° 773, p. 629.- V. aussi, J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *op. cit.*, n° 48, p. 42 : « La propriété ainsi caractérisée par sa plénitude et son exclusivité peut cependant faire l'objet d'une dissociation aboutissant à son éclatement. On dit qu'elle est « démembrée ». S'opère alors une répartition entre plusieurs titulaires de l'ensemble des prérogatives qui sont normalement regroupées dans la propriété. Les attributs ainsi détachés sont dès lors l'objet de droits réels " démembrés » ; J.-C. Laurent, *L'évolution juridique de la notion de propriété immobilière* : *Gaz. Pal.* 1976, 1, p. 159.

³²²V. par exemple pour le bail général, M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n° 36, p. 42 : « Le locataire ou le fermier au contraire n'a sur la chose aucun droit direct et lui appartiennent en propre ; il est seulement créancier du propriétaire, lequel se trouve tenu envers lui de lui en procurer la jouissance. Si ce propriétaire n'était pas lié par contrat, le locataire n'aurait aucun droit sur sa chose ».- V. cependant, J. Derruppé, *th. Préc.*, n° 267, p. 309 : « Il nous paraît que l'élément essentiel du droit au bail en général, celui qui constitue l'objet et le but mêmes du contrat de bail, est, et a toujours été, le pouvoir d'utiliser la chose, le droit réel de jouissance... Aussi, nous pensons qu'il convient de rattacher le droit au bail à la catégorie des droits réels ».

commercial, puisque ce n'est pas le contrat qui conférerait un droit réel au preneur, mais la loi. Le rapport direct doit donc provenir du statut. Qu'est-ce qui différencie principalement le bail commercial du bail de droit commun? Sans nul doute le droit au renouvellement. Si donc un droit réel a été conféré au preneur à bail commercial, cela ne peut provenir que de celui-ci. Or en donnant au preneur la possibilité de prolonger sa jouissance au-delà du terme, il affecte durablement le droit de propriété du bailleur, qui ne pourra pas l'expulser sans verser une somme d'argent. N'y a-t-il pas quelque chose d'étrange dans le fait qu'un propriétaire doive payer une indemnité d'éviction pour récupérer la pleine propriété de son bien ? Cela ne peut se comprendre que si l'on considère que le statut a donné au preneur un pouvoir direct sur l'immeuble, celui de s'y maintenir même à l'encontre de la volonté du propriétaire, sauf si elle se double d'un versement d'une indemnité d'éviction, qui doit lui permettre de s'installer dans un immeuble équivalent. On peut souligner un point fort de la loi iranienne sur ce sujet, car le droit de propriété est plus imposant que les autres droits comme pour le fonds de commerce.

Il est vrai que le rapport direct et immédiat du preneur à bail commercial sur l'immeuble n'est pas aussi absolu que celui du droit de propriété, puisque certaines interférences du bailleur sont possibles. Cependant, le législateur peut parfaitement en atténuer la rigueur. En outre, une partie de la doctrine tend à considérer que ce rapport ne doit pas être entendu de façon trop rigoureuse³²³.

Ce faisant, il est possible de considérer que le statut des baux commerciaux a constitué un droit réel³²⁴, puisque le droit au renouvellement permet de faire perdurer la jouissance du preneur et d'entraver par contrecoup le droit de propriété foncière du bailleur. Le droit au renouvellement en permettant de pérenniser la relation contractuelle et donc en attachant le preneur à l'immeuble pour une longue durée, confère ainsi à celui-ci un droit réel.

³²³Op. cit., n° 37, p. 42.- V. aussi la définition qu'ils proposent : « On peut donc définir le droit réel : celui qui impose à toute personne l'obligation de respecter le pouvoir juridique que la loi confère à une personne déterminée de retirer de biens extérieurs tout ou partie des avantages que confère leur possession, ou, si l'on préfère, celui qui donnant à une personne un pouvoir juridique direct et immédiat sur une chose, est par cela même susceptible d'être exercé, non pas seulement contre telle personne déterminée, mais envers et contre tous » (n° 40, p. 46).

³²⁴V. en ce sens, Trib. civ. Lille, 1^{er} avril 1949 : D. 1949, p. 335, note R. Savatier : « Le but du législateur... en faisant bénéficier le commerçant de la propriété commerciale, a été essentiellement de créer une propriété en vue de l'exercice d'une profession ; que le démembrement de propriété que la création d'un droit nouveau au profit du locataire commerçant a fait subir à la propriété immobilière, n'a été consenti qu'en faveur du commerçant exploitant effectivement et personnellement son fonds, véritable protection de l'instrument de travail ».- CA Paris, 30 mars 1995 : D. 1997, Somm. p. 300, obs. L. Rozès : « Le propriétaire d'un bien immobilier qui en concède la location ne confère en principe au locataire qu'un droit personnel à son égard et ne fait donc qu'un acte d'administration ; il en va toutefois autrement lorsque la location est faite à titre commercial, le preneur se voyant reconnaître les droits à la propriété commerciale et au renouvellement du bail, droits auxquels le bailleur ne peut faire échec que par le paiement d'une indemnité équivalente au préjudice subi ; la nature et l'importance des droits ainsi consentis constituent un démembrement partiel de la propriété et ne peuvent donc être assimilés à un simple acte d'administration ».

Cette analyse est d'ailleurs partagée par quelques auteurs. Ainsi, pour MM. F. Terré et P. Simler³²⁵, « dans certaines variétés de locations, notamment commerciales et rurales, les prérogatives du locataire, dénommées d'ailleurs par la pratique « propriété commerciale » ou moins communément, « propriété culturelle », sont telles, spécialement quant aux garanties de stabilité du rapport contractuel, que l'application d'une qualification réelle, constitutive par là-même d'un démembrement du droit de propriétaire, n'est nullement invraisemblable ».

c- Ce que prévoit le régime des droits réels.

254. Les droits réels ont pour particularité d'être « opposables à tous et emportent droit de préférence et droit de suite ; ils sont, sous certaines réserves, cessibles et susceptibles d'hypothèque ; ils peuvent en principe être acquis par prescription acquisitive »³²⁶.

Le régime des droits réels est-il respecté dans la situation qui nous intéresse ? Il est certain que le droit au renouvellement est librement cessible, en tant qu'il fait partie intégrante du droit au bail, puisque l'article L. 145-16 du Code de commerce français et même l'article 10 la loi iranienne votée 1977, prohibe les clauses d'interdiction de céder. Il est vrai cependant que cette disposition concerne exclusivement la cession du bail à l'acquéreur du fonds de commerce, mais il s'agit là de la situation la plus fréquente. Quant à l'application de la prescription acquisitive, elle est peu envisageable dans le cadre d'un bail commercial. En outre, la constitution d'hypothèque n'est pas suffisamment représentative de la présence d'un droit réel, car certains d'entre eux ne peuvent en faire l'objet. Ensuite, concernant le droit de suite et le droit de préférence, J. Derruppé a démontré avec raison qu'il s'agissait là « d'expressions imagées pour traduire l'opposabilité du droit »³²⁷. Ce faisant, l'élément principal d'identification des droits réels est l'opposabilité *erga omnes*. Le droit au

³²⁵Op. cit., n° 774, p. 631.- V. aussi, D. Tomasin, L'évolution de la propriété immobilière, in L'évolution contemporaine du droit des biens, Journée R. Savatier, PUF. Publication de la faculté de droit et de science sociale de Poitiers, 1991, p. 57 : « Dans le bail en effet le bailleur consent à faire jouir le preneur d'une chose... Son consentement n'est donné ni pour un temps de jouissance perpétuel ni pour un prix incertain. Pourtant la " législation socialisant " de ce dernier demi-siècle a renforcé sans trêve le droit du preneur à sa jouissance tout en lui assurant un loyer réglementé. Une profusion de textes de circonstances a démembré les prérogatives du propriétaire pour les redistribuer aux locataires (baux commerciaux...) » ; F. Kenderian, th. Préc., n° 11, p. 27 : « La législation moderne sur les baux immobiliers d'exploitation n'aura donc fait que remettre à l'ordre du jour le système féodal des propriétés simultanées qui permettait au tenancier d'exploiter perpétuellement la terre que lui avait concédée le seigneur. Ce démembrement de la propriété en deux droits, éminent et utile, se retrouve dans les baux commerciaux ».

³²⁶F. Terré et P. Simler, op. cit., n° 773, p. 629. Aussi V. N. Katouzian, Code civil dans ordre actuel du contemporain, éd 5^{ème}, p. 47.

³²⁷Th. préc., n° 209, p. 241.

renouvellement présente-t-il cette caractéristique ? Pour certains auteurs³²⁸ cela ne fait aucun doute. En effet, même si l'article L. 145-15 du Code de commerce français et l'article 10 de la loi iranienne votée 1977, aux termes duquel « sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit au renouvellement ». Cependant, au lieu de la nullité, le droit iranien prévoit la résiliation du contrat, concernant seulement les parties au bail commercial qui a le mérite de mettre en évidence la force de ce droit. Ainsi, malgré les termes de l'article 1743 du Code civil français et ce au même titre que l'article 498 du Code civil iranien, il est aujourd'hui incontestable que la jurisprudence considère que le droit au renouvellement est opposable à l'acquéreur de l'immeuble loué, et ce sans qu'il y ait besoin de remplir les formalités. Le droit au renouvellement est donc en correspondance avec le régime des droits réels.

255. Afin d'être opposables à tous, les droits réels font en général l'objet d'une publicité. En est-il ainsi pour le droit conféré au preneur à bail commercial ? Le statut exige seulement qu'il soit immatriculé au registre du commerce et des sociétés. Or, si elle n'a pas pour objet de rendre public les droits que détient le preneur, elle indique cependant dans quel immeuble ce dernier exerce son activité commerciale. Les tiers, étant en mesure de connaître le lieu d'implantation de son commerce, sont donc informés de la présence d'un bail commercial et donc de l'existence à son profit d'un droit au renouvellement, puisque ce dernier est d'ordre public. L'importance de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés est d'ailleurs renforcée par la jurisprudence, puisqu'en son absence au moment du renouvellement, le preneur perdra le bénéfice du statut.

B- Une division originale de la propriété selon concept de droit réel.

256. Le statut des baux commerciaux a ainsi créé un droit réel, plus précisément un démembrement de la propriété. Mais quelle est sa nature ?

Même si les listes des articles 543 du Code civil français et 30 du Code civil iranien ne sont pas exhaustives, il faut convenir que les possibilités d'extension ne sont pas infinies. Selon MM. F. Terré et Y. Lequette, « les limites à la création des droits réels tiennent

³²⁸E. Démontes, La propriété commerciale : Rev. Critique, 1928, p. 576 : « Quant au droit que le locataire tient du contrat de bail, il est opposable à tout le monde » ; J. Derruppé, th. Préc., n° 81, p. 100.

aujourd'hui, beaucoup plus à la structure même de ces droits : s'exerçant directement sur la chose sans l'intervention d'un tiers afin d'en retirer tout ou partie de ses utilités économiques, le droit réel ne permet pas, au moins selon l'analyse traditionnelle..., de mettre une prestation positive à la charge d'une personne. Mais rien ne s'oppose à ce que, dans les limites des pouvoirs qui peuvent s'exercer sur une chose, le découpage en soit organisé différemment de ce que la loi prévoit. Aussi bien, tous les pouvoirs que le code accorde à un individu sur une chose étant contenus dans le droit de propriété, la possibilité de créer de nouveaux droits réels se résume-t-elle dans celle de le décomposer autrement de ce que prévoit la loi »³²⁹.

Afin de démontrer l'originalité du droit réel démembré de la propriété conféré au preneur à bail commercial grâce à l'instauration du droit au renouvellement, il est nécessaire de le différencier de ceux existant déjà.

257. Les servitudes sont assimilées à un démembrement de la propriété. Or, G. Ripert³³⁰ considère que « le propriétaire qui loue ses locaux à un commerçant sait désormais qu'il n'est pas libre de faire cesser le bail ou de le renouveler aux conditions qu'il lui plaira, il grève son immeuble d'une sorte de servitude à l'usage commerciale ». Le droit au renouvellement instaure-t-il une servitude au profit du preneur ? Elle est définie par l'article 637 du Code civil français et au même titre que l'article 102 du Code civil iranien comme « une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». Ainsi entendu ; la servitude pourrait être adaptée à la situation qui nous intéresse. Cependant un obstacle majeur empêche tout rapprochement. En effet, aux termes de l'article 637 du Code civil français et de l'article 102 du Code civil iranien, il est nécessaire de caractériser l'existence d'un fonds servant et d'un fonds dominant, à savoir deux immeubles par nature³³¹, ce qui n'est pas le cas dans notre hypothèse, puisque le fonds de commerce est un bien meuble.

258. Le Code civil français comporte un autre démembrement de la propriété, il s'agit de l'usufruit, qui est selon l'article 578 du Code civil français au même titre que l'article 40 du Code civil iranien, « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ». Malgré le fait que l'usufruitier et le preneur jouissent tous deux d'une chose dont ils n'ont pas la pleine propriété,

³²⁹ Grands arrêts de la jurisprudence civile, 11^{ème} éd., Dalloz, 2000, n° 60, p. 314.

³³⁰ La commercialité du droit civil français, Extrait des Mélanges Maurovic, 1934, n° 9, p. 281.

³³¹ V. en ce sens, J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, op. cit., n° 307, p. 310.

il n'est pas possible de procéder à un rapprochement entre le droit au bail, et donc le droit au renouvellement, et l'usufruit, car ils ont une nature différente. Il s'agit en effet de deux modes distincts de gestion des immeubles. Dans l'usufruit, à l'inverse du bail commercial, « il n'y a pas de liens juridiques, ni contractuel, ni légal en principe »³³² entre le nu-propiétaire et l'usufruitier. Ils se trouvent dans une situation d'indépendance l'un envers l'autre. En effet, « les Codes civils français et iranien ont conçu l'usufruit et la nue-propiété comme deux droits réels coexistant sur la chose et juxtaposés, mais séparés : il n'y a pas de communauté, mais bien séparation d'intérêts entre » les protagonistes³³³. Le fait que l'usufruit ait été établi conventionnellement ne modifie en rien cette caractéristique. L'acte ne sert qu'à constituer celui-ci et à le céder à autrui lorsqu'il est établi par voie directe. Il n'y a pas création d'un lien d'obligation entre l'usufruitier et le nu-propiétaire. La situation est naturellement différente dans le cadre d'un bail commercial puisque par nature il sert à créer un lien d'obligation entre le bailleur et le preneur. Selon M. Fallah, « on a... l'habitude d'opposer de façon catégorique le droit qu'obtient le preneur à celui qu'acquiert l'usufruitier en se plaçant au point de vue de l'obligation imposée à leur auteur. Le bailleur, dit-on, est tenu d'une obligation de " faire jouir " ; le nu-propiétaire doit seulement " laisser jouir " l'usufruitier... Ainsi, le preneur a le droit d'exiger qu'on lui procure la jouissance de la chose, et le bailleur l'obligation de lui procurer ; l'usufruitier a le droit de jouir directement de la chose et le nu-propiétaire, l'obligation de le laisser jouir »³³⁴.

259. Le droit au renouvellement est donc distinct des démembrements de la propriété qui sont issus du Code civil français. S'il est en correspondance avec la finalité des démembrements en ce qu'il permet au preneur de bénéficier durablement de certaines prérogatives attachées au droit de propriété, il diffère tout d'abord de la servitude puisqu'il n'existe pas deux fonds immeubles par nature, et ensuite de l'usufruit car il s'intègre dans un lien d'obligations. En créant le droit au renouvellement, la loi du 30 juin 1926 a donc mis en place un démembrement de la propriété qui n'existait pas auparavant dans le droit positif. Son originalité réside dans le renforcement du droit de jouissance issu du statut il en va de même

³³²F. Terré et P. Simler, op. Cit., n° 780, p. 635.

³³³F. Terré et P. Simler, op. cit., n° 780, p. 635.

³³⁴Mémoire en droit privé, Université de Béhéshti, « fixité et manifestation en bail commercial », p. 152: « Le nu-propiétaire... doit laisser l'usufruitier jouir de la chose dans l'état où elle se trouve au jour où commence l'usufruit ; il n'assume pas une obligation de faire, mais une obligation d'abstention ».

pour le Code civil iranien³³⁵, par rapport à celui du droit commun du bail, puisque le propriétaire ne pourra expulser son cocontractant qu'en payant une indemnité.

260. Le droit au renouvellement s'apparente ainsi à la catégorie des droits réels. L'élément déterminant n'est pas tant la jouissance prolongée du preneur, que le fait que le bailleur ne peut récupérer la pleine propriété qu'en versant une somme d'argent non négligeable, à savoir l'indemnité d'éviction.

Cette solution permet de procéder à un rapprochement certain avec le droit civil des biens. Le régime mis en place par le statut des baux commerciaux n'apparaît plus alors comme entièrement novateur. Le seul moyen d'assurer la protection du fonds de commerce du preneur, était en effet de lui permettre de faire perdurer son contrat de louage sur l'immeuble siège de son activité, en lui conférant un droit réel démembré.

Section2 - L'abus en droits français et iranien.

261. Un contractant sera considéré de mauvaise foi lorsqu'il aura abusé d'un droit qu'il détenait. La notion d'abus de droit est déjà ancienne³³⁶ et a fait l'objet de nombreuses études³³⁷. Le domaine propre de ce concept doit être circonscrit afin d'éviter des confusions. Ce n'est pas, comme l'a rappelé G. Ripert³³⁸, la simple faute dans l'exercice d'un droit. L'abus de droit est autre chose. Il prospère uniquement lorsque le titulaire d'un droit agit scrupuleusement en vertu des prescriptions du droit positif. Il exerce donc normalement son droit. Cette situation ne mériterait juridiquement aucun reproche si l'action ou l'abstention avait, non seulement causé un préjudice à autrui, mais aussi été réalisée avec l'intention de nuire. L'abus de droit n'est donc pas autre chose que l'exercice normal, mais préjudiciable d'un

³³⁵L'article 466 du Code civil iranien : le bail est un contrat de louage par lequel une des parties appelées bailleur devient propriétaire de jouissance du bien lui loué.

³³⁶C.-B.-M. Toullier (Le droit civil français suivant l'ordre du code, T. XI, B. Warée, Paris 1823, n°119, p. 158) admettait déjà que l'intention de nuire pouvait avoir des conséquences négatives même pour celui qui ne faisait qu'exercer son droit.

³³⁷V. les références citées par G. Ripert (op. cit., n° 89, p. 157) et P. Stoffel-Munck (th. Préc., n° 16, p. 28 et suivants).- V. spécifiquement pour le bail commercial, F. Auque, le départ anticipé du preneur à bail commercial : Rev. dr. Imm. 1997, p. 43 ; C. Lavabre, L'abus en matière de baux commerciaux : Rev. dr. Et pat. Juin 2000, p. 46.

³³⁸Op. cit., n° 93, p. 164.

droit avec intention de nuire³³⁹. Ainsi, dans le cadre du bail commercial, l'abus de droit peut se concrétiser non seulement dans l'exercice des droits reconnus par le statut, mais aussi dans l'accomplissement des droits contractuels³⁴⁰. Mais avant d'étudier chacun de ces deux aspects, plusieurs remarques communes méritent une certaine attention.

262. Pour M. P. Stoffel-Munck³⁴¹, « la nature délictuelle de la responsabilité découlant d'un abus de droit contractuel, au sens de faute dans l'exercice d'une prérogative contractuelle, a constamment été réaffirmée en jurisprudence ». Cette position est confirmée dans le domaine des baux commerciaux. Dans un arrêt significatif du 27 juin 2001, la Cour de cassation³⁴² a censuré les juges du fond en visant conjointement les articles 1134, al. 3 et 1382 du Code civil français. La victime pourra donc obtenir des dommages et intérêts, et pourquoi pas une réparation en nature, surtout que selon Mme G. Viney, elle serait moins discutée dans ce domaine que dans celui de la responsabilité contractuelle³⁴³. Nous ne chercherons pas à entrer dans la théorie juridique difficile de la différence entre les délits et les quasi-délits, différence d'intention seulement, le Code civil iranien obligeant pareillement dans les deux cas l'auteur d'un fait dommageable à en fournir la réparation complète. Ainsi sans avoir avec une personne un lien d'obligation contractuelle, on peut se trouver obligé envers cette personne par le seul fait du dommage qu'on lui a causé.

³³⁹L'intention de nuire reste le critère pertinent de l'abus de droit, (V. en sens, R. Vouin, th. Préc., n° 50, p. 80 ; G. Ripert, op. cit., n° 93, p. 164 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, Traité de droit civil, Introduction générale, 4^{ème} éd., LGDJ. 1994, n° 782, p. 766 : « Lorsque, dans l'exercice d'un droit, un acte a été inspiré non pas seulement par une intention égoïste, mais dans le dessein de causer préjudice à autrui, cette intention change le caractère de l'acte ». Par ailleurs, selon N. Katouzian : La rupture abusive des contrats à durée indéterminée, il La tendance à la stabilité du rapport contractuel, détermine de contrat 7^{ème} éd., Ganjé Danech. 1998, , p. 245, la jurisprudence « a retenu l'intention de nuire comme critère déterminant de l'abus, en sanctionnant l'attitude de ceux qui exercent leurs droits dans une intention malveillante ». en outre, s'il admet par la suite qu'elle « a élargi le domaine de l'abus pour réprimer toute faute qui s'est manifestée par une légèreté blâmable ou une négligence coupable dans la résiliation du contrat », nous ne sommes plus strictement en présence d'hypothèses d'abus de droit mais de simple mauvaise foi.

³⁴⁰Le contrat étant considéré comme la loi des parties en vertu de l'article 1134, al. 1 du Code civil français au même titre que l'article 219 du Code civil iranien.

³⁴¹Th. préc., n° 115, p. 106.

³⁴²Cass. 3^{ème} civ., 27 juin 2001 : Loyers et copr. 2001, n° 227, obs. P.-H. Brault et P. Pereira.

³⁴³Op. cit., n° 26, p. 54.- V. aussi, G. Farjat, th. Préc., n° 315, p. 255 : « En ce qui concerne la notion d'abus de droit, si elle était à la base de l'institution, la réparation en nature ne s'imposerait-elle pas ? On objecterait en vain la règle de l'article 1142 du Code civil français. L'on sait combien la jurisprudence l'a étroitement cantonné. Dans le cas du locataire commerçant, aucune des raisons qui peuvent faire écarter la réparation en nature, caractère trop personnel de l'obligation de faire, conditions du contrat insuffisamment précises, lorsqu'il s'agit d'une obligation de contracter, ne se retrouve pas en l'espèce ».

263. Le principe de cette responsabilité se trouve indiqué dans le célèbre article 1382 du Code civil français, selon l'article 331 du Code civil iranien : tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Il ne faut pas confondre le mot délit en Droit civil avec le mot délit du Droit pénal qui désigne les actes réprimés par les lois pénales et limitativement énumérées par ces lois, mais un délit civil peut être en même temps un délit pénal s'il cause un dommage à autrui. En étudiant, dans son ensemble, le concept l'abus du bail commercial, il faut tout d'abord aborder « L'abus dans l'exercice du statut des baux commerciaux » (Sous section 1) et nous devons également nous étudier sur « L'abus dans l'exercice des droits contractuels » (Sous section 2).

Sous section 1- L'abus dans l'exercice du statut des baux commerciaux.

264. La jurisprudence retient rarement l'abus dans l'exercice du statut. Cet aspect est visible dans le domaine du congé.

Le problème s'est surtout posé avec la stipulation contractuelle permettant la notification du congé par le preneur par lettre recommandée avec accusé de réception en cas de dénonciation triennale en France et en Iran c'est le propriétaire qui demande immédiatement au tribunal le congé. Certaines juridictions du fond³⁴⁴ ont admis que le bailleur ayant imposé ce type de formalité par le biais d'une stipulation contractuelle, puis demandé la nullité du congé pour non respect des prescriptions du statut, exigeant un acte extrajudiciaire, commettait nécessairement un abus de droit. Toutefois, la Cour de cassation³⁴⁵

³⁴⁴V. principalement, TGI Paris, 25 avril 1978 : Gaz. Pal. 1979, 1, p. 71, obs. P. de Belot ; RTD civ. 1979, p. 619, obs. G. Cornu.- CA Versailles, 1^{er} juillet 1999, n° 237, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet.- V. aussi, G. Fau et A. Debeaurain, Congé en droit commun et abus de droit : Ann. Loyers, 1979, p. 571 ; J.-J. Barbiéri, th. Préc., p. 68 : « Dès lors, le congé donné sans fondement à des locataires qui s'acquittent régulièrement de leur obligations est abusif, comme tout exercice sans motif d'un droit dont le titulaire ne peut ignorer qu'il va causer un préjudice certain ».- V. enfin toujours sur le congé, CA Paris, 24 mai 2002 : Rev. Loyers, 2002, p. 592 : « Le motif invoqué à l'appui du congé avec le refus de renouvellement sans indemnité d'éviction, de l'état de péril de l'immeuble n'étant pas fondé, bien qu'il soit fait observer que le défaut d'entretien de l'immeuble soit imputable aux seuls propriétaires de cet immeuble, la sanction n'est pas la nullité du congé mais la reconnaissance du droit à indemnité d'éviction au profit du locataire, le bailleur ayant d'ailleurs exercé son droit de repentir. En outre, le preneur s'est vu allouer des dommages-intérêts en réparation du trouble causé par ce congé abusif ».

³⁴⁵V. Cass. 3^{ème} civ., 27 juin 2001 : Loyers et copr. 2001, n° 277, obs. P.-H. Brault et P. Pereira.- V. aussi, Cass. 3^{ème} civ., 13 janvier 1999 : Bull. Civ. III, n° 10 ; Loyers et copr. 1999, n° 151, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet.- Cass. 3^{ème} civ., 26 septembre 2001 : Rev. Administrer, janvier 2002, p. 28, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccara : « Ayant exactement relevé que la remise des clés à un huissier de justice hors la présence et sans acceptation du bailleur, ne peut valoir résiliation, la Cour d'appel, qui a pu retenir que le bailleur qui se prévaut de la nullité du congé irrégulier et qui demande à son locataire d'exécuter ses obligations ne commet aucun abus de droit, a légalement justifié sa décision de ce chef ».

dans un arrêt du 27 juin 2001, s'est fermement opposée à ce raisonnement, puisqu'il est nécessaire de caractériser l'intention de nuire. Pour elle le bailleur « qui était en droit de se prévaloir de l'irrégularité du congé et de poursuivre l'exécution du bail ne pouvait se voir reprocher un abus dans l'exercice de ce droit ». Cette décision est particulièrement intéressante, non seulement car elle s'en tient à une conception stricte de l'abus, mais aussi parce qu'elle opère une jonction entre l'abus dans l'exercice du statut et celui dans l'accomplissement d'une clause du contrat, puisque c'est une stipulation du bail commercial qui avait créé la possibilité de formalisme simplifié qui était contestée. Il en est de même en Iran dans l'accomplissement d'une clause du contrat par le bailleur. On peut seulement faire valoir les irrégularités concernant le contrat.

265. La jurisprudence s'est aussi interrogée sur la possibilité pour le bailleur de délivrer un congé à l'avance, c'est-à-dire bien avant le délai de six mois posé par l'article L. 145-9 du Code de commerce français. La Cour de cassation, dans une décision du 9 novembre 1981³⁴⁶ a considéré que cet envoi n'était pas abusif. Dans cette affaire, la Cour d'appel avait pourtant retenu l'abus de droit, caractérisant l'intention de nuire dans l'impossibilité pour le preneur de céder son fonds de commerce. En France la piste extrajudiciaire peut constituer une solution pour le bailleur afin d'obtenir plus de intérêt. De plus les propriétaires font tout leur possible pour prouver l'abus, pour qu'il puisse le prouver devant le tribunal et obtenir le congé du contrat ou gagner plus d'avantage au près du locataire. Mais en Iran en absence d'une durée minimale imposée par la loi, ces problèmes sont évités.

266. Dans le domaine de la sous-location commerciale la jurisprudence refuse tout simplement de contrôler l'abus de droit. Pour la Cour de cassation³⁴⁷, « le droit, pour le propriétaire, d'interdire toute sous-location ou prêt de locaux loués à usage commercial sans son autorisation expresse et préalable sous peine de résiliation du bail, n'est soumis à aucun limitation ; qu'il n'appartient pas aux Tribunaux, en cas de refus du bailleur, d'autoriser la sous-location ou le prêt, ni de rechercher ou de contrôle les motifs de ce refus ». La divergence est particulièrement nette avec le droit commun du louage de choses. Pourquoi une telle solution ? Car le droit du bailleur d'autoriser ou non le preneur à sous louer apparaît

³⁴⁶Cass. 3^{ème} civ., 9 novembre 1981 : Rev. Loyers 1982, p. 26 note J. Viatte.- V. cependant, CA Paris, 21 février 1980 : Gaz. Pal. 1980, 1, p. 268, obs. P.-H. Brault (le fait de donner congé avec un long délai de préavis peut être constitutif d'un abus de droit du bailleur).

³⁴⁷Cass. com., 16 juillet 1962 : Bull. Civ. III, n° 362 ; JCP. 1962, G, II, 12904, note F. Givord ; Rev. Loyers, 1962, p. 367 ; D. 1963, p. 112 ; Ann. Loyers, 1963, p. 132.

comme étant discrétionnaire³⁴⁸, étant entendu que cette qualité lui serait conférée par l'article L. 145-31 du Code de commerce³⁴⁹. Mais en Iran selon l'article 10 de la loi de 1977, ceci fait partie des conditions pour obtenir le droit de congé. La loi de 1997 en suivant le Code civil d'Iran reconnaît ce droit, mais si le contrat prive le locataire du droit de sous-location, ceci peut constituer un motif pour congé. Il existe donc plusieurs ressemblances entre les deux lois en matière de l'abus pour obtenir le congé.

L'interdiction de principe prévue par ces dispositions, même si elle est tempérée par une stipulation expresse, serait suffisante pour emporter cet effet. La jurisprudence ne dit pas autre chose en déclarant que « l'interdiction est de principe et l'autorisation est dérogatoire »³⁵⁰. Or, cette qualification de droit discrétionnaire est importante car elle permet à un droit de ne pas subir le contrôle de l'abus³⁵¹. En effet, le caractère discrétionnaire d'un droit permet à son titulaire de pouvoir l'exercer à sa convenance, sans subir les remontrances de quiconque.

Sous section 2- L'abus dans l'exercice des droits contractuels.

267. Le droit détenu en vertu d'un contrat peut être au même titre qu'un droit légal constitutif d'un abus. En effet, comme l'a si justement rappelé A. Amiri Ghâeme Maghâmi³⁵², « on ne peut admettre que le droit contractuel soit supérieur par sa nature au droit légal et, à ce titre, non susceptible d'abus ». Effectivement l'abus dans l'exercice des droits contractuel est retenu dans certaines circonstances par la jurisprudence lorsqu'elle s'interroge sur un bail commercial.

³⁴⁸Le dictionnaire H. Capitant définit le droit discrétionnaire comme étant « le droit d'une personne dans les cas spécifiés où ce droit peut être exercé par son titulaire, en toute liberté, comme bon lui semble » (vocabulaire juridique, 8^{ème} éd., PUF, 2000, par G. Cornu, V° discrétionnaire, p. 282).

³⁴⁹V. en ce sens, F. Givord, note sous, Cass. com., 16 juillet 1962 : JCP. 1962, G, II, 12904 : « Lorsque la loi prohibe en principe la faculté de céder ou de sous-louer, la clause d'agrément échapperait à tout contrôle judiciaire, parce que, dans la pensée des parties, cette clause n'a pas eu pour but d'étendre les droits du preneur, mais au contraire de renforcer ceux du bailleur ».

³⁵⁰Cass. com., 20 décembre 1965 : Bull. Civ. III, n° 660.

³⁵¹A. Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés : RTD civ. 1944, p. 1, n° 2 : « ... si largement qu'on accepte la théorie de l'abus des droits, on est obligé de lui reconnaître des limites. Tous les auteurs admettent que pour certains droits on ne saurait parler d'abus ; aucun contrôle du juge n'est possible au sujet de l'utilisation qui en est faite : ce sont des droits discrétionnaires » ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, op. cit., n° 773, p. 759. Toutefois, M. J. Mestre (De la pérennité du lien contractuel : RTD civ. 1986, p. 105) a relevé une atténuation de la jurisprudence pour le contrat de concession et le mandat d'intérêt commun. Elle admet l'abus du droit de refuser le renouvellement dans ce type de contrat (V. par exemple, Cass. com., 22 octobre 1996 : D. 1998, p. 511, note D. Arlie). Ces hypothèses marginales s'expliquent par l'ambiance de coopération émanant de ces conventions.

³⁵²V. A. Amiri Ghâeme Maghâmi, Droit des obligations, T.2, Université de Téhéran, 1977-78, p.66.

C'est le cas particulièrement pour les clauses d'agrément stipulées au profit du bailleur en cas de cession du contrat de bail. Nous avons déjà observé que la jurisprudence a depuis longtemps reconnu la validité de ce type de stipulation dans le bail commercial. Or, la doctrine admet aisément que le bailleur en refusant de donner son autorisation à l'opération peut commettre un abus de droit. Aussi, que ce contractant ne peut s'opposer à la cession sans motif légitime. Face à un refus injustifié le preneur pourra obtenir des dommages et intérêts et se faire autoriser judiciairement à céder son bail³⁵³. Il fait preuve d'une certaine souplesse qui n'est pas forcément en harmonie avec la théorie classique de l'abus de droit, puisque ce n'est pas à la victime de rapporter la preuve de l'abus, mais il appartient au contraire au défendeur à l'action, c'est-à-dire au bailleur, de démontrer la présence d'un motif légitime de refus de délivrer une autorisation. En outre en admettant que le preneur pourrait se faire autoriser judiciairement à procéder à la cession elle n'hésite pas à faire jouer la réparation en nature, ce qu'elle accepte rarement pour l'abus de droit.

268. L'abus peut aussi être caractérisé dans d'autres domaines. C'est le cas lorsque le bailleur refuse d'autoriser des travaux ou modifications du local sans motif légitime³⁵⁴. Peu importe d'ailleurs que ces travaux soient prescrits par le contrat ou la loi. En revanche, le preneur doit impérativement respecter la clause du bail exigeant l'agrément du bailleur, sous peine le plus souvent de résiliation. La demande d'autorisation est un préalable nécessaire³⁵⁵. Ce n'est que dans l'hypothèse où ce dernier refuse ou omet de délivrer son agrément que le preneur peut saisir le juge afin de faire constater son comportement abusif et obtenir des dommages et intérêts et une autorisation judiciaire pour effectuer les travaux. Au regard de la jurisprudence citée la situation paraissait stabilisée. Lorsque le bailleur refusait d'autoriser les travaux sans motif légitime, son abus de droit était sanctionné par les juges. Cependant, un

³⁵³V. pour une autorisation judiciaire, Cass. com., 28 février 1956 : précité.- Cass. com., 14 janvier 1958 : précité.

³⁵⁴L'arrêt de la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 27 juin 1990 (Bull. Civ. III, n° 154) est sur ce point particulièrement significatif : « La Cour d'appel, qui ne pouvait faire abstraction de la situation du commerce concerné pour apprécier l'abus du refus d'autoriser une modification du local dans lequel était exercé ce commerce, a, sans inverser la charge de la preuve ni constater l'existence de motifs légitimes de refus, légalement justifié sa décision... ».- V. aussi, Cass. 3^{ème} civ., 12 octobre 1971 : Bull. Civ. III, n° 480 ; D. 1972, p. 210 ; JCP. 1972, G, II, 16966 ; RTD civ. 1972, p. 395, obs. G. Durry.- Cass. 3^{ème} civ., 4 mars 1987 : Rev. Loyers, 1987, p. 204.- CA Paris, 12 décembre 1997 : Loyers et copr. 1999, n° 14 : « Si la réhabilitation du logement est absolument nécessaire à la jouissance normale des lieux, les travaux peuvent être autorisés, le refus du bailleur abusif et injustifié entraînant un trouble de jouissance qui peut être sanctionné ».- V. enfin sur le sujet, L. Rozès, th. Préc. N° 82, p. 98.

³⁵⁵V. en ce sens, P.-H. Brault, Sur les travaux de rénovation envisagés par le preneur et le refus abusif du bailleur : Loyers et copr. Janvier 1999, p. 4 ; C. Lavabre, art. Préc., p. 46.

arrêt de la Cour de cassation du 20 juillet 1993³⁵⁶ a semé le trouble en énonçant que le droit d'autoriser les travaux était discrétionnaire, empêchant ainsi l'abus de droit de prospérer. Cette décision peut toutefois être conciliée avec celles déjà citées. La contradiction, même si elle semble manifeste n'est qu'apparente. Dans l'arrêt précité les travaux devant être réalisés par le preneur n'étaient pas nécessaires pour la jouissance de la chose louée conformément à la clause de destination et en conséquence, nul doute que le refus d'autorisation aurait été déclaré non abusif si le bailleur avait dénié répondre aux sollicitations de son cocontractant. Le motif légitime de refus pouvant résider dans l'aspect particulièrement accessoire des travaux. Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire si les travaux avaient été jugés nécessaires, l'abus aurait pu être caractérisé³⁵⁷. Ainsi, seul le droit d'agréer ou non des travaux non essentiels serait discrétionnaire.

Par ailleurs, faut-il déduire d'une clause d'interdiction d'effectuer certains travaux à l'encontre du preneur un obstacle insurmontable à tout contrôle de l'abus de droit de refuser l'accomplissement de tels travaux ? La réponse ne saurait être qu'affirmative, et cela pour une raison difficilement contestable³⁵⁸. L'interdiction délivrée est la même en Français car le contrat fait disparaître tout droit sur lequel l'abus peut se reposer³⁵⁹.

269. Enfin, il convient de relever que la jurisprudence sanctionnée parfois l'abus de droit dans la mise en œuvre de la clause résolutoire. Toutefois cette dernière jurisprudence n'a que peu d'intérêt, car les juges admettent que la simple mauvaise foi puisse faire échec à ce type de stipulation. Et, même si dans les autres domaines déjà cités, la jurisprudence fait preuve d'une certaine souplesse, particulièrement dans le domaine des clauses d'agrément des

³⁵⁶Cass. 3^e civ., 20 juillet 1993 : Gaz. Pal. 1993, 2, Somm. p. 537, obs. J.-D. Barbier ; Rev. Huissiers, 1993, p. 1052 ; D. 1995, Somm. p. 153, obs. L. Rozès : « Ayant relevé que, selon les clauses du bail, le preneur devait entretenir les lieux loués en bon état de réparations et qu'il ne pouvait faire aucun percement de gros mur ni démolition sans le consentement écrit du bailleur, une cour d'appel en déduit justement que le locataire avait pris possession du fonds en toute connaissance de cause et que le bailleur pouvait discrétionnairement refuser de répondre à la demande du locataire tendant à être autorisé à effectuer des travaux de gros œuvre ».- V. en ce sens, CA Paris, 17 février 1994 : Loyers et copr. 1994, n° 385, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet.

³⁵⁷V. en ce sens, L. Rozès, obs. Sur, Cass. 3^e civ., 20 juillet 1993 : précité.

³⁵⁸La jurisprudence ne dit pas autre chose, Cass. 11^{ème} ch. Téhéran, 16 sep 1999 : « Un arrêt a répondu aux conclusions du preneur en retenant qu'en présence d'une clause du bail interdisant l'exécution des travaux, sans l'autorisation du bailleur, les juges ne peuvent autoriser les locataires à les effectuer contre le gré du bailleur, même s'ils sont utiles ou nécessaires au commerce exercé dans les lieux et même pour en permettre une meilleure utilisation .

³⁵⁹V. sur la différence entre les clauses d'interdiction et d'autorisation, CA Paris, 26 juin 2002 : D. 2003, AJ. p. 69, obs. Y. Rouquet : « Considérant que c'est à tort que... (le bailleur) interprète la clause du contrat de bail comme étant une interdiction d'effectuer des travaux d'aménagement alors qu'il s'agit d'une clause visant une restriction soumise à condition, à savoir l'autorisation du bailleur ; - Considérant dès lors que le refus d'autorisation doit être légitime et justifié, faute de quoi, celui-ci constitue un abus de droit ».

cession de contrat³⁶⁰, on ne peut toutefois pas en déduire un rapprochement significatif entre l'abus de droit et la simple mauvaise foi.

Au regard de l'ensemble de ces considérations il apparaît nettement que l'abus d'un droit contractuel est plus fréquemment sanctionné que l'abus d'un droit statutaire. Dans cette première situation, la jurisprudence modifie en effet partiellement la notion d'abus de droit afin de sanctionner davantage les comportements de l'une ou l'autre des parties. Pourquoi une telle souplesse ? Parce que les droits contractuels se rajoutent aux droits légaux, et donc ils peuvent déséquilibrer le bail commercial.

Chapitre 2 – La facilitation du maintien de l'activité du locataire en dépit de l'arrivée à terme du bail.

270. La propriété commerciale d'une part (Section1), le droit à la poursuite et à la mutation du bail expiré d'autre part (Section2), sur le marché en permettant à l'activité du locataire de se poursuivre sur place ou dans un nouveau local en dépit de l'expiration du bail. En effet, sauf, hypothèse de conclusion d'un bail entre les mêmes parties³⁶¹, ou de relocation à un accédant potentiel intervenant sur le même marché que l'événement ; la fin du bail implique une réduction de l'offre du fait de la disparition du locataire en place.

La propriété commerciale, et dans une moindre mesure, le droit à la poursuite du bail expiré ou celui à la mutation du bail dérogatoire en bail statutaire, permettent de suppléer l'éventualité de l'atrophie de l'offre aux consommateurs.

³⁶⁰Cette souplesse existe dans d'autres contrats comme le mandat d'intérêt commun.- V. MAJMOEA MOTALEATE MOREDI, Condition entre bailleur et locataire, 2009, pp.69,70.

³⁶¹Hypothèse peu intéressante pour le preneur à cause de l'enchérissement certain du loyer d'un nouveau bail.

Section 1 - La propriété commerciale, instrument de préservation.

271. Propriété commerciale, conséquence logique de la patrimonialisation du bail commercial. Les possibilités de renforcement de l'aptitude concurrentielle que le législateur, a créée en faveur des acteurs de marché preneurs à bail commercial³⁶², l'ont conduit à vouloir protéger le fonds de commerce à l'expiration du bail. En Iran, les sujets visés par l'article 142-2 du Code de commerce français ne sont pas clairement définis. Mais quand le tribunal fait appel à un expert juridique, il prendra en compte ces considérations.

272. Tout refus de renouvellement du bail, en ce qu'il peut entraîner la disparition de l'activité ou sa dépréciation, fait perdre par ricochet aux créanciers tout ou partie de leur gage. Dans ces conditions, les prêteurs de deniers ne se précipiteront pas pour apporter leurs concours financiers³⁶³. L'activité des acteurs de marché, preneurs à bail, se fragiliserait de fait et l'objectif d'une concurrence effective ne pourrait être réalisé. Qui plus est, se poserait la question du maintien sur le marché si le preneur évincé n'avait pas de ressources financières propres pour financer un nouveau bail pour réinstaller son activité. "Le crédit exigeait la sécurité du créancier, celle aussi de son débiteur"³⁶⁴, d'où, la nécessité d'instituer un droit au renouvellement (Sous section1) et le cas échéant, une indemnité d'éviction (Sous section2), pour faciliter le financement de la réinstallation et par conséquent la poursuite de l'activité.

Sous section 1- La protection par l'établissement du droit au renouvellement et sa non limitation dans le durée.

273. La propriété commerciale, un moyen d'endiguer la déloyauté envers le preneur. La valorisation du travail du commerçant à travers la consécration du fonds de commerce et en particulier la patrimonialisation de la clientèle faillirait faute du droit au renouvellement (§1) et sa non limitation dans le temps (§2). Le droit au renouvellement protège l'activité du locataire déloyale.

³⁶²Notamment par la possibilité de nantissement du fonds : Art. 9 de la loi de 17 mars 1909 dite loi Cordelet, actuellement article L. 142-2 du Code de commerce.

³⁶³En dépit du régime de protection que leur confèrent les dispositions de l'article L. 142-2 Code de commerce.

³⁶⁴Marion, Une idée fausse, Gaz. Pal. 1960, 2, doct. p. 65.

§1- La protection de l'établissement du droit au renouvellement.

274. Le constat de l'incapacité du Code civil à protéger le fonds de commerce en fin de bail. Le fonds de commerce porté sur les fonds baptismaux en 1909³⁶⁵ n'est pas protégé par le Code civil français en tant que propriété incorporelle. Or, à travers son concept, la loi de 1909 reconnaissait au commerçant, non seulement la propriété des éléments épars, mais aussi celle de leur réunion dans une universalité de fait. C'était la naissance de la « propriété professionnelle commerciale ». L'œuvre du législateur en 1909 était cependant incomplète. Pour être effective, la propriété du fonds de commerce supposait que le commerçant soit propriétaire de l'immeuble où s'exploitait son fonds de commerce. Pour le commerçant locataire³⁶⁶, la propriété commerciale était essentiellement temporaire, elle dépendait de la durée du bail. La valeur du fonds de commerce se ressentait de cette précarité. Elle diminuait progressivement à mesure qu'approchait la date d'expiration du bail. Le locataire ne pouvait tirer aucun bénéfice des investissements qu'il a réalisés et de la clientèle qu'il a développée si le renouvellement du bail lui était refusé. Les lacunes du Code civil que la loi du 17 mars 1909 était censée combler lui avaient survécues.

275. La vulnérabilité du fonds de commerce à la fin du bail compromettait sa valorisation en cours de bail, favorisée par le dispositif de la loi du 17 mars 1909. Les pouvoirs publics se devaient de réagir : « le principe de la loi³⁶⁷ réside dans la loi de 1909 elle-même. Lorsque la loi de 1909 a proclamé le droit du commerçant sur les éléments du fonds de commerce et notamment sur cet élément essentiel qui s'appelle la clientèle, on a pu se poser la question : comment protégera-t-on dans notre législation, ce droit du commerçant sur sa clientèle ? »³⁶⁸. « Voilà la question » ajoutait le président de la commission de la chambre. Ce questionnement était d'autant plus d'actualité que certaines circonstances à l'époque amplifiaient les conséquences de l'incapacité du Code civil français et de la loi de 1909 à protéger les acquis de l'activité du preneur en fin de bail.

³⁶⁵La loi du 17 mars 1909 dite loi Cordelet « relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce ». Du nom du sénateur initiateur de la proposition et par ailleurs, rédacteur des trois rapports qui furent nécessaires à l'adoption de ladite loi : J.O. Du 19 mars 1909 ; D. 1909, 4, p. 41 ; Voir également, J. Monéger, Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce, in le fonds commerce : mythes ou réalités, 2^{ème} assises de la propriété commerciale organisées par l'AADPC : AJDI, n° 2 du 10 décembre 2001, p. 1042 et s.

³⁶⁶La grande majorité.

³⁶⁷Loi du 30 juin 1926.

³⁶⁸M. Cautru, Chambre, 2^{ème} séance du 8 avril 1925, p. 2134. Le même orateur dans sa justification de l'objectif assigné à la loi du 30 juin 1926, observait qu'« il s'agit de protéger le commerçant qui arrive à la fin de son bail contre les dangers qui menacent la partie essentielle de son fonds : la clientèle ».

276. Certains propriétaires de même que les concurrents actuels ou potentiels du preneur en place, pour des raisons multiples³⁶⁹, n'aspiraient qu'à le remplacer dans les lieux pour exercer l'activité. Certes, le risque se dissipait si le bailleur³⁷⁰ consentait au renouvellement. Il n'empêche que ce risque existait car en l'état de la législation à l'époque, le renouvellement relevait du bon vouloir du propriétaire³⁷¹. Par ailleurs, sous l'effet de la loi de 1909³⁷², les fonds de commerce avaient vu leur valeur augmenter de manière sans précédent. Cette augmentation de la valeur des fonds avait coïncidé avec l'irruption sur le marché des grandes firmes qui proposaient aux propriétaires des locaux sous bail, des offres de relocation à des prix défiant toute concurrence. Leur objectif atteint, elles s'installaient en lieu et place du concurrent évincé et profitaient de la clientèle, fruit de son labeur, de son travail³⁷³. "La morale n'avait pas gagné à la réforme de 1909 et les commerçant y avaient quelque peu perdu de leur sécurité" disait un auteur³⁷⁴.

277. La seconds des circonstances relevait de la conjoncture : « la pénurie de l'immobilier ». Jusqu'aux environs de l'année 1918, même avec les abus auxquels elles avaient donné lieu, les lacunes législatives n'avaient cependant pas entraîné d'inconvénients d'une gravité extrême. Le commerçant dont le bail n'était pas renouvelé trouvait souvent un autre local à proximité de celui dont il avait été évincé et pouvait ainsi préserver au moins une partie de la clientèle développée et de l'achalandage. Certes, il subissait un préjudice, mais celui-ci n'était pas irrémédiable. En revanche, avec la raréfaction des locaux à usage commercial et des locaux d'habitation à la fin de la guerre, il devint pratiquement impossible au commerçant évincé de retrouver un local à proximité pour conserver ne serait-ce qu'une partie de sa clientèle et de l'achalandage. Dans les grandes villes, le non renouvellement du bail, même en dehors de tout abus, signifiait la ruine du commerçant. Sans doute, le danger était momentanément écarté, car prévalaient encore les prorogations. Mais celles-ci,

³⁶⁹Pénurie de locaux commerciaux, grande attractivité du local, très grande demande pour l'activité exercée.

³⁷⁰Marion constatait qu'« il est des « bons » propriétaires et ils sont nombreux. Cela est vrai, comme existaient de bons Seigneurs vis-à-vis de leurs serfs, et de bons Maîtres à l'égard de leurs esclaves, mais les autres », Marion, op. cit.

³⁷¹Le preneur devait composer avec cet aléa. Il ne pouvait du fait de cette précarité, mobiliser les ressources pour financer les investissements de croissance de son activité.

³⁷²Conséquence qui somme toute, était l'objectif de ladite loi.

³⁷³Ces abus furent si nombreux comme en témoignent les exemples rapportés dans les travaux préparatoires. Voir notamment, l'exposé des motifs de la proposition Thalamas, du 5 décembre 1911, annexe n° 1247 et à la Chambre, le Rapport de M. Levasseur du 22 octobre 1918, J. O. du 14 novembre 1918, p. 1652.- Voir en outre les discussions générales de la proposition à la Chambre et au Sénat.

³⁷⁴Marion, op. cit.

temporaires, incertaines, devaient avoir une fin et ne pouvaient répondre au besoin de stabilité indispensable pour projeter le fonds dans l'inconscient des chalands. La propriété commerciale pour le preneur en fin de bail, devenait un leurre.

L'institution du droit au renouvellement devait selon les auteurs de la loi 30 juin 1926, permettre de « satisfaire, dans une idée de moralité³⁷⁵ et de justice³⁷⁶, à une nécessité d'ordre permanent ». L'objectif recherché par les initiateurs de la loi du 30 juin 1926 réalisait³⁷⁷ une

³⁷⁵Un parcours des travaux préparatoires montre que la loi du 1926 gravitait autour des idées d'abus de droit et d'enrichissement injuste, principes de droit commun, appliqués à l'époque déjà par les tribunaux. D'où l'interrogation de certains, sur son opportunité et sa pertinence ? Et pourtant, elle était nécessaire pour la simple raison que, l'abus de droit et l'enrichissement injuste ne faisaient à l'époque l'objet d'aucun texte légal. Ils étaient des créations prétoriennes, manifestations de la pénétration de l'idée de moralité dans la théorie des obligations (Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 1925, p. 151, 231 et s.). Au surplus, les tribunaux n'utilisaient ces notions qu'avec circonspection et à des conditions sévères qui en interdisaient l'application au renouvellement des baux commerciaux. En témoigne, la définition de l'abus de droit dégagée par la jurisprudence de l'époque et reprise à l'occasion, à la Chambre, au cours des débats en prélude à l'adoption de la proposition de ladite loi : « l'accomplissement d'actes malveillants ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant préjudice à autrui ». il en est de même de l'enrichissement injuste, pour lequel, au dire de Cautru, « la jurisprudence, dans son dernier état, exige pour la recevabilité de l'action de in rem verso, l'absence de cause », (Cautru, Chambre, Avis, annexe n° 1463, J.O. Du 22 juillet 1925, p. 493). Pour la jurisprudence du moment, dès lors qu'il était établi une utilité personnelle, une cause, il ne pouvait y avoir ni abus de droit, ni enrichissement injuste. Or il se trouve que, le propriétaire refusant le renouvellement du bail, a un intérêt certain, il veut obtenir un loyer plus élevé, il n'agit pas dans l'unique but de nuire à son locataire. De même, le nouveau locataire, s'il s'enrichit aux dépens du locataire précédent, ne s'enrichit pas sans cause, puisqu'il a un contrat de bail. Le propriétaire lui-même, ne s'enrichit pas sans cause au sens juridique du terme, cette cause, il la trouve dans le bail originaire, normalement expiré. L'idée était donc, expliquaient les juristes, d'étendre l'application de ces deux théories à un cas auquel la jurisprudence ne l'appliquait pas. Pour l'abus de droit, l'extension était la suivante : en l'absence de motif, la loi nouvelle substituait l'insuffisance de motif de la part du propriétaire. Pour l'enrichissement injuste, l'extension consistait à remplacer l'absence de cause par l'insuffisance de cause. Par ces extensions, le législateur avaient voulu faire du nouveau, mais en se servant des cadres anciens, « dans le sens de la pénétration toujours plus profonde de la règle de la morale dans les obligations. De ce fait, la loi revêt un caractère d'ordre public incontestable ». il n'empêche cependant que cette tentative d'explication par le rapprochement entre les règles issues de cette nouvelle loi et les principes de droit commun suscités, soit contestée par une autre partie de la doctrine pour qui, « le droit du locataire (commerçant) ne peut donc pas s'expliquer par les règles générales du droit des obligations. Il faut y voir une conception nouvelle du contrat de louage qui se justifie par la protection due à l'entreprise ». Pour cette doctrine, « Le propriétaire qui accepte par contrat une installation industrielle ou commerciale dans son immeuble, donne à cet immeuble une certaine affectation au profit d'un tiers. Il y a bien un conflit de deux droits et le droit de propriété immobilière cède devant le droit d'exploitation », G. Ripert / R. Roblot, Traité de droit commercial, t. 1 – Volume 1, 18^{ème} éd., spéc. N° 601, p. 447, par L. Vogel.

³⁷⁶Pour les auteurs de la loi, « il ne s'agit pas de porter atteinte aux droits de la propriété foncière, mais de concilier ces droits avec ceux de la propriété mobilière qui n'est ni moins respectable, ni moins sacré puisqu'elle est, elle aussi, le fruit du travail », Rapport Puech, Chambre, 2^{ème} séance du 29 janvier 1925, p. 125.

Pour Marion qui faisait siennes vingt quatre ans après, les arguments développés par les initiateurs de la loi de 1926, « le Capital-Travail, essentiellement la clientèle, est d'importance primordiale. C'est toute la différence entre le bon et le mauvais commerçant : celui qui fait faillite et celui qui développe son affaire. La valeur du fonds de commerce, qui englobe Capital-Exploitation et Capital-Travail, est souvent bien supérieure à la valeur des murs entre lesquels s'exploite le fonds, sans négliger l'aspect social par le nombre des employés ou ouvriers nécessaires à l'exploitation. Cette propriété mobilière du fonds, socialement la plus importantes, est en tout cas autant à considérer dans un régime capitaliste, en tant que propriété, que la propriété immobilière », Marion, op. cit.

³⁷⁷La morale mise à part.

modalité de régulation économique avant l'heure. La propriété commerciale³⁷⁸ était ainsi confortée.

278. La propriété commerciale, une notion juridique non abstraite. Même s'il ne s'agit à travers ce vocable que d'une question de louage de chose plutôt que de propriété au sens strict du terme, l'expression propriété commerciale n'était pas aussi inexacte ou aussi dépourvue de contenu que certains prétendaient. En effet, son existence est intimement liée au renouvellement ou non du bail. Suivant la solution admise, cette propriété instituée en 1909³⁷⁹ devenait une réalité ou restait une illusion³⁸⁰. Le choix en faveur de sa réalité, c'est-à-dire, sa non limitation permet de conforter l'objectif de l'optimisation de l'aptitude des

³⁷⁸À l'époque déjà, certains dans la doctrine contestaient la sémantique de l'expression « propriété commerciale », ils trouvaient inapproprié sinon inexacte pour rendre compte de la réalité des prétentions du locataire professionnel sur le fruit de son travail. Voir, en ce sens : Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 10^{ème} éd., t. II, n° 1731 bis. - Juliot de la Morandière, *Rapport à la société d'études législatives*, Bulletin, 1925, p. 279.- Pour Marion dont il peut être déduit aisément de la plaidoirie contre le plafonnement du droit au renouvellement, qu'il est plutôt pour la plénitude de cette propriété à l'instar des autres, « le terme même de propriété commerciale, expression non employée par le législateur, est impropre, car la loi d'origine du 30 juin 1926 comme le texte en vigueur (D. du 30 septembre 1953) ne donnent au locataire qu'un droit de créance, droit à une indemnité égale au préjudice subi lorsque le bailleur refuse de renouveler le bail sans motif légitime. La « propriété commerciale » qui existera peut-être un jour, serait le droit pour le locataire, non à l'indemnité mais au renouvellement de plein droit du bail à sa seule volonté, et de céder son bail lorsqu'il vend son fonds, nonobstant toute clause contraire d'interdiction ou de simple limitation. Ce serait l'équivalent de la propriété culturale anglaise (Free sale) », Marion, *op. cit.*

³⁷⁹Les auteurs contemporains à l'exception de Jean-Pierre Blatter, semblent avoir une acception de la propriété commerciale, qui quoique s'inscrivant dans la logique décrite ici, n'en diffère pas moins de celle l'expliquant par un droit privatif qu'a le commerçant sur les éléments constitutifs de son fonds de commerce. Pour la grande majorité des auteurs, la propriété commerciale doit son avènement non à la loi de 1909 mais à celle du 30 juin 1926 et consiste essentiellement pour le commerçant dans son droit au renouvellement du bail du local de son exploitation et en cas de refus de renouvellement, le droit à l'indemnité d'éviction. « On donne le nom de la propriété commerciale au droit accordé au commerçant locataire d'obtenir le renouvellement de son bail arrivé à expiration, ou à défaut, une indemnité compensant le préjudice qui lui est causé par la privation des locaux consacrés à l'exploitation. Ce droit lui est accordé par la loi du 30 juin 1926 sur le renouvellement des baux industriels et commerciaux », G. Ripert / R. Roblot, par L. Vogel, *op. cit.*, spéc. N° 599, p. 445. – Voir également en ce sens : Marion, *op. cit.*, p. 67 ; F. Auque, *Les baux commerciaux : Théorie et pratique*, LGDJ, 1996, spéc. N° 3, p. 4. – Adde : D'autres, tout en remontant à la loi du 30 juin 1926, expliquent que si le droit au renouvellement et, le cas échéant, à l'indemnité d'éviction demeurent de loin l'expression par essence de la propriété commerciale, il n'en demeure pas moins que la pratique lui attribue un contenu plus large incluant l'ensemble des bénéfices que confère le statut des baux commerciaux au commerçant, industrielle ou artisan, souscripteur d'un bail d'exploitation. Ainsi, y relèveraient aussi le droit à un bail d'une durée minimale de neuf ans, le droit à la cession du bail, la faculté de déspecialiser, le droit au plafonnement du loyer, celui à une révision triennale du loyer, le congé par acte authentique en la forme, etc... « Il demeure que l'expression propriété commerciale a l'avantage de souligner l'importance et la force du droit consenti au locataire-commerçant. La pratique lui a d'ailleurs donné une acception plus large qui va dans le même sens. Elle confond souvent la propriété commerciale et l'ensemble des droits découlant pour le locataire du statut spécial des baux commerciaux », J. Derruppé, G. Brière de L'Isle, R. Maus et P. Lafarge, *Baux commerciaux*, manuel Dalloz de droit usuel, 1979, spéc. N° 1 et 5, p. 1 et 4. – J. Derruppé, *Les baux commerciaux*, *Connaissance du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996, p. 1.

³⁸⁰Sauf pour les enseignes nationales à très grande notoriété. Celles-ci sont moins sensibles que les auteurs au changement de la localisation. Leur notoriété leur permet de conserver et peu importe l'endroit, un pouvoir d'attraction sur la clientèle et les chalands. C'est d'ailleurs pour profiter du courant des chalands qu'elles drainent que s'installent dans leur sillage les petits commerces. Il n'empêche cependant que même pour ces enseignes, une réinstallation non voulue, reste une épreuve sans égard aux pertes d'exploitation du fait de l'interruption.

bénéficiaires du bail commercial. Ces besoins sont aussi constatés en Iran, mais en plus de la volonté de résoudre les problèmes entre les locataires et les propriétaires, quelques autres considérations comme les politiques du gouvernement et les doctrines religieuses affectent l'adoption des lois. Avant la révolution islamique de 1978, les pensées occidentales et religieuses ont été mélangées et contribuaient à l'adoption des lois jusqu'en 1977. Par exemple l'article 1 de la loi de rajustement du loyer (janvier 1939) ordonne explicitement le renouvellement de tous les baux commerciaux dont la durée a été expirée pour trois ans. Le besoin d'un renouvellement systématique des baux commerciaux était donc bien senti à l'époque. Un autre exemple est l'article 10 de la loi de stabilisation des prix datée de 21 octobre 1943, dit explicitement que le propriétaire ne peut pas refuser de renouveler le bail si le locataire occupe encore les lieux commerciaux. L'article 5 de la loi de 1960 relative au bail commercial affirme qu'en absence du bail écrit, ou si la durée du bail a expiré, chacune des parties peut demander par une déclaration juridique, le renouvellement et en cas de refus de l'autre partie dans un délai de 10 jours, le demandeur peut aller devant tribunal pour demander ce renouvellement. Après la révolution islamique, et sous l'influence de jurisprudence religieuse, la loi de 1997 reconnaît uniquement la liberté contractuelle et laisse les deux parties décider de la durée du contrat, et les tribunaux peuvent donner leurs avis sur les droits du locataire uniquement en ce qui concerne fonds de commerce.

§2 – L'établissement du droit au renouvellement.

279. En France, le caractère illimité du droit au renouvellement, est un catalyseur de la créativité pour les acteurs de marché, preneurs à bail. Le législateur a choisi de ne pas limiter le preneur à bail commercial dans le nombre de renouvellements possibles³⁸¹. Le caractère permanent du droit au renouvellement³⁸² en fait un catalyseur de la créativité pour les acteurs de marché preneurs à bail commercial. Un auteur³⁸³ relève que la mode a été comme en 1958 avec le rapport Rueff-Armand³⁸⁴, de penser *a priori* qu'il faudrait imiter les voisins de la

³⁸¹Code de commerce français, art. L. 145-8 et L. 145-14.

³⁸²À ne pas confondre avec le bail perpétuel prohibé par le Code civil français.

³⁸³J. Monéger, in Mélanges J. Béguin, op. cit., spéc. N° 34, p. 516.

³⁸⁴Rueff – Armand proposaient de copier le régime belge et de réduire le champ d'application du statut aux seuls commerces de détail ou activités artisanales en relation directe avec les clients : Rapport préc., p. 41.

France belges et luxembourgeois en limitant le nombre possible de renouvellements³⁸⁵. Était invoquée, l'idée selon laquelle le non plafonnement des renouvellements freinait l'expansion économique et compromettrait l'installation des jeunes entrepreneurs.

280. En France, la limitation du droit au renouvellement, est un facteur de sclérose de l'économie et d'atrophie de l'offre sur le marché. Avec le recul, il est permis de douter de la pertinence des conclusions du rapport Rueff – Armand³⁸⁶ qui préconisait en 1959, le plafonnement à trois du nombre de renouvellement pour favoriser l'expansion économique. De l'avis général, il se dégage que faute de propriété commerciale, la qualité d'investissements commerciaux sera inéluctablement mise en péril au cours du dernier bail³⁸⁷. Le fonds de commerce dont l'attractivité repose sur la localisation, perd sa valeur au cours de la dernière période de renouvellement puisque son exploitant n'a plus aucune incitation et sécurité pour investir. Ce constat au demeurant objectif, était fait en 1960, par l'avocat général³⁸⁸ près la cour d'appel de Paris. Il écrivait qu'« on ne saurait contester que dans la période proche de l'expiration des vingt-sept années, le commerçant verra son crédit diminuer, voire disparaître : quelles banques prêteront à celui dont le bail expire dans l'année et qui pourrait se voir expulser, le fonds disparaissant ou perdant sa valeur par déplacement du lieu d'exploitation ? ».

³⁸⁵Très exactement, le rapport proposait une « Limitation à l'enracinement définitif du preneur, en prévoyant qu'au terme d'une période de 27 ans, le bailleur pourra reprendre la disposition de son bien, sans indemnité », Rapport préc., p. 41.

³⁸⁶Rapp. Ruff – Armand, op. cit. ; rapport qui inspire encore aujourd'hui certains groupements de propriétaire, notamment l'UNPI.

³⁸⁷Que se passera-t-il en cas de limitation à l'expiration des renouvellements autorisés ? Deux hypothèses peuvent être envisagées :

- Le bailleur, et peu importe la raison, refuse comme il lui est autorisé, le renouvellement, et ce quelque soit le loyer offert par le preneur sortant. Si ce dernier ne trouve pas d'autres locaux, il perdra son fonds et vendra à vil prix le matériel qui ne sera pas incorporé à l'immeuble. Celui incorporé à l'immeuble sera définitivement perdu. Si par chance, il trouve un autre local, il perdra les installations irrécupérables, supportera le coût du déménagement et d'une nouvelle installation, subira un manque à gagner consécutif au temps de fermeture du fonds. Ce sera l'arrêt du commerce pendant plusieurs mois, sans indemnité. Peut-être même que le propriétaire qui en a le droit, demandera-t-il au locataire la remise des choses en place, comme vingt-sept ans auparavant et réclamera t-il le cas échéant des dommages et intérêts ?

- Le bailleur exige un loyer exorbitant. Le commerçant passera sous ses « fourches caudines » : le prix excessif sera toujours moindre que les pertes occasionnées par le déménagement ou la non réinstallation. Le loyer sera répercuté sur le prix à la consommation. Les clients à la concurrence si celle-ci propose mieux. Au surplus, on sait que la liberté permettant au commerçant locataire de refuser un loyer trop élevé et de choisir le lieu d'exploitation de sa boutique n'existe que si comme en 1914, un local sur vingt comme un appartement sur vingt était alors affiché vacant. « invoquer le principe de la liberté, lorsque celle-ci est inexistante, ne peut être qu'une erreur matérielle », Marion, op. cit.

³⁸⁸Marion, op. cit.

281. Certains objectent que le commerçant qui loue, sait qu'il a vingt-sept³⁸⁹ années de sécurité devant lui, à charge pour lui de prévoir l'amortissement et les investissements et les investissements en conséquence. Il ne s'agit là que d'une vue de l'esprit. En effet, dans les meilleurs des hypothèses, cette idée suppose d'abord que le même commerçant reste en place pendant les vingt-sept années. Or, d'innombrables raisons font que les entreprises changent de mains. Ensuite, la conjoncture économique, sociale et politique favorisant l'investissement ne coïncident pas toujours mécaniquement avec les vingt-sept années. Si la conjoncture n'est favorable que dans les dernières années, l'investissement nécessaire sera impossible. Le commerçant ne dispose, peut être plus de ressources financières nécessaires. S'il en dispose, il aura le désir et c'est légitime, de ne pas courir le risque de ne pouvoir amortir l'investissement réalisé, faute de pouvoir disposer de temps. Le plafonnement du renouvellement conduirait à la stagnation³⁹⁰ de l'économie et à la sclérose de l'équipement commercial que l'on voulait pourtant dynamiser. Mais en Iran, cette doctrine n'a plus de sympathisants parce que si le locataire paye une somme d'argent au propriétaire en début de la location, et avant le début de son commerce. A la fin du contrat, le propriétaire ne pourra pas expulser le locataire sauf s'il paye au locataire une somme d'argent qui est égale à la valeur actuelle du « pas de porte ». Ceci peut être considéré comme l'équivalent d'un renouvellement en France. Mais si le locataire ne paye rien au début de la location, il peut demander le droit au renouvellement ou la durée convenable de location. Malgré tout, cette loi comporte quelques inconvénients. Par exemple, le locataire peut ne pas avoir assez de liquidité pour payer dès le départ, ou il ne sait pas si son commerce va réussir ou pas. De l'autre côté, il est possible que le propriétaire ne souhaite pas donner le droit de renouvellement où une location à longue durée. En effet, c'est le devoir du législateur de décréter des lois équilibrées et exécutoires.

282. En bref, l'adoption d'une telle mesure si elle devait avoir lieu un jour, scellerait une atteinte portée au fonds de commerce lui-même. C'est pourquoi pour l'avocat général Marion³⁹¹, « la suppression du fonds de commerce serait la solution plus logique, en tout cas plus franche que celle qui consisterait à l'atteindre indirectement par la disparition du crédit ou l'incertitude du lieu d'exploitation ».

³⁸⁹Le Rapport Rueff – Armand, proposait un bail initial de neuf ans, renouvelé deux fois, soit 9 ans plus dix huit ans, soit au total vingt-sept ans.

³⁹⁰ « Que deviendraient dans les années proches de la période d'expiration des vingt-sept années, les boutiques parisiennes, certaines, les plus belles du monde, grâce à la propriété commerciale actuelle ? », s'interrogeait Marion. En réponse, il observait que, « la disparition de la « propriété commerciale » après vingt-sept années pour chaque bail considéré, réduisant crédit et investissement, ne peut donc

que restreindre l'expansion des moyens de distribution comme de production », Marion, op. cit.

³⁹¹Marion, op. cit.

S'agissant de l'installation des jeunes, plus dynamiques, il faut dire que si elle est éminemment souhaitable, elle ne doit pas se faire au détriment de ceux en activité³⁹². En outre, le jeune, à supposer qu'il soit choisi par le bailleur pour succéder au sortant dans les lieux, devrait supporter un loyer renchéri³⁹³ qui grèvera lourdement son poste « charges fixes ». Un loyer surélevé n'est pas de nature à lui laisser de la marge pour réaliser des investissements de croissance pour asseoir son activité naissante. Par ailleurs, rien n'interdit, sous le règne de la liberté absolue, au bailleur de choisir après tout, non pas un jeune, mais plutôt quelqu'un de l'établissement, pourvu présumé expérimenté et jouissant d'une garantie financière.

283. Par ailleurs, il est certain que le prix des fonds de commerce va s'effondrer à l'approche de la fin du dernier renouvellement. Paradoxalement, le loyer aura augmenté dans une proportion à peu près équivalente à cette diminution de la valeur du fonds. Cet enchérissement des loyers découragera plus d'un accédant potentiel à se lancer dans l'aventure. Le nombre des preneurs éventuels s'en trouvera considérablement réduit. Par suite, et par un retournement des mécanismes, ce qui pouvait être présenté comme un facteur de mobilité commerciale, facilitant le renouvellement des commerçants et des commerces, deviendrait un frein à la mobilité.

L'encadrement légal de la relation locative en fin de bail, n'est pas d'une rigidité à toute épreuve. Le preneur ne dispose pas, en dépit du caractère d'ordre public du droit au renouvellement, d'un bloc de prérogatives opposés à celles du propriétaire. Ce dernier conserve toute latitude de reprendre la disposition de son immeuble. Le preneur ne peut rien, sauf exiger une indemnité d'éviction pour financer sa réinstallation et maintenir son activité sur le marché en cause.

Sous section 2- La protection par le financement de la réinstallation du preneur par l'indemnité d'éviction.

284. L'indemnité d'éviction, facilite la transition sur le marché. Le droit au renouvellement ne prive pas le propriétaire du droit de reprendre la disposition de son bien.

³⁹²Ce qui du reste n'est pas moins contestable sur le principe.

³⁹³C'est fondamentalement pour cette raison que le précédent locataire aura été évincé.

En France, la transaction intervenue entre la Chambre et le Sénat en 1926 comportait cette concession faite aux propriétaires. Le propriétaire peut reprendre en fin de bail son immeuble et en faire l'usage qui lui convient³⁹⁴. Néanmoins, il ne peut user de cette faculté que sous réserve de verser au preneur une indemnité d'éviction³⁹⁵. Il ressort des travaux préparatoires que pour les initiateurs de la loi de 1926, la liberté du bailleur ne peut être sans contrepartie : "le propriétaire qui n'a aucun grief à formuler contre son locataire, ni aucun motif légitime pour lui préférer un autre, devra l'indemniser, s'il lui refuse le renouvellement qu'il sollicite, pour tenir compte des difficultés ou de l'impossibilité auxquelles il se heurtera pour se réinstaller ailleurs, par suite des conditions économique et, notamment, de la rareté des locaux"³⁹⁶. Il ne pouvait en être autrement car la finalité de cette loi était de pourvoir le fonds de commerce en moyens juridiques pour promouvoir sa dynamique sur le marché. Dès lors, si le renouvellement peut être refusé³⁹⁷, son refus ne doit pas obérer l'avenir de l'activité exercée par le preneur. Celle-ci doit pouvoir se poursuivre dans un autre local sans trop perdre de sa position sur le marché. L'indemnité d'éviction permet d'assurer et de gérer au mieux la transition. Cette considération est très précieuse car elle encourage les commerçant dans leurs efforts professionnels et favorise la croissance économique, ce qui n'est pas défini par la loi iranienne et constitue un point faible de cette loi.

Une incitation à la valorisation du local de l'activité par le locataire en place. Le principe de cette indemnité a été aussi sous-tendu par l'idée que l'activité du preneur évincé a mis en valeur le local ou l'immeuble objet du bail. Aussi, l'indemnité pouvait être appréhendée comme un moyen de réprimer la déloyauté du propriétaire à l'égard du preneur sortant.

285. En ce qui concerne l'évaluation³⁹⁸ du montant de l'indemnité, l'article L.145-14, alinéa 2 du Code de commerce, dispose qu'il doit être égal à la valeur marchande du fonds,

³⁹⁴Le caractère absolu du droit de propriété et de la liberté des conventions avait ainsi pu être préservé. Pour J. Monéger, « le droit au renouvellement du bail est l'une des prérogatives fondamentales du preneur (...) . Le droit de propriété est l'un des droits constitutionnels. Il a fallu assurer la protection de l'un sans nier l'autre (...) . L'équilibre trouvé en 1926 et maintenu depuis lors consiste à permettre au propriétaire de refuser le renouvellement au preneur dans des cas où il apparaît légitime de privilégier son droit eu égard au comportement du preneur dans les lieux loués ou aux manquements graves à la convention par lui en cours du bail. Si le propriétaire ne se trouve pas dans l'un de ces cas, il peut néanmoins reprendre la maîtrise de son bien moyennant d'une indemnité d'éviction représentative du préjudice subi par le preneur », J. Monéger, commentaire sous art. L. 145-14, Code des baux, op. cit.

³⁹⁵Ce droit à indemnisation exprime l'équilibre entre le respect de la propriété du bailleur et la création de richesses par le locataire à travers la valorisation de son fonds de commerce, J. Monéger, in *Mélanges offerts au Recteur J. Béguin* op. cit., spéc. N° 35, p. 516.

³⁹⁶Cautru, *Avis à la Chambre*, annexe n° 1463, J.O. Du 22 juillet. 1925, p. 493.

³⁹⁷Sauf hypothèse d'une faute grave de l'exploitation, du défaut d'exploitation ou de la non immatriculation au RCS ou des exception prévue aux article L. 145-17 et s. Code de commerce.

³⁹⁸L'article 4 de la loi du 30 juin 1926 prévoyait que l'indemnité d'éviction devait être égale au préjudice causé par le refus de renouvellement. L'article 8 du décret de 1953, (actuellement article L. 145-14 du Code de commerce), l'a reprise telle qu'elle. Pourtant l'idée d'une notion étroite du préjudice fut défendue à la Chambre en

sans égard aux frais de déménagement et de réinstallation, ainsi que ceux de mutation³⁹⁹. Cette valeur marchande⁴⁰⁰ représente en règle générale, une moyenne du chiffre d'affaires réalisé au cours des dernières années, assortie de coefficients multiplicateurs, et le cas échéant, des correctifs, selon les usages courants dans l'activité du preneur évincé⁴⁰¹. En Iran, dans le cas où le propriétaire décide de payer le locataire pour mettre fin à son contrat de « fonds de commerce », il consulte le tribunal qui considère les mêmes éléments que ce qui est prévu en droits français pour estimer la valeur du fonds de commerce. Le paiement de cette indemnité n'est pas appliqué pour tous les cas, ce qui constitue un vice du droit iranien. Ceci provient du fait qu'en Iran, il n'y a pas de différence entre le « pas-de-porte » et fonds de commerce » et suivant l'avis de juge, un des deux sera considéré de nos jours il n'y a pas de jurisprudence pour ce cas d'espèce pour que les tribunaux le suivent. Cependant la loi de 1977

1925 par Cautru, le préjudice doit réparer uniquement la perte de la clientèle et de l'achalandage. Les frais de déménagement ne sont pas susceptibles d'ouvrir une action selon lui. Leur paiement n'entraîne aucun dommage à la propriété commerciale. Il observait que les marchandises, les brevets d'invention, le nom commercial, ne souffrent pas d'un non renouvellement du bail et ne devraient par conséquent pas être compris dans les éléments de l'évaluation dudit préjudice. En réponse à ces propos, le rapporteur Puech déclarait au cours de la même séance que « Si donc le propriétaire, d'aventure et contrairement à la loi que vous aurez votée, refuse le renouvellement du bail et se met délibérément en faute, que faut-il exiger de lui ? C'est qu'il répare le préjudice qu'il cause par le défaut de renouvellement. Il sera donc pleinement en faute et il devra réparer l'intégralité du préjudice qu'il aura causé par le défaut de renouvellement. C'est ce qu'indique le texte de la commission » (Chambre, séance du 3 juin 1925, p. 2540). C'est encore cet idéal de la réparation intégrale qui a inspiré la loi de 13 juillet 1933, venue circonscrire les velléités de certains magistrats tentés de fixer des indemnités forfaitaires : « le juge devra, pour la fixation de l'indemnité, tenir compte de tous les éléments de perte que le locataire aura à subir et de gain dont il sera privé en suite de l'éviction ». La loi du 18 avril 1946 posait à titre de présomption que l'indemnité ne pouvait être inférieure à la valeur du fonds, sauf preuve contraire à charge du propriétaire. L'article L.145-14 alinéa 2 du Code de commerce, issue de la rédaction de la loi du 5 janvier 1957, pose que « cette indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait preuve que le préjudice est moindre ». Pour J. Derruppé, ces précisions n'altèrent pas le principe indemnitaire. En toute hypothèse, « c'est tout le préjudice causé mais uniquement le préjudice causé qui doit être compensé par l'indemnité par l'indemnité d'éviction. Celle-ci pourra donc être supérieure ou inférieure à la valeur des éléments énoncés au texte qui n'a qu'un caractère indicatif. Mais il en résulte une incidence sur la charge de la preuve et sur le pouvoir du juge », J. Derruppé, *Les baux commerciaux*, op. cit., p. 81.

³⁹⁹Sous réserve du droit pour le propriétaire de démontrer que le préjudice subi, est moindre.

⁴⁰⁰La pratique a mis au point diverses méthodes pour fixer cette valeur, mais aucune ne s'impose à titre exclusif car aucun mode de calcul n'est prescrit par la loi (Cass. 3^{ème} civ., 3 novembre 1971 : Bull. Civ. III, n° 525, p. 375). La loi n'oblige qu'à « tenir compte des usages de la profession ». ceux-ci consistent habituellement en des critères forfaitaires que l'administration fiscale a eu tendance à multiplier pour ses propres besoins : nombres de sièges d'une salle de spectacle, nombre de farine employé par un boulanger, contingent d'écrasement accordé à un moulin, nombre de fauteuils d'un salon de coiffure, nombre de lits d'un hôtel,... Pour Derruppé, Brière de L'Isle, Maus et Lafarge, « ces usages sont très incertains et, de toute façon, chaque espèce présente suffisamment de contingences pour que les usages ne puissent être l'unique critère d'estimation d'où le recours à l'application d'une méthode plus générale fondée sur les résultats d'exploitation », J. Derruppé, G. Brière de L'Isle, R. Maus et P. Lafarge, *Baux commerciaux*, op. cit., spéc. N° 455 p. 240.

⁴⁰¹Cass. 3^{ème} civ., 2 déc. 1998 : JCP E 1999, 4, p. 1114. – Adde : La référence à ces usages a notamment, conduit la Cour de cassation à reconnaître la possibilité d'inclure dans le chiffre d'affaire de référence la TVA, lorsqu'il s'agit d'une pratique courante de ce secteur d'activité en cause, Cass. 3^{ème} civ., 15 juin 1994 : Rev. dr. Immob. 1994, p. 707, obs. Derruppé ; RTD. com., 1995, p. 395, obs. M. Pédamon, soulignant le caractère surprenant d'une telle inclusion. - J. Monéger, in *Dix ans de baux commerciaux*, 1993 2003, spéc. 199, p. 498.

avait prévu, selon l'alinéa 2 de l'article 19 que les fonds de commerce appartient au locataire de ce lieu de commerce. C'est-à-dire que cette loi avait séparé le fonds de commerce du pas de porte. Alors qu'en 1997, on ne parle plus de fonds de commerce et on parle uniquement de pas de porte. Ceci crée un désaccord dans les tribunaux. Alors qu'en France, selon certains auteurs⁴⁰², si l'indemnité d'éviction a pour but de compenser le préjudice causé par le défaut de renouvellement, ce préjudice "comprend non seulement celui causé par la cessation de l'exploitation mais aussi aussi celui qui résulte du refus de consentir à la délivrance d'un nouveau titre, En d'autres termes, la valeur marchande du fonds doit s'apprécier en tenant compte de ce qu'aurait valu le fonds avec un bail renouvelé⁴⁰³.

286. Une autre technique de transition permettant d'assurer le maintien de l'activité sur le marché en dépit de la fin du bail. À l'instar de la propriété commerciale, le législateur français au même iranien, toujours dans le but de maintenir le niveau de l'offre sur le marché, a imaginé d'autres techniques de transition permettant au preneur de poursuivre l'activité, mais cette fois-ci dans le local objet du bail, en dépit de l'expiration.

Section 2 - Le droit à la modification du bail expiré comme mécanisme de protection sur le marché.

287. Des moyens de transitions adaptés à la situation spécifiques des acteurs de marché. L'aptitude du statut des baux commerciaux à maintenir l'activité et assurer la pluralité de l'offre aux consommateurs se manifeste aussi à travers d'autres dispositions régissant la fin du bail⁴⁰⁴. Ainsi, le statut permet qu'une entreprise locataire qui reste et est laissée dans les lieux à l'expiration du bail soit assurée de pouvoir continuer son activité dans le local sans se voir reprocher ou menacer d'expulsion sous prétexte d'occupation sans titre, ni droit. Cette poursuite de l'activité du locataire peut relever dans un cas, des dispositions régissant la prolongation du bail expiré (Sous section1) et dans l'autre, celles régissant la mutation en bail statutaire du bail dérogatoire arrivé à expiration (Sous section2).

⁴⁰²J. Derruppé, G. Brière de L'Isle, R. Maus et P. Lafarge, Baux commerciaux, op. cit., spéc. N° 456 p. 241.

⁴⁰³J. Derruppé, G. Brière de L'Isle, R. Maus et P. Lafarge, Baux commerciaux, op. cit., spéc. N° 456 p. 241.

⁴⁰⁴J. Monéger, L'après bail commercial : Actualité des baux commerciaux, Loyers et copr. Novembre 2006, p. 27 à 31.

Sous section 1- La protection par la prolongation du bail expiré.

288. Le bail commercial est selon la formule d'un auteur⁴⁰⁵, « un bail à durée déterminée dont la date de cessation, est indéterminée ». Son terme effectif est laissé à l'appréciation des parties. Pour y mettre un terme, l'une des parties, le bailleur, doit donner congé⁴⁰⁶, l'autre, le preneur doit demander le renouvellement⁴⁰⁷. En cela, son régime diffère nettement de celui du louage civil⁴⁰⁸. Sa date d'expiration convenue à la signature initiale ou

⁴⁰⁵J. Monéger, Commentaire sous art. L. 145-9, Code des baux, op. cit.

⁴⁰⁶La loi fixe de façon stricte la forme et les délais qui doivent être respectés par celui qui délivre congé. Ces exigences s'appliquent au bailleur mais aussi au locataire qui souhaite exercer son droit à la résiliation triennale au sens de l'article L. 145-4, alinéa 2 du Code de commerce. La jurisprudence se montre particulièrement sévère en la matière, « le congé ne peut valablement être donné au bailleur au moyen d'une lettre recommandée », Cass. 3^{ème} civ., 19 février 1997 : Loyers et copr. 1997, comm. N° 173, note PH.-Brault et C. Mutelet. En conséquence, « à défaut de congé valable, un bail soumis au décret de 1953 (art. L. 145-1 et s. C. com.) se purement et simplement au-delà de la date contractuellement fixée pour son expiration sans qu'il y ait formation d'un nouveau contrat » : Cass. 3^{ème} civ., 18 mars 1998 : D. 1998, IR., p. 105 ; D. affaires 1998, p. 703, note Y. Rouquet ; RD imm. 1998, p. 306, note Derruppé. L'exploit d'huissier est donc indispensable et toute autre forme de délivrance du congé, même permise à la convention locative, sera nulle et de nulle effet sauf si le destinataire la considère comme valable, car il est toujours possible de renoncer à la protection légale. « Les parties ne sont pas autorisées à déroger par conventions contraires aux dispositions d'ordre public de l'article L. 145-4 du Code de commerce renvoyant, pour la forme et le délai du congé, à l'article L. 145-9 du même code. Dès lors, le preneur qui veut résilier son bail à la fin d'une période triennale doit impérativement le faire par acte extrajudiciaire, toute notification par lettre recommandée étant radicalement dépourvue de toute effet, et ce nonobstant la clause du bail permettant la délivrance du congé par lettre recommandée avec accusé de réception », J. Monéger, note sous CA Paris, 22 mai 2002, in Dix ans de baux commerciaux, op. cit., p. 385. – Adde, CA Paris, 23 mai 2001 : op. cit., p. 386. – Cass. 3^{ème} civ., 24 janv. 1996 et 30 mai 1996 : JCP G 1997, II, 22778, note B. Boccara ; Loyers et copr. 1996, comm. N° 458. au même selon l'article 494 du Code civil iranien : « L'expiration de la durée du bail mettra fin aux effets du contrat du bail. Si, à l'expiration du bail, le preneur continue à l'utiliser sans propriétaire, celui aura droit de réclamer l'indemnité d'occupation même si le preneur ne l'a pas utilisée. Si cette occupation est avec le consentement du bailleur, le preneur en sera responsable s'il l'a utilisé, à moins que le bailleur lui ait donné l'autorisation de l'utiliser gratuitement ».

⁴⁰⁷« Le bail régi par le statut, ni ne prend fin à l'échéance convenue, ni ne se renouvelle automatiquement à l'échéance, comme c'est le cas pour les baux de droit commun régis par le Code civil (...) ou les dispositions propres aux locaux d'habitation (...) », J. Monéger, commentaire sous art. L. 145-9 : Code des baux, éd. 2004, p. 696.

⁴⁰⁸Le droit commun du bail, contrat par définition à exécution successive, prévoit que celui-ci, fait par écrit, expire au terme convenu de plein droit sans qu'il y ait lieu à préavis (Art. 1737 du Code civil français : le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé). Ce régime prévoit que si à l'expiration du terme convenu, le preneur reste et est laissé dans les lieux, il s'opère un nouveau bail à durée indéterminée auquel les parties ne pourront mettre fin qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux (Cass. 3^{ème} civ., 8 décembre 1999 : Petites affiches 2000, n° 9, p. 6). Le régime du bail commercial déroge de celui du louage civil de l'art. 1736 du Code civil, parce que le délai de préavis ne peut en tout état de cause être inférieur à six mois même s'il était délivré pour un terme d'usage (art. L. 145-9 du Code de commerce). Il déroge aussi parce que l'alignement sur le régime de l'article 1738 du Code civil organisé par l'alinéa 2 de l'article L. 145-9 du Code de commerce n'est pas assorti d'une dérogation. Il ne s'opère pas un nouveau bail. Il y a simplement prolongation du bail expiré. Même si l'usage du vocable « reconduction » pourrait laisser croire à un renouvellement du bail, c'est-à-dire à un nouveau contrat. J. Derruppé n'observait-il pas que « dans le langage courant, reconduction et renouvellement sont synonymes. En matière de baux commerciaux, ces mots recouvrent des situations très différentes. Il y a là incontestablement une source de confusion qui est assez fréquente dans la pratique, mais qui est surprenante chez des magistrats confirmés », Derruppé, commentaire sous Cass. 3^{ème} civ., 18 mars 1998 : op. cit. – Adde : Un auteur (J.-P. Blatter, Le temps

au renouvellement n'a pas d'effet extinctif. Son terme n'est qu'un terme éventuel⁴⁰⁹. À défaut de congé, il se prolonge au-delà du terme initialement convenu et pour une durée indéterminée. La prolongation permet au preneur de poursuivre son activité et de pourvoir le marché en dépit de l'arrivée à terme du bail. Le preneur à bail commercial ne peut être pris au dépourvu. Son activité ne peut pâtir de son silence volontaire ou involontaire si le bailleur lui-même reste silencieux. Le preneur, mais aussi le bailleur peuvent l'un comme l'autre, vouloir mûrir la réflexion avant de se réengager pour neuf années supplémentaires ou plus. Cette réflexion, ou cette hésitation légitime, ne doit pas pour autant affecter le marché et par ricochet, le service des consommateurs. En Iran, il existe les mêmes situations sans que la durée minimale soit dans le renouvellement. Le locataire cherche à prouver le congé pour les contrats concernant le pas de porte. Parce que dans ce cas, le propriétaire ne pourra pas expulser le locataire facilement. Et de l'autre côté, le locataire cherche des conditions pour le renouvellement. On constate alors que vue les grandes lignes, et négligeant les situations particulières, le pas de porte en Iran et le fonds de commerce en France sont identiques. Toutefois il existe beaucoup de différences dans les détails.

289. Le régime transitoire spécial du statut des baux commerciaux a indéniablement pour le preneur un intérêt « tactique », ou stratégique. En fin de bail, le preneur à qui le bailleur⁴¹⁰ n'a pas délivré de congé, a la latitude pour déterminer en fonction de la situation du marché en cause, l'opportunité ou non de demander le renouvellement. Son silence lui permet

de l'action ou le moment de s'abstenir : AJDI 1999, p. 1219) s'est employé à expliquer qu'il paraît « plus convenable d'employer le terme de tacite prolongation qui exprime bien la poursuite du même contrat plutôt que celui de tacite reconduction qui, dans la terminologie du Code civil, marque très clairement la formation d'un nouveau contrat ». dans son ouvrage, l'auteur précité, précise davantage son opinion en expliquant, qu'« il y a une évidente impropiété du texte. Il ne s'agit pas d'une tacite reconduction au sens du Code civil français, c'est-à-dire d'un nouveau contrat qui se forme, mais, et le texte le dit d'ailleurs, du contrat initial qui se prolonge, qui se poursuit ». il rappelle que dans un arrêt de principe la troisième chambre de Cour de cassation a décidé « qu'à défaut de congé, le bail fait par écrit se poursuit au-delà du terme fixé par le contrat », Cass. 3^{ème} civ., 16 juillet 1980 : Rev. Loyers 1980, p. 443. Monsieur J.-P. Blatter conclut son analyse en relevant qu'« il paraît préférable de parler de tacite prolongation ou de tacite prorogation, plutôt que de tacite reconduction », J.-P. Blatter, Droit des baux commerciaux, Le Moniteur, Dalloz, 3^{ème} éd., 2000, spéc ; n° 14, p. 85. il a trouvé, semble-t-il, une oreille attentive auprès de la Commission Pelletier qui, aux termes de ses travaux, et sous forme de proposition rédactionnelle, propose une nouvelle mouture de l'article L. 145-9 du Code de commerce qui serait la suivante : « Les baux de locaux soumis aux dispositions du présent chapitre ne cessent que par l'effet d'un congé donné six mois au moins et dix huit mois au plus à l'avance. Au cours de la tacite prolongation, le congé doit être donné pour le dernier jour du trimestre civil. A défaut de congé ou de demande de renouvellement, le bail fait par écrit se prolonge tacitement au-delà du terme fixé par le contrat sous les réserves prévues à l'alinéa (...) ». La proposition substitue donc à la « tacite reconduction », « une tacite prolongation » et sans faire référence aux articles 1736 et 1737 du Code civil français, J. Monéger, commentaire sous article L. 145-9, du Code des baux, op. cit.

⁴⁰⁹Cass. 3^e civ., 8 décembre 1999 : Petites affiches 2000, n° 9, p. 6.

⁴¹⁰Diverses raisons peuvent conduire le bailleur à l'immobilisme en fin de bail. Certaines sont anecdotiques et s'expliquent simplement par l'ignorance, la négligence ou l'oubli. D'autres en revanche, sont stratégiques, la plus courante étant la quête du déplafonnement.

de continuer à profiter des clauses et conditions du bail expiré, notamment celles relatives au loyer et aux charges, si celles-ci lui sont favorables⁴¹¹. L'augmentation du loyer au renouvellement du bail est en général très marquée, de même l'indemnité d'occupation due en cas de maintien dans les lieux après la date d'effet du congé, est très onéreuse⁴¹². L'économie d'échelle réalisée peut être redéployée sur d'autres emplois, par exemple, financer de nouveaux investissements : des travaux d'adaptation ou de modification pour répondre au besoin du marché. Et il en sera ainsi tant que l'une des deux parties à la relation locative n'a pas décidé de l'initiative du renouvellement ou de son refus. Alors qu'en Iran, le montant de l'indemnité dépend du quartier, le calcul est basé sur les biens comparables dans le même quartier. Ceci n'est pas complètement correcte parce qu'il est possible d'avoir deux lieux commerciaux dans le même quartier avec des activités commerciales différentes et donc des valeurs qui peuvent être complètement différentes. Il peut y avoir aussi beaucoup de différences pour deux lieux dans le même quartier et avec la même activité commerciale. Par exemple deux pâtisseries dans la même rue avec des notoriétés différentes. Donc, cette façon de calculer n'est pas juste.

290. Le preneur qui a conscience que le renouvellement se traduira par un loyer réévalué à la hausse, peut par son inaction, retarder d'autant, la prise d'effet de la réévaluation du loyer. Cependant, il doit veiller à demander le renouvellement avant le terme de la fin de contrat, et en tout cas, au plus tard à cette date. En effet, à compter de cette date, le bailleur dont le silence peut aussi être stratégique, est en droit de faire valoir son droit au dé plafonnement du loyer. Par ailleurs, si le preneur s'aperçoit que l'attractivité ou la commercialité de la rue, de l'avenue ou du site d'implantation du local loué s'étiolle brutalement et de manière irréversible, la prolongation du bail lui permet de maintenir l'activité et de prendre le temps de rechercher sereinement un local pour la réinstallation⁴¹³. Comme on l'a déjà dit, en Iran, il n'existe pas de durée obligatoire sauf l'accord entre les deux parties. L'exception est le cas du pas de porte où le propriétaire peut une fois tous les trois ans, augmenter le montant du loyer, ou bien, le propriétaire cherche à utiliser son droit de congé. Il semble que le législateur iranien était inspiré par le droit français pour arrêter la même durée de trois ans qu'en France. Un autre versant de ce régime transitoire conçu pour

⁴¹¹Autrement dit, des loyers et charges modérés.

⁴¹²Ph.-B. Brault, La révision ou l'actualisation de l'indemnité d'occupation due par le preneur maintenu dans les lieux, Actualité des baux commerciaux, Loyers et copr. - novembre 2006, p. 6 à 8.

⁴¹³En cas de renouvellement, il ne pourra pas user de cette faculté avant une période triennale à compter de la date d'effet du renouvellement, art. L. 145-4 Code de commerce France.

maintenir l'activité, est celui du preneur à bail dérogatoire laissé et resté dans les lieux en fin de bail, en faveur de qui s'opère la mutation en bail commercial statutaire.

Sous section 2- La protection par la modification du bail dérogatoire en bail statutaire.

291. Il apparaît un bail de transition qui tend vers le bail commercial de droit commun. En France, l'intérêt de l'usage du bail dérogatoire existe et a été précédemment démontré. Il n'empêche, ce bail doit garder son caractère exceptionnel et provisoire, car il n'est dans l'intérêt du preneur de demeurer longtemps sous son régime, sans compromettre l'avenir de son activité. C'est pourquoi le législateur français a considéré que si à son terme qui ne peut excéder deux ans, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère automatiquement un bail dont l'effet est réglé par les dispositions du statut des baux commerciaux⁴¹⁴. La jurisprudence fait une interprétation téléologique de cette disposition. Mais par contre, en Iran, le bail dérogatoire n'existe pas : on ne peut pas finaliser un contrat de bail à courte durée. Alors, ce mois supplémentaire qui peut être donné à titre exceptionnel et avec l'accord du juge ne peut pas être considéré comme un bail dérogatoire. Durant cette période il n'a plus de contrat de bail entre les parties et c'est uniquement l'arrêt du tribunal qui autorise le locataire à occuper les lieux. Ceci constitue une différence notable entre les droits français et les droits iraniens. Il considère que faute pour le bailleur d'avoir avant l'arrivée du terme, notifié au locataire son intention de le voir quitter les lieux pour la date prévue, il ne peut utilement contester la mutation du bail dérogatoire en un nouveau bail commercial.

292. En droit français, les renouvellements successifs doivent être proscrits. Certains bailleurs, sans doute conscients de la naïveté ou de l'ignorance des accédants à ce bail, dévoient le mécanisme de mutation, en proposant systématiquement au même preneur à bail dérogatoire et pour les mêmes locaux, un bail dérogatoire sur bail dérogatoire. Ces baux devenus courants, sont qualifiés par la pratique de « baux dérogatoires successifs ». Le bail dérogatoire qui doit garder son caractère dérogatoire et resté exceptionnel, était devenu par ce dévoisement, un mode permanent de gestion pour certains bailleurs. Ils, du moins certains, ont

⁴¹⁴Art. L. 145-5 Code de commerce, al. 2.

même poussé l'avantage jusqu'à stipuler la renonciation du preneur de manière anticipée dans le bail dérogatoire initial au mépris du principe selon lequel nul ne peut « par un seul et même acte, donner naissance à un droit d'ordre public et y renoncer ». Il en résulte que, le droit français est, quant à lui, plus avancé et distingue deux situations. Cependant, comme nous l'avons déjà dit, il existe plusieurs problèmes liés à cette loi. Par exemple, le propriétaire semble être opprimé, l'avis partagé par un certain nombre de juristes, mais non partagé par certains autres.

293. Le renouvellement successif circonscrit par l'exigence d'une renonciation valable du preneur. Après un certain moment d'hésitation, la jurisprudence sous les coups de boutoir de la doctrine⁴¹⁵, pose désormais en principe et le réaffirme régulièrement que pendant la durée du bail dérogatoire, il ne peut exister aucun droit acquis auquel le preneur pourrait valablement renoncer⁴¹⁶. En effet, outre le fait qu'elle doit être dépourvue de toute ambiguïté⁴¹⁷, la renonciation ne peut intervenir que postérieurement à l'échéance du bail dérogatoire. Toute renonciation antérieure ou concomitante à cette échéance est dépourvue d'effet. Avant l'échéance du bail, le droit au statut n'est pas acquis au preneur. Il ne peut donc pas renoncer à un droit dont il ne dispose pas encore. Au surplus, pour le bailleur, invoquer la

⁴¹⁵Voir notamment, B. Boccara, Le droit fondamental privé en question, IV, La tacite reconduction, l'ordre public et les baux commerciaux de dérogation : JCP G 1996, I., 3898. – Ph.-H. Brault, La renonciation par le preneur au bénéfice d'un droit acquis au décret du 30 septembre 1953 à l'occasion de la conclusion des baux dérogatoires successifs : Loyers et copr. Décembre 1994, chron. 13.

⁴¹⁶Les clauses du bail par lesquelles le preneur renonçait au bénéfice du décret de 1953 (art. L. 145-1 et s. C. com.), ne sont pas valables, dans la mesure où le droit au bénéfice du statut n'était pas né lors de la signature du bail de courte durée, CA Paris, 2 juillet 1999 : RTD com. 1999, p. 637, note J. Monéger. – La clause de renonciation insérée dans le second bail est sans portée, dès lors que celui-ci a été signé avant que le contrat n'arrive à échéance, soit avant l'acquisition du bénéfice du statut des baux commerciaux par le preneur, Cass. 3^{ème} civ., 21 novembre 2001 : AJDI 2002, p. 31, obs. M.-P. Dumot ; Loyers et copr. 2002, comm. N° 34, obs. Ph.-H. Brault et P. Pereira. – Adde : Dans une démarche de lisibilité, le rapport Pelletier (Doumentat française 2004, spéc., point 6), suggère d'insérer dans la loi, les différentes solutions dégagées en jurisprudence. Tout en approuvant cette démarche, un auteur relève que « préciser que le preneur peut renoncer à des droits acquis ne règle pas l'essentiel qui est de savoir quand le droit au statut est acquis : au lendemain de l'expiration du bail d'après la Cour de cassation ou après un temps suffisant pour laisser présumer l'intention des parties de poursuivre leurs relations contractuelles ? Tant qu'une incertitude subsistera à cet égard, on continuera à voir ces pseudo renonciation et ces baux dérogatoires successifs constituant des fraudes à la loi », M. -L. Sainturat, Libre propos : La durée dans le rapport Pelletier, entretien 2, avec Ph.-H. Brault et J. Monéger, Loyers et copr. Juillet – août 2004, p. 7. Il serait préférable, voire judicieux d'arrêter notamment, par suite d'une synthèse de l'état actuel de la jurisprudence, un délai de raison, nécessaire à la réflexion des parties et au-delà duquel la présomption serait réputée irréfragable. Les parties aux relations locatives gagneraient en sécurité juridique et en économie de contestations et de contentieux.

⁴¹⁷La renonciation ne se présume pas et ne peut donc résulter que des faits l'impliquant sans aucune ambiguïté. B. Boccara explique que « ce qui doit intervenir en pleine connaissance de cause, ce n'est certainement pas la volonté de souscrire un second bail dérogatoire..., mais plutôt le fait de savoir si le locataire, au moment où il signait le second bail dérogatoire, avait pleinement et réellement conscience de la réalité d'un droit statutaire dont il était investi et auquel il renonçait », B. Boccara, op. cit. ; note sous Cass. 3^{ème} civ., 11 juin 1997 : in Dix ans des baux commerciaux, op. cit., p. 52.

conclusion d'un second bail ne peut davantage convaincre les juges sur la validité de la renonciation du preneur. Il a été jugé que « la seule conclusion d'un second bail ne suffit pas à caractériser la renonciation non équivoque du preneur au droit qu'il tenait du décret⁴¹⁸ du 30 septembre 1953 »⁴¹⁹. Comme dans la dernière jurisprudence en modifiant l'article L. 145.13 du Code de commerce, la Cour de cassation française a agi sous l'influence de la CEDH. On espère qu'en Iran où des problèmes ont été identifiés qu'il y ait des modifications en comparaison avec les autres lois⁴²⁰.

294. Le bailleur ne peut pas non plus déplacer le débat sur le terrain du non respect des conditions d'application du statut. En effet, il ne peut pas invoquer par exemple le défaut d'immatriculation du preneur pour s'opposer à la mutation en bail statutaire. La jurisprudence distingue entre les conditions de validité du bail commercial soumis au statut et celles relatives au bénéfice du statut lui-même. C'est un élément qui empêche l'abus du propriétaire en Iran, qui existe aussi dans les droits français. Avec cette différence près qu'en France il existe des lois pour protéger le locataire mais en Iran actuellement c'est les conditions contractuelles qui sont respectées. Pour les lois qui sont avant 1997, et qui suivent les lois de 1977 où le pas de porte a été reconnu, le propriétaire cherche à prouver une faute du locataire et le locataire aussi pour ne pas perdre ces droits fait tout ce qui est dans son pouvoir. Alors qu'en France, Cour de cassation⁴²¹ a considéré qu'une cour d'appel « ajoute à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas et viole l'article 3-2, alinéa 2⁴²² du décret du 30 septembre 1953 », pour avoir décidé que le preneur, titulaire d'un bail dérogatoire de vingt trois mois portant sur des locaux à usage commercial, laissé en possession à son expiration, ne peut bénéficier d'un bail soumis au décret du 30 septembre 1953, pour défaut d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés à la date d'invocation du bénéfice de la mutation. Il semble qu'une similitude existe entre cette décision et la conception courant dans les tribunaux iraniens. Parce que pendant la durée de bail dérogatoire il n'y a plus de condition contractuelle entre le locataire et le bailleur. Les conditions légales entre ces parties existent. C'est la même chose en Iran. Cependant, la responsabilité du locataire est engagée jusqu'à la fin de la durée de bail.

⁴¹⁸ Art. L. 145-1 et suivants du Code de commerce.

⁴¹⁹ Cass. 3^{ème} civ., 11 juin 1997 : op. cit., note B. Boccara. – ibid, 19 novembre 2003 : D. 2003, p. 49, obs. Y. Rouquet ; Loyers et copr. Février 2004, comm. N° 30, Ph.-H. Brault ; J. Monéger, Certitudes et précarité, Loyers et copr. 2003, repères n° 12.

⁴²⁰ V. Cass. 3^{ème} civ., 9 novembre 2011, 10-30.291.

⁴²¹ Cass. 3^{ème} civ., 30 avril 1997 : in Douze ans des baux commerciaux, op. cit, p. 40, obs. Joël Monéger.

⁴²² Art. L. 145-5, al 2 du Code de commerce.

295. Un bail devant rester exceptionnel pour ne pas desservir l'ambition du statut. La précarité et la projection dans l'avenir ne peuvent faire bon ménage. Valider avec mansuétude, comme le faisait naguère la jurisprudence, les baux dérogatoires successifs, reviendrait à accorder une prime à la fraude et pis, à précariser davantage les activités exercées par des preneur sous bail dérogatoire. La perpétuation de ces baux priverait de tout perspective les activités de ceux qui y sont soumis puisqu'il les prive de moyens de financement. Le bénéfice du statut est un élément capitalisable en immobilisation pour une entreprise locataire. Le droit au bail, la propriété commerciale, celui à la déspecialisation, celui à un loyer modéré, ou de céder son bail avec le fonds sont autant de leviers du dynamisme, et de ressources de croissance dont ne peut bénéficier un preneur à bail dérogatoire. En définitive, en France, le bail commercial dérogatoire revêt pour les entreprises qui y recourent un intérêt potentiel. Un intérêt, parce que sa souplesse en fait un instrument tiroir idéal pour poursuivre ou maintenir l'activité en cas de situations provisoires. Il ne doit cependant pas avoir vocation à perdurer, d'où l'intérêt concurrentiel potentiel. La réalisation de cette mutation permet à l'activité du locataire de profiter de l'ensemble des ressources du statut pour conforter et conquérir de nouvelles positions et des nouveaux marché. Ce double caractère le légitime aux yeux des entreprises qui y recourent aussi longtemps qu'il ne sera pas dénaturé.

Conclusion première partie

Cette étude comparée montre à quel point il peut exister une sorte de permanence et d'universalité des catégories juridiques. En effet, malgré les éloignements géographiques, la diversité des cultures et la disparité des relations sociales et économiques, il semble exister une sorte de fond commun entre les systèmes juridiques. Dans la matière qui nous occupe, l'idée du respect de la volonté individuelle, d'une part, elle celle de la nécessité d'assurer la paix sociale et la sécurité des transactions forment les éléments essentiels de ce fond commun.

Il est cependant logique que les systèmes juridiques n'exploitent pas tous de la même manière ce fond commun. Ainsi, dans la matière nous concernant, certains accordent plus d'importance à la liberté individuelle et d'autres à la sécurité des transactions.

Pour un acteur de marché, preneur à bail commercial, la stabilité, est un facteur déterminant pour le financement de ces investissements de croissance et de modernisation de l'activité. La stabilité permet d'instaurer la confiance, de stimuler l'initiative, de libérer les énergies. Le dynamisme des entreprises du secteur de la distribution, facilité par la stabilité que leur confère le statut des baux commerciaux, permet de pourvoir ce marché d'une offre suffisante et variée pour qu'il soit effective. Cette stabilité fournit aussi les toutes petites entreprises communément dites « commerces de proximité », en moyens de se développer, pour tenir face des grandes surfaces. Elle permet d'éviter l'atrophie et l'uniformisation de l'offre sur le marché de la consommation.

En France, la loi a prévu une durée minimale dans le but d'assurer une certaine stabilité au preneur du bail commercial. L'institution d'une durée légale de neuf ans a ainsi permis de conforter le preneur dans sa position en termes de négociation du prix du loyer (règle de plafonnement) et de résiliation anticipée du contrat de bail sous réserve de certaines conditions légales. En revanche, dans la loi iranienne (loi de 1997), on reconnaît l'accord entre les parties et le législateur a privilégié l'autonomie de la volonté. Et c'est le locataire qui doit prévoir le futur au moment du contrat. Cette règle ne souffre désormais qu'une exception pour permettre aux entreprises en situation provisoire ou transitoire d'accéder au marché ou y maintenir leur offre.

Dans des conditions similaires, ce caractère dérogoire du bail en droit français n'a pas vocation à perdurer. Sa mutation en bail statutaire est constatée dès son échéance, si le preneur est resté en possession des lieux. En Iran, cette dérogation entre dans le champ de l'autonomie de la volonté sous la forme d'une autorisation exceptionnelle d'exploitation sans limite légale de la durée. Et d'ailleurs, dans la pratique, pendant la période transitoire fixée par les parties, il n'y a pas de relation locataire- propriétaire entre elles. En conséquence, il s'agit de deux models distincts en ce sens que l'exception en droit français constitue le principe en droit iranien.

Facteur de stabilité, le statut des baux commerciaux est aussi un facteur de mobilité sur le marché. Si la stabilité s'avère nécessaire à la compétitivité des entreprises, elle ne préjuge pas de leur mobilité qui est aussi un des versants de la compétitivité. Stabilité et mobilité ne sont pas antinomiques, s'agissant d'activité économique relevant du secteur. Les entreprises doivent pouvoir changer de mains ou se transporter sur d'autres sites quand c'est possible et souhaité. La législation spéciale du bail commercial à travers ses différentes actualisations, s'est pourvue de moyens lui permettant de faciliter la mobilité des acteurs de marché preneurs à bail. Ce faisant, elle concourt à la dynamique.

Même s'il ne s'agit à travers ce vocable que d'une question de louage de chose plutôt que de propriété au sens strict du terme, l'expression propriété commerciale n'était pas aussi inexacte ou aussi dépourvue de contenu que certains le prétendaient. En effet, son existence est intimement liée au renouvellement ou non du bail. Suivant la solution admise, en français, cette propriété instituée en 1909, devenait une réalité ou restait une illusion. Le choix en faveur de sa réalité, c'est-à-dire, sa non limitation permet de conforter l'objectif de l'optimisation de l'aptitude des bénéficiaires du bail commercial. Ces besoins sont aussi constatés en Iran, mais en plus de la volonté de résoudre les problèmes entre les locataires et les propriétaires, quelques autres considérations comme les politique du gouvernement et les doctrines religieuses affectent l'adoption des lois. Avant la révolution islamique de 1978, les pensées occidentales et religieuses ont été mélangées et contribuaient à l'adoption des lois jusqu'au 1977. Par exemple l'article 1 de la loi de rajustement du loyer (janvier 1939) ordonne explicitement le renouvellement de tous les baux commerciaux dont la durée a été expirée pour trois ans. Le besoin d'un renouvellement systématique des baux commerciaux était donc bien senti à l'époque. Un autre exemple est l'article 10 de la loi de stabilisation des

prix datée de 21 octobre 1943, dit explicitement que le propriétaire ne peut pas refuser de renouveler le bail si le locataire occupe encore les lieux commerciaux. Ou l'article 5 de la loi du bail commercial de 1960 affirme qu'en absence du bail écrit, ou si la durée du bail a expirée, chacune des parties peut demander par une déclaration juridique, le renouvellement et en cas de refus de l'autre partie dans un délai de 10 jours, le demandeur peut aller devant le tribunal pour demander ce renouvellement. Après la révolution islamique, et sous l'influence de jurisprudence religieuse, la loi de 1997 reconnaît uniquement la liberté contractuelle et laisse les deux parties décider de la durée du contrat, et les tribunaux peuvent donner leurs avis sur les droits du locataire uniquement en ce qui concerne fonds de commerce.

Deuxième partie - L'adaptabilité aux changements des circonstances de la vie commerciale.

296. Dans la première partie, nous avons vérifié la stabilité dans les lieux commerciaux. L'adaptation aux changements des circonstances, et les droits des parties, dont l'intérêt ne saurait être nié mérite qu'on y consacre la deuxième partie. Le critère fonctionnel attaché à la commercialité de l'immeuble est comme son nom l'indique le critère permettant d'assurer la fonction de l'immeuble entendue en l'espèce comme l'usage auquel il doit servir. On entend par vocation commerciale l'affectation légale du local à l'exercice d'une activité commerciale. Néanmoins, celle-ci est insuffisante en elle-même. En effet, le local doit, de surcroît, être admis à cet usage par la volonté des parties au contrat. Il s'agit, par conséquent, de caractères cumulatifs. Lorsque l'un des deux fait défaut, le second est dépourvu de tout effet dans le rapport locatif. Cependant, il faut remarquer que l'usage effectif de l'immeuble ne permet pas de caractériser l'une ou l'autre de ces spécificités attachées au critère fonctionnel. L'affectation commerciale répond à une exigence légale alors que la destination commerciale de l'immeuble est une obligation contractuelle. La situation idéale résulte de la correspondance de l'usage effectif avec l'affectation et la destination de l'immeuble. A défaut, cet usage est sanctionné au titre de la violation de l'affectation de l'immeuble ou de sa destination. Une telle sanction a vocation à altérer partiellement ou totalement le rapport contractuel. Il appartient aux parties de préserver leur relation contractuelle face à ce risque. Le critère fonctionnel de l'immeuble se place aux côtés du critère matériel. Comme ce dernier, il résulte de l'exigence d'effectivité de l'aptitude de l'immeuble à abriter un fonds de commerce. Il constitue un préalable indispensable à la protection statutaire puisqu'il vise directement à assurer la commercialité des locaux. En ce sens, il participe à la délimitation du périmètre de contractualisation d'un bail immobilier sous le régime des baux commerciaux. Pour faire apparaître nettement la différence et ressemblance existant entre les solutions du système français et celles du système iranien, il est nécessaire d'envisager, successivement, s'il existe un droit à l'aménagement des lieux en fonction des exigences des ressources extérieures au contrat (**Titre I**) et si la cession du contrat du bail commercial est efficacement permise (**Titre II**).

Titre I - L'aménagement des lieux en fonction des exigences des ressources extérieures au contrat.

Pour faire apparaître nettement l'existant entre les solutions du droit français et celles du droit iranien, il est nécessaire d'envisager, successivement, la réalité des exigences légales l'usage commercial des locaux commerciaux (Chapitre 1) et La destination contractuelle du bail commercial.

Chapitre 1- Les exigences légales relatives à l'usage commercial des locaux commerciaux⁴²³.

297. Dans ce chapitre, nous essayerons d'étudier l'usage commercial au regard de la doctrine française et des problèmes rencontrés en Iran à raison du défaut de lois particulières. Nous allons comparer les éléments ressemblants et les éléments différents entre les deux systèmes judiciaires. L'immeuble doit permettre en principe l'exercice d'une activité commerciale en ses murs. Or, il apparaît au regard de la réglementation de la police de l'habitat qu'il n'existe que deux types d'affectation de l'immeuble : l'habitat et les autres

⁴²³M. Assouline, L'affectation des locaux : une réforme en trompe l'œil a propos de l'ordonnance du 8 juin 2005 : JCP 2005, n° 36, act. 458.

P. BENOIT-CATTIN, Fasc. V-400 in Y. JEGOUZO, Droit de l'aménagement : Le moniteur 2003

B. CHEVREUX et M. RAUNET, Changement d'affectation de locaux : une réforme en demi-teinte, Le moniteur 5 mars 2004 p. 90

D. DUTRIEUX, Ordonnance du 8 juin 2005 relative au logement et à la construction : la réforme attendue des changements d'affectation : JCP N 2005 n° 25, p. 1136, n° 318.

V. LIET-VEAUX, Réflexions nouvelles sur les changements de destination ou d'affectation de locaux : JCP N 1990. I. 289 ; même auteur, Le changement d'affectation des locaux : AJDI 1995 p. 7 ; même auteur, Une petite faveur pour le télétravail dans les locaux d'habitation : Administrer avril 1999 p. 16.

J. MONEGER, Articulation entre destination des lieux au sens des baux commerciaux et affectation des locaux au sens de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation : JCP N 2000, 224 ; même auteur, Les articles L. 631-7 et suivants du Code de la construction et de l'habitation sont-ils des armes fatales? : Loyers et copr., chron. Mars 1997, p. 1.

G. VIDALENC, Du changement d'affectation au changement d'usage : Defrénois n° 17/2005, p. 1277 et suiv., n° 38215.

usages⁴²⁴. Ainsi, il paraît loisible de modifier l'usage effectif d'un bien puisque, dès lors qu'il est à un usage autre, son affectation légale ne va pas varier en fonction de l'activité qui est exercée dans les murs de l'immeuble. Ce propos est à modérer au regard des autres législations d'ordre public s'appliquant à l'immeuble et à la réglementation de sa destination, qui nécessitent bien souvent une autorisation administrative dans le cadre de travaux sur l'immeuble ou de changement de destination⁴²⁵ de celui-ci. La réglementation des autorisations administratives est évincée de cette étude afin de la centrer sur la division des immeubles en deux catégories, telle qu'elle résulte de la police de l'habitat. Conformément à celle-ci, le commerçant peut exercer son activité professionnelle dans les locaux à un usage autre. En revanche, il lui est formellement interdit d'exercer dans un local d'habitation. Pourtant, sous l'impulsion d'un courant politique pro-économiste en faveur de la création et du développement des petites et moyennes entreprises, quelques tempéraments à cette règle ont vu le jour. Ainsi, l'activité professionnelle est favorisée par la possibilité offerte à l'occupant d'un logement dont le bail est régi par le statut des baux d'habitation d'exercer son activité dans ses murs dès lors que celle-ci ne porte pas atteinte à l'affectation première du logement, notamment par l'absence de réception de clientèle et de marchandises dans les lieux. A l'inverse, le bail peut être mixte. Il s'agit de la soumission de locaux commerciaux, et de locaux à usage d'habitation, au statut des baux commerciaux. Dans ces hypothèses, la frontière établie par la police de l'habitat ne disparaît pas mais tend à s'effacer. Cette solution s'imposait. La perte d'étanchéité des frontières établies entre ces deux catégories d'usage semble se justifier par les avantages pratiques et économiques que recèlent ces hypothèses. La pénurie des logements d'habitation et l'inflation des locaux professionnels ne permettent plus, à l'heure actuelle, de maintenir ces frontières rigides (Section 1). La destination légale des locaux est résolue par l'autorité publique. Les parties au bail ne sauraient y déroger, sauf à pouvoir se prévaloir d'une autorisation leur permettant de modifier l'usage des lieux. Pour autant, l'usage même des locaux au profit d'une activité commerciale peut également être altéré en raison d'une autre législation d'ordre public. Ainsi, l'impérativité des dispositions légales régissant l'usage des immeubles peut altérer la commercialité des locaux (Section 2).

⁴²⁴Art. L. 631-7 et suiv. CCH et R. 631 et suiv. CCH (D. n° 2007-1660 du 23 novembre 2007 : JO 25 novembre 2007).

⁴²⁵CE, 12 janvier 2007, Fernandez : *Defrénois* 2007, p. 698, chron. Jurisprudence de ph. BENOIT-CATTIN et J.-Ph. MENG ; *Construction-Urbanisme* 2007, n° 4, comm. N° 82, p. 22, obs. P. CORNILLE.

Section 1 - La commercialité des locaux.

298. La comparaison entre la réglementation issue du Code de la construction français et la réglementation issue du Code municipal iranien permet de faire émerger ressemblances et convergences, ainsi qu'une catégorisation des biens immobiliers (Sous section 1). Afin de résoudre les carences de logements dans les villes, le législateur français est intervenu en édictant des mesures incitatives⁴²⁶ et un contrôle administratif⁴²⁷ réglementant l'affectation légale des locaux d'habitation. Seul le contrôle administratif nous intéresse. Et ceci est le souci très important qui existe en Iran aussi. En effet, les mesures incitatives à la création, au maintien ou à la transformation des logements d'habitation sont une donnée indifférente à notre étude dans le sens où seuls les locaux non affectés à un usage d'habitation sont susceptibles de faire l'objet d'un bail commercial. Cependant, une petite entorse à cet objet doit être faite concernant les locaux d'habitation compris dans le champ d'application du statut des baux commerciaux. Le contrôle administratif porte sur la transformation des locaux d'habitation en locaux à un autre usage. Ce contrôle est exercé strictement dans le cadre de son champ d'application en France⁴²⁸ établi par l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat. En Iran, l'interdiction d'usage commercial pour les lieux résidentiels existe, sauf pour quelques professions particulières suivant l'alinéa 24 de l'article 55 du Code municipal voté en juillet 1955. Cette disposition concerne : les avocats, les médecins, les notaires, les bureaux des journalistes et les cabinets d'ingénieurs. Néanmoins, sans engager promptement une procédure de transformation de l'usage des locaux, il apparaît que de nombreux tempéraments à la réglementation permettent de faciliter, voire d'exercer une activité professionnelle dans des locaux d'habitation (Sous section 2).

⁴²⁶ Art. L. 631-6 du Code de la construction et de l'habitat concernant l'octroi d'une prime de déménagement et de réinstallation aux personnes s'installant hors des communes déficitaires de logements.

⁴²⁷ Art. L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat.

⁴²⁸ CE, 21 janvier 1998, Manuel : Req. N° 126853 Civ. 3, 7 novembre 1979 : Bull. Civ. III n° 198 : l'application de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat s'apprécie en fonction de la population de la localité à la date changement d'usage des locaux.

Sous section 1- L'impérativité de la réglementation de la police de l'habitat.

299. En Iran, cette loi n'existe pas mais, selon l'article 55 alinéa 24 du Code municipal, les locaux des cabinets d'avocats, cabinets de médecins, de notaires, les sièges des journaux, et les cabinets d'ingénieurs ne sont pas considérés comme des locaux commerciaux. Et, selon le même article, dans le cas d'ouverture d'une activité commerciale dans des locaux non commerciaux sans les autorisations nécessaires, la mairie présentera le sujet à la commission prévue à l'alinéa 1 de l'article 100 de cette même loi. Si la faute est établie, l'activité du propriétaire, ou du locataire, sera arrêtée dans un délai qui ne dépassera pas deux mois. En cas d'utilisation des locaux après mise en arrêt des activités, le récidiviste sera condamné à verser une amende, et pourra se voir infliger de 6 mois à deux ans de prison ferme. Donc, le changement d'usage est illégal, sauf dans le cas d'une autorisation de la mairie, et sous réserve du versement des frais afférents au changement d'usage. Dans les habitations résidentielles, en cas d'opposition de l'un des voisins, cette autorisation ne sera pas accordée. Puisque cette loi n'existe pas en France, ce qui rend impossible toute comparaison, nous allons souligner les points forts et les points faibles de la loi française. Une réforme de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation est intervenue par l'ordonnance n° 2005-655 du 8 juin 2005 relative au logement et à la construction⁴²⁹. Cependant, elle ne sera pleinement efficace que suite à la publication des arrêtés préfectoraux définissant les mécanismes d'autorisations et de compensations. Son champ d'application territorial a été restreint. Elle s'applique aux communes de plus de 200.000 habitants, et à la petite couronne parisienne⁴³⁰. Néanmoins, toute commune le souhaitant peut se soumettre à ce statut. Cet article ne concerne que les baux d'habitation.

300. Cette réforme vient définir expressément ce que sont les locaux d'habitation. Il s'agit des locaux destinés à l'habitation à savoir les logements et leurs annexes, y compris les

⁴²⁹JO 9 juin 2005 p. 10083 ; ordonnance promulguée sur habilitation de la loi dite de simplification du droit n° 2004-1343 du 8 décembre 2004 (JO 10 décembre 2004 p. 20857) ; complétée par la loi ENL n° 2006-872 du 13 juillet 2006 : JO 1^{er} juillet 2006 ; *Bulletin d'actualité du Lamy Droit immobilier* de septembre 2005 avec les articles de M. LECONTE, A. HINFRAY, B. CHEVREUX et M. RAUNET ; A. HINFRAY, « Réforme des changements d'usage immobilier » : *Loyers et copr.* Novembre 2006, Etude p. 4. Cet article concerne également la mise en œuvre de l'arrêté préfectoral susvisé. Ph. PELLETIER et E. GUILLINI, « L'ordonnance du 8 juin 2005 sur le changement d'usage des locaux : une réforme attendue », *Droit et part.* Octobre 2005, n° 141 p. 28 et s. P. WALLUT, « De l'affectation à l'usage : la réforme attendue de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat » : *JCP N* 2005, n° 43, n° 1431, même auteur, « Réforme de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat : les nouvelles procédures d'autorisation de changement d'usage à Paris, arrêté préfectoral n° 2005-335-4 du 1^{er} décembre 2005 » : *JCP N* 2005, n° 51-52, n° 640. V. également : Circulaire du Ministère du logement UHC/DH2 n° 2006 – 19 du 22 mars 2006.

⁴³⁰Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne.

logements-foyers, les logements de gardien, les chambres de services, les logements de fonction, les logements inclus dans un bail commercial et les locaux meublés donnés en location et visés à l'article L. 632-1 du Code de la construction et de l'habitation. Par conséquent, la loi confirme la position de la jurisprudence sur l'ambiguïté née de l'indivisibilité du bail qui permet la soumission au statut des baux commerciaux des locaux d'habitation qui sont visés par le contrat. Par principe, les locaux d'habitation compris dans un ensemble soumis aux baux commerciaux devraient tout de même se voir appliquer le statut des baux d'habitation⁴³¹. Si cette appréciation du texte mérite d'être soulevée eu égard à sa lettre, il ne semble pas néanmoins que la pratique puisse suivre cette orientation. En effet, la soumission au statut sur la notion d'indivisibilité matérielle ou conventionnelle des locaux n'a pas pour effet une modification de l'usage légal du bien. Ce qui signifie que les locaux d'habitation visés par le bail commercial sont soumis au régime juridique réglementant l'ensemble. Pour autant, leur usage légal doit être respecté, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être utilisés par le preneur qu'en leur qualité de logements d'habitation. Notons que la distinction des locaux d'habitation inclus dans un bail commercial avec celui-ci a été un des plus grands souhaits de la Commission PELLETIER⁴³² en vue de mettre un terme à la pénurie de logements dans les grandes villes. Sa mise en œuvre n'est envisageable que dans la mesure où les locaux d'habitation sont accessibles indépendamment des locaux commerciaux.

301. L'intérêt essentiel de cette réforme est à présent de permettre aux locaux qui ne sont pas des locaux à usage d'habitation d'être utilisés pour tout autre usage, par exemple comme bureaux d'un local commercial, et inversement, puisque la distinction en fonction de l'activité, ou de l'usage du local, est supprimée. Cependant, cette réforme ne répond pas à l'ensemble des souhaits de la doctrine. Ainsi, on lui reproche de ne pas être allée assez loin en permettant notamment la reconduction de l'autorisation d'usage du bien pour le successeur ayant acquis un fonds libéral. Un assouplissement des règles dérogatoires à l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation apparaît envisageable afin notamment de faciliter les activités économiques dans de nombreux logement d'habitation désertés par la population pour des raisons de tranquillité, de sécurité, voire de pollution. De même, un rapprochement des statuts sur les baux abritant une activité économique est souhaitable, notamment en permettant l'extension légale du statut des baux commerciaux aux

⁴³¹M. ASSOULINE, « L'affectation des locaux : une réforme en trompe l'œil a propos de l'ordonnance du 8 juin 2005 » : *JCP* 2005, n° 36, actu, n° 458, p. 1547.

⁴³²Cf. rapport PELLETIER sur <http://www.Legifrance.gouv.fr/>.

professionnels libéraux. Une réforme en ce sens aurait, entre autre, l'intérêt de libérer les locaux d'habitation. Ainsi, elle répondrait davantage aux orientations de la politique sur l'habitat. Dans le cadre de cette réforme, il faut tout particulièrement noter la suppression du certificat administratif de commercialité. Celui-ci est remplacé par une présomption d'usage d'habitation des locaux⁴³³ et la possibilité d'établir la régularité d'un autre usage par tout moyen de preuve. En toute hypothèse, il est vivement conseillé de vérifier l'usage des locaux par rapport au fichier général de la réforme de 1970. En effet, l'usage retenu en qualité d'usage légal du bien est celui qui a été déclaré au cours de l'élaboration du fichier immobilier de 1970. L'élément de référence pour la détermination de l'usage du local est la situation de celui-ci au 1^{er} janvier 1970, date de la réforme foncière. Ce fichier général a été établi sur les déclarations des propriétaires quant à l'usage des locaux. Il s'agit d'une présomption qui dispense à présent l'occupant de la démonstration de l'usage du local en établissant une chaîne de baux. La réforme précise qu'il n'est pas possible de prétendre à un changement d'usage du bien par prescription⁴³⁴ et en raison d'un usage continu pendant trente ans⁴³⁵. Quel qu'ait été son usage durant la période postérieure à 1970, le bien garde son usage d'origine. Or, le choix d'un point précis pour déterminer l'affectation du local peut s'avérer en décalage avec la réalité de l'histoire du bien. Ainsi, en 1970, le bien pouvait très bien connaître une affectation temporaire. De plus, la situation du bien est démontrée par tout moyen. Est-ce que le simple témoignage du propriétaire de l'époque suffit ?

302. En conséquence, cette catégorisation des biens pourrait être vivement critiquée. Néanmoins, elle a pour elle de respecter l'impératif de simplicité qui se faisait pressant. En effet, l'usage légal du bien n'a plus à être établi par les parties à un bail commercial par exemple. Il suffit à chacun de se référer au fichier immobilier de 1970 pour établir ou reconnaître l'affectation légale du bien qui ne peut être que l'usage d'habitation ou un usage autre. Ce qui nous conforte dans une éventuelle réforme du droit ne comportant plus que deux catégories de baux : ceux à usage privé et ceux à usage professionnel. D'ailleurs, cette réforme rend inopérante et indifférente l'ancienne distinction qui était faite entre les locaux commerciaux, les locaux professionnels, et les locaux administratifs. La réglementation

⁴³³ Cf. art. L. 631-7 al 3.

⁴³⁴ Req. Min., Mesmin : JOAN 9 septembre 1996, p. 4852.

⁴³⁵ CA Paris, 13 janvier 1999 : JCP N 2000, n° 16 p. 706 et s. obs. J. Moneger : l'acquisition du changement d'usage par prescription est impossible notamment parce qu'une telle règle serait contraire aux règles fondamentales du droit civil, à l'organisation juridique d'une société de droit. Cependant l'usage continu du bien pendant 30 ans peut permettre de rapporter la preuve de la commercialité des locaux : CA Paris, 2^{ème} ch. B, 29 juin 2000 : Req. N° 1999/05303.

scinde les locaux en deux catégories uniquement. Dès lors, la modification d'un usage commercial à un usage professionnel et inversement ne tombe pas sous le contrôle de la police administrative de l'affectation des locaux⁴³⁶. Pour autant, le changement de destination du bien peut nécessiter d'autres formalités inhérentes à des réglementations spéciales, notamment lorsque ce changement nécessite la réalisation de travaux.

303. De même, l'usage des bâtiments publics ne relève pas de cette réglementation⁴³⁷. Ceux-ci connaissent une affectation avec faculté de changement décidée par l'administration en fonction d'un impératif de bon usage de l'immeuble, et des nécessités inhérentes à l'ordre public. Ainsi, le maire dispose de toute latitude concernant l'usage des locaux communaux⁴³⁸. Pourtant, les locaux de l'administration cédés à un particulier ont vocation à être affectés à un usage particulier. L'affectation de l'immeuble est déterminée par l'administration lors de la cession⁴³⁹ de celui-ci. A défaut, il semblerait normal de retenir le premier usage du bien après cession pour le classer dans la catégorie des locaux d'habitation, ou des locaux affectés à un autre usage. Ainsi, lorsque le local ou l'immeuble est reconnu à un usage d'habitation, cet usage est exclusif. Cela signifie, pour ce qui nous concerne, que le preneur à bail ne peut bénéficier du statut des baux commerciaux, et qu'il ne peut pas exercer son activité professionnelle dans les lieux loués⁴⁴⁰. Néanmoins, le législateur français a établi quelques dérogations à ce principe afin de faciliter les débuts des jeunes ou des petites entreprises. De droit, on constate par conséquent une altération à la catégorisation des baux telle qu'elle est établie par l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat.

Cependant, certains locaux sont à usage commercial et ne permettent pas pour autant l'exercice de toute exploitation commerciale. On peut ainsi relever la situation des immeubles

⁴³⁶ Civ. 3, 20 décembre 1995 : Bull. Civ. III, n° 266 ; JCP 1996. II. 1399, note D. Stapylton-Smith : « Le local professionnel s'entend du local dans lequel s'exerce habituellement une profession ne change pas d'affectation en fonction de la nature de l'activité ». Peu importe que celle-ci soit commerciale ou non commerciale.

⁴³⁷ CE, 10 juillet 1954, de Bresson : R., p. 460 sur la non-application de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat aux bâtiments publics.

⁴³⁷ CE, 3 décembre 1993, Union locale des syndicats CGT (confédération général du travail) de Nîmes : Req. N° 98-074.

⁴³⁸ CE, 3 décembre 1993, Union locale des syndicats CGT (confédération général du travail) de Nîmes : Req. N° 98-074.

⁴³⁹ L'État cède ses immeubles librement sous la seule condition d'établir qu'au moment de la cession l'immeuble ne constitue pas un local d'habitation. Il s'agit d'une facilité octroyée par la loi dont ne bénéficient pas les collectivités territoriales. Elles ne cèdent pas librement leurs locaux et sont soumises aux dispositions de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat l'affectation qu'elles donnent à l'immeuble dans le cadre de la cession est un élément important. Le régime de cession des bâtiments publics n'a pas vocation à être développé dans cette étude.

⁴⁴⁰ Il convient de relever que l'usage du bien doit également respecter le plan d'occupation des sols ainsi que l'article L. 510-1 du Code de l'urbanisme. Cf. Décret n° 98-1248 du 28 décembre 1998 : JO 30 décembre 1998, p. 19946. Ces dispositions ne s'appliquent pas en ZFU : loi n° 96-987 du 14 novembre 1996.

spécialisés qui, en raison de leur construction, ne peuvent servir qu'une seule utilité. Ces locaux commerciaux peuvent parfois être convertis et servir à un autre type d'exploitation commerciale. Cela ne se fait pas sans risque financier lourd, et généralement, de ce fait, ceux-ci restent affectés à leur utilisation première.

304. La difficulté de l'immeuble spécialisé est que sa caractéristique matérielle et sa caractéristique fonctionnelle sont totalement imbriquées et, en réalité, sauf à exécuter des travaux importants, cet immeuble est condamné à une fonction particulière, c'est-à-dire l'exercice d'une activité économique déterminée. L'exercice de cette activité économique est la caractéristique fonctionnelle de la chose objet du bail commercial. Par conséquent, un tel immeuble ne peut faire l'objet d'un changement d'usage puisque le bâti même de l'immeuble est conçu en vue de satisfaire l'exercice d'une activité déterminée. Son usage est commercial dès l'origine. Cependant, la reconnaissance du caractère monovalent⁴⁴¹ d'un immeuble est parfois difficile à établir. Le texte de loi établit le critère de la monovalence qui reste en grande partie à l'appréciation de la jurisprudence qui a défini concrètement cette notion. En définitive, le principal critère de la monovalence semble être l'impossibilité d'affecter l'immeuble à un autre usage « *sans des travaux importants et des transformations coûteuses* »⁴⁴². Ce critère est nécessaire et suffisant en lui-même.

305. La qualification de locaux monovalents relève du pouvoir souverain des juges du fond qui apprécient *in concreto* chaque espèce⁴⁴³. La jurisprudence rejette l'approche contractuelle de la monovalence⁴⁴⁴. Ce critère est apprécié au regard de la lettre de l'article R.

⁴⁴¹ Art. L. 145-36 du Code de commerce et art. 23-8 D. 30 septembre 1953 du Code civil. Ph.-H. Brault, « Bail commercial : les critères légaux et jurisprudentiels de la monovalence » : *Loyers et copr.* 2006, n° -, p. 5. H. Kenfack, « Actualité des locaux monovalents », Etude, *AJDI* 09/2005 p. 628. J. Moneger et H. Kerack, « Chronique des baux commerciaux » : *JCP N* 2006, n° 3 du 20 janvier 2006 et *JCP E* 2005. 1733. Ph.-H. Brault et M.-F. Coenille, « Règles spécifiques aux immeubles spécialisés : terrains, locaux monovalents et bureaux » : *Juris-Classeur Bail à loyer*, fasc. 1425 ; *Juris-Classeur Code civil*, Art. 1708 à 1762, fasc. 1425.

⁴⁴² Civ. 3, 7 mars 2001 : *Administrer*, mai 2001, p. 46, obs. Boccara – Civ. 3, 6 novembre 2001 : *AJDI* 2002, p. 34 – Civ. 3, 8 mars 2005 : *Juris-Data* n° 027502 ; *Loyers et copr.*, mai 2005, n° 94 p. 18, obs. Brault ; H. Kenfack, Actualité des locaux monovalents : *AJDI* septembre 2005 p. 628. Cette jurisprudence a été précédée notamment par deux arrêts : Civ. 3, 3 mai 1978 : *Bull. Civ. III* n° 178 – Civ. 3, 29 septembre 2004 : *JCP E* 2005. 863 § 45, in chron. Baux commerciaux, obs. J. Moneger et H. Kenfack.

⁴⁴³ Nécessité de contrôle par la jurisprudence du caractère monovalent de l'immeuble même si celui-ci reçoit a priori cette qualification en raison d'une loi ou d'une décision jurisprudentielle. Voir en ce sens : Civ. 3, 8 mars 2005 : *Juris-Data* n° 027502 – CA Paris, 16^{ème} chambre A, 21 mars 2005 : *AJDI* 2005, p. 577.

⁴⁴⁴ F. Roux, « L'appréciation du caractère monovalent des locaux est indépendante des clauses du bail » : *Rev. Loyers*, 2003, p. 231, concernant Civ. 3, 27 novembre 2002.

145-10 du Code de commerce. Ainsi, la présence d'une clause « tous commerces »⁴⁴⁵ ne fait pas obstacle à la qualification de monovalence, laquelle relève de l'appréciation de l'objet du bail. Les clauses du contrat établissant la destination contractuelle du local sont indifférentes à la qualification ou à la requalification de la nature du local par les juges du fond retenant objectivement l'existence du caractère monovalent de l'immeuble.

306. Le local monovalent se définit comme celui « construit en vue d'une seule utilisation ». Il se compose généralement d'aménagements spéciaux faisant présumer sa monovalence⁴⁴⁶. La jurisprudence retient la monovalence du local lorsque le changement d'usage du bien à une autre activité suppose des travaux importants ou des transformations coûteuses⁴⁴⁷. éanmoins, la jurisprudence a œuvré dans le sens de l'élargissement du champ d'application de ce texte en ouvrant la monovalence à des locaux aménagés pour ne servir qu'une seule utilisation⁴⁴⁸. Par conséquent, sont monovalents les locaux (construits ou aménagés) qui servent à un seul usage. La pluriactivité⁴⁴⁹ du local n'interdit pas la qualification de monovalence de ce dernier lorsque le critère d'unicité de l'exploitation⁴⁵⁰ est respecté et qu'il apparaît que l'affectation du local à un autre usage emporterait des travaux

⁴⁴⁵ Civ. 3, 27 novembre 2002, Bull. Civ. III n° 239 ; D. 2003. AJ. p. 277, obs. Y. Rouquet ; *Administrer*, février 2003, p. 32, note J.-D. Barbier ; *Rev. Loyers*, 2003, p. 231, obs. F. Roux.

⁴⁴⁵ Il s'agit d'une présomption simple.

⁴⁴⁶ Il s'agit d'une présomption simple.

⁴⁴⁷ Civ. 3, 3 mai 1978, Bull. Civ. III n° 178 – Civ. 3, 26 février 1992, Bull. Civ. III, n° 60 ; D. 1992. IR. p. 113 – Civ. 3, 3déc. 2003, Bull. Civ. III n° 218 : « réalisation de travaux importants et coûteux » : D. 2004 A. J. p. 702, obs. Y. Rouquet ; *AJDI* 2004, p. 283, obs. M.-P. Dumont ; *Administrer*, février 2004, p. 29, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccara – Civ. 3, 8 mars 2005 : précité.

⁴⁴⁸ A. D'Andigne-Morand, « La monovalence – Nouveau critère de monovalence », in *Actualité sur les Loyers commerciaux* : *AJDI* 2007, p. 645, concernant Civ. 3, 8 février 2006, Grands magasins Galeries Lafayette c/Marminia : Bull. Civ. III n° 27.

⁴⁴⁹ L'exercice de plusieurs activités au sein d'un local se révélait être un indice d'absence de monovalence : Civ. 3, 6 juillet 1982 : *Rev. Loyers* 1982, p. 448. Cependant cette jurisprudence a été abandonnée. Civ. 3, 13 décembre 2000, *Gaz. Pal.* 2001, 2, somm. p. 1171, obs. J.-D. Barbier. La pluriactivité ne fait plus obstacle à la qualification de monovalence du local : Civ. 3, 29 septembre 2004 : Bull. Civ. III n° 158 ; D. 2004 A. J. p. 2654, obs. Y. Rouquet ; *Administrer*, décembre 2004, somm. p. 49, *Dr. et patrim.* Janvier 2005, n° 3614, obs. P. Chauvel ; *JCP E* 2005. 863, n° 45, obs. H. Kenfack ; *Loyers et copr.* 2004, n° 206, obs. P.-H. Brault ; *Rev. Loyers*, novembre 2004, p. 641, note G. de Maillard ; *Revue Lamy Dr. Aff.* Décembre 2004, n° 77, comm. N° 4816. Voir également précédemment : CA Paris, 16^{ème} chambre A, 29 janvier 2003 : *Gaz. Pal.*, n° spéc. Baux commerciaux, 13-14 juin 2003, note Ph.-H. Brault ; L. Casaux, « La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles », éd. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 231, 1993, p. 404.

⁴⁵⁰ Civ. 3, 30 juin 2004 : D. 2004 A. J. p. 2159, obs. Y. Rouquet ; *AJDI*, 2005, p. 133, obs. M.-P. Dumont ; D. 2005 n° 16, pan. p. 1097, obs. Y. Rouquet. La monovalence doit être retenue lorsque l'ensemble des locaux constitue un tout avec une unité d'exploitation : Civ. 3, 8 février 2006, Grands magasins Galeries Lafayette c/ Marminia : Bull. Civ. III n° 27 ; *Juris-Data* n° 032074 ; *Loyers et copr.* 2006, n° 58, obs. P.-H. Brault ; *AJDI*, 2006, p. 565, obs. M.-P. Dumont ; D. 2006. AJ. 720, obs. Y. Rouquet ; *Rev. Loyers*, 2006, p. 223, obs. De Maillard ; *Administrer*, mai 2006, p. 40, obs. Boccara et Lipman-Boccara, *JCP E* 2006. 1802, obs. H. Kenfack ; D. 2007, n° 26, p. 1836.

importants et coûteux, comme le relève la jurisprudence récente. Il faut entendre par unicité d'exploitation la véritable unité du fonds de commerce quand bien même celui-ci serait composé de plusieurs activités distinctes. Par conséquent, il doit y avoir unicité de clientèle⁴⁵¹. Le local ne répond pas à cette exigence lorsque la pluriactivité a donné lieu à des exploitations autonomes l'une vis-à-vis de l'autre, constituant des clientèles distinctes⁴⁵², ou, du moins, lorsque l'aménagement du local permet à une clientèle extérieure à l'une des exploitations de se fidéliser uniquement à l'autre⁴⁵³. De plus, l'hypothèse d'un changement d'usage du local emporterait des travaux importants et coûteux corrélativement à la définition établie par la Cour de cassation puisque le nouvel usage du bien nécessiterait des modifications structurelles du local et économiques pour le fonds. En revanche, peu importe l'auteur des travaux, que l'initiative en revienne au preneur ou au bailleur.

307. La monovalence n'affecte pas la qualité des contractants au bail si ce n'est qu'elle restreint la faculté de donner à bail dans le sens où seul le candidat preneur répondant par son activité à l'usage de la chose peut prendre à bail les locaux. Néanmoins, le critère de monovalence est important puisqu'il soumet les parties à un régime spécifique au sein de la réglementation des baux commerciaux concernant l'évolution du loyer au cours du bail. Au fil de l'aléa économique, certains locaux monovalents deviennent commerciaux, et, inversement, nombre d'activités commerciales, artisanales ou industrielles nécessitent, outre l'affectation commerciale de l'immeuble, un certain nombre d'autorisations autres. Il apparaît ainsi que le fait d'abriter une activité en ses murs est loin d'être libre et accessible à tout local. En soi, les locaux sont pourvus de différentes autorisations permettant qu'un commerce y soit exploité. Or, différentes hypothèses doivent être relevées. D'une part, lorsque le local d'origine ne saurait abriter l'exploitation d'un fonds de commerce en raison de son affectation légale, les parties ont la faculté de modifier l'usage du bien. D'autre part, l'interdiction d'exercice d'une

⁴⁵¹Civ. 3, 13 novembre 1997 : *Loyers et copr.* 1997, n° 312, note Ph.-H. Brault concernant l'effectivité de l'unicité d'exploitation dans le cas d'un hôtel-restaurant – Civ. 3, 30 juin 2004 : *D.* 2004. AJ. p. 2159, obs. Y. Rouquet ; *Juris-Data* n° 024374 ; *Loyers et copr.* 2004, n° 165, obs. P.-H. Brault ; *AJDI*, 2005, p. 133, obs. M.-P. Dumont. En l'espèce, le local abritait deux activités distinctes, hôtel et restaurant, recouvrant deux clientèles différentes. Dès lors, le critère de monovalence n'était pas rempli. Confirmé par CA Dijon, ch. Civ. B, 31 mars 2005 : *Juris-Data* n° 266091.

⁴⁵² Il convient de relever que la diffusion au public de différents spectacles n'altère pas le caractère monovalent d'une salle de spectacles : CA Paris, 16^{ème} ch. A, 7 septembre 2005, *Société Bataclan c/ Cts Habrekorn* : *Juris-Data* n°280238 ; *Loyers et copr.* 2006, n° 82, note P. Pereira-Osouf ; Civ. 3, 21 mars 2007, *Société Bataclan* : *Bull. Civ. III* n° 278 ; *D.* 2007, p. 1084, note Y. Rouquet ; *Gaz. Pal.* 25-26 juillet 2007, p. 18, note J.-D. Barbier.

⁴⁵³Civ. 3, 30 septembre 1998 : concernant l'exploitation d'un hôtel-restaurant pourvu d'entrées distinctes permettant l'accès à chacune des activités exercées dans l'immeuble : *R.D. Imm.* 1999, p. 162, obs. J. Deruppe ; *RJDA*, 1998 n° 1194 – CA Dijon, ch. Civ. B, 31 mars 2005 : *Juris-Data* n° 266091.

activité professionnelle et commerciale dans les locaux d'habitation connaît des tempéraments. Ainsi, en dépit de son impérativité, il apparaît que la réglementation de la police de l'habitat offre néanmoins aux parties à un bail immobilier une once de flexibilité en faveur du développement économique des petites et moyennes entreprises. Toutefois, ceci peut créer certains inconvénients pour les voisins, et est donc une question de compromis. D'un côté, il y a la croissance économique et, de l'autre côté, on a le respect des droits des voisins. Le point faible que l'on peut attribuer à cette loi française est le non respect des droits d'habitation. Bien que certaines limitations soient prévues s'agissant de la nature des activités, et bien que ces activités soient légales, celles-ci peuvent toutefois entraîner des dérangements pour le voisinage. Et pour le propriétaire, ou le locataire, qui investit le quartier après obtention de ses autorisations, ceci peut présenter des inconvénients considérables. Il est d'avis d'auteur que cette loi n'est pas très convenable, même si elle favorise la croissance économique.

Sous section2- Les particularités impérativité de la réglementation de la police de l'habitat.

308. En dépit de l'impérativité de la réglementation de la police de l'habitat, les règles de droit issues de celle-ci permettent aux parties de modifier l'usage légal du bien afin d'en user comme ils le souhaitent. En outre, la réglementation en cause comporte nombre de dérogations en faveur de l'exercice d'une activité professionnelle, quand bien même celle-ci devrait s'exercer dans un local d'habitation.

Le changement d'usage du local permet à ce dernier de pouvoir servir une utilité qu'il ne pouvait satisfaire jusqu'alors en raison de son affectation légale. Néanmoins, la mise en œuvre d'une telle procédure n'est pas aisée et son issue reste incertaine. D'ailleurs, elle n'est pas toujours possible. Dans cette hypothèse, le commerçant devra s'orienter vers un autre local pour pouvoir exercer son activité. Le bail commercial conclu sur des locaux n'ayant pas un usage autre permettant l'exercice du commerce peut être annulé ou résilié assez facilement par les parties. Le bailleur qui louerait les locaux pour un usage commercial engage sa responsabilité à l'égard du preneur tant sur son obligation de délivrance que sur la garantie d'éviction. En revanche, les autorisations nécessaires, tant administratives que la conformité de l'usage du local au règlement de copropriété peuvent être délivrées au moment de la

conclusion du bail. L'essentiel est que le preneur prenne possession de locaux lui permettant l'exercice de son activité. Comme il appartient au bailleur de délivrer un local à usage commercial, il doit faire son affaire du changement d'usage des locaux si ceux-ci ne sont pas à usage commercial, ainsi que des autorisations nécessaires à l'exploitation du commerce⁴⁵⁴. Si le bailleur met à bail un local qui ne permet pas au preneur d'exercer son activité commerciale, le bail peut être résolu⁴⁵⁵ à ses torts. Ainsi, le bailleur est tenu de rembourser les frais et les travaux engagés par le preneur. La responsabilité du bailleur peut être retenue lorsque le plan d'occupation des sols ne permet pas la réalisation d'une construction⁴⁵⁶, ou lorsque le preneur est dans l'impossibilité d'obtenir une licence IV⁴⁵⁷. Cependant, lorsque le changement d'usage des locaux est impossible, le bailleur peut invoquer la nullité du bail sur le fondement de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation⁴⁵⁸. Cet article impose le respect de l'usage l'égal des lieux par les occupants. Par conséquent, lorsque le local n'est pas à usage commercial, il appartient aux parties d'engager une procédure de changement d'usage des locaux. Seul le respect de cette procédure permet une mise à bail valable des locaux. Néanmoins, cette autorisation peut être temporaire ou personnelle.

309. Il est nécessaire d'obtenir une autorisation afin de modifier l'usage initial du local⁴⁵⁹. Cette autorisation est délivrée sur demande par le préfet après avis du maire⁴⁶⁰ et du directeur départemental de l'équipement pour les dérogations à l'article L. 631-7 alinéas 2 du Code de la construction et de l'habitat⁴⁶¹. L'absence de demande d'avis préalable du maire par le préfet peut emporter la nullité de l'autorisation⁴⁶². En cas de refus, le préfet doit motiver⁴⁶³

⁴⁵⁴CA Paris, 16^{ème} ch. A, 22 février 1994 : *Loyers et copr.* 1994, n° 240 – CA Paris, 1^{ère} ch. G., 13 janvier 1999 : *JCP E*, 2000, p. 224, note J. Moneger.

⁴⁵⁵Art. 1741 du Code civil français. TGI Paris, 18^{ème} chambre sect. 1, 13 novembre 1990, Myrann c. Joulty, inédit – Civ. 3, 23 novembre 1993 : *Rev. Loyers*, 1994, p. 149.

⁴⁵⁶CA Versailles, 12^{ème} chambre, 14 décembre 1989 : *Rev. Loyers*, 1992, p. 98 – Civ. 3, 2 juillet 1997 : *Bull. Civ. III* n° 159.

⁴⁵⁷Civ. 3, 24 octobre 1990 : *Rev. Loyers*, 1991, p. 137.

⁴⁵⁸CA Bordeaux, 1^{re} chambre, 13 mai 1992 : *Loyers et copr.* 1993, n° 60 ; *Juris-Data* n° 042959 – Civ. 3, 24 juin 1992 : *Loyers et copr.* 1992, n° 388 – CA Paris, 16^{ème} chambre B, 5 janvier 1995 : *Loyers et copr.* 1995, n° 372.

⁴⁵⁹CE, 6 mai 1957, Min. de la reconstruction : R., p. 954.

⁴⁶⁰Art. R. 631-4 du Code de la construction et de l'habitation. La demande d'avis au maire est déterminante de la validité de l'autorisation de changement d'affectation délivrée. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un refus d'autorisation, l'avis du maire n'est pas indispensable à la validité de ce dernier : CA Paris, 29 juin 1999, Syndicat des copropriétaires du 7, rue Henner : Req. N° 97PA02085.

⁴⁶¹Dans le cadre de l'article L. 631-7 al. 3, seule l'autorisation du préfet est requise.

⁴⁶²CE, 4 mars 1959, Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Congrégation Bon-Pasteur à Angers : R., p. 154 – CAA Paris, 16 avril 1998, Min. de l'Équipement, Req. N° 96PA01611 ; *Gaz. Pal.* 15-16 septembre 1999, pan. *Dr. Adm.*, p. 17. En revanche, l'avis du maire n'est pas exigé pour le refus d'une autorisation : TA Lyon, 17 juillet 1964, Cie Immobilière du Sud-Est : R., p. 743.

⁴⁶³CAA Paris, 27 juin 2000, Sté SIPIM : Req. N° 98PA03761 sur un refus d'autorisation par compensation.

sa décision notamment au regard du nombre de logements disponibles dans la commune ou l'agglomération⁴⁶⁴. Ce refus ne peut pas être motivé par l'opposition des copropriétaires⁴⁶⁵ ou par le règlement de copropriété⁴⁶⁶. Il s'agit d'une obligation. En revanche, celui-ci est dispensé de motivation lorsqu'il met en demeure un occupant d'utiliser l'immeuble en conformité avec son affectation⁴⁶⁷. Il est nécessaire de préciser que la clause insérée au contrat et mettant à la charge du preneur l'obtention d'une autorisation administrative de changement d'usage du bien est inefficace dès lors que le bailleur a seul le pouvoir de mettre les locaux en conformité⁴⁶⁸. D'ailleurs, il est utile de rappeler qu'il appartient au bailleur de sélectionner son candidat preneur. Il se doit d'effectuer un contrôle de la compatibilité de l'activité commerciale avec l'état des locaux à comprendre au sens matériel et fonctionnel du terme⁴⁶⁹.

310. Il convient d'envisager tous les changements d'usage des locaux. Le local peut être commercial et affecté temporairement à un usage d'habitation. Les dispositions de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat ne concernent que la réglementation des locaux d'habitation. Par conséquent, elles ne sont pas applicables à la transformation d'un local commercial en local d'habitation⁴⁷⁰. Cette dernière situation est envisagée par l'article L. 631-7-1 du Code de la construction et de l'habitat⁴⁷¹. L'occupant des lieux a la faculté d'affecter temporairement des locaux à usage professionnel ou commercial pour une durée de treize ans à un usage d'habitation. La procédure est simple puisqu'elle consiste en l'envoi de déclarations conjointes au maire et au préfet conformément aux articles R. 631-6 à R. 631-8 du Code de la construction et de l'habitat. Le retour à l'affectation initiale intervient également par simple déclaration. Cependant, si le local est maintenu dans un usage d'habitation au-delà des treize années, il devient définitivement à usage d'habitation. La

⁴⁶³CAA Paris, 27 juin 2000, Sté SIPIM : Req. N° 98PA03761 sur un refus d'autorisation par compensation.

⁴⁶⁴ CE, 2 mai 1990, Rembauville-Nicolle : R., p. 104 ; *AJDA* 1990. 642, obs. Richer – CE, 23 oct. 1998, Min. de l'équipement : Req. N° 180241 ; R., T. p. 361.

⁴⁶⁵CE, 2 mai 1990, Rembauville-Nicolle : R., p. 104 ; *AJDA* 1990. 642, obs. Richer.

⁴⁶⁶ CAA Paris, 31 octobre 2000, Teboul, Req. n° 98PA03914.

⁴⁶⁷ CE, 29 novembre 2002, Teboul : Req. N° 228664, [www. Legifrance. Gouv. fr/](http://www.Legifrance.Gouv.fr/)

⁴⁶⁸ Civ. 3, 18 mai 2005, BBIC c/ Aventure : *AJDI* septembre 2005 p. 661. En l'espèce, l'exercice du commerce était rendu impossible en l'absence de cette autorisation puisque le local ne permettait pas la réception de la clientèle. Le bailleur ne pouvait dès lors se prévaloir de la clause par laquelle le preneur fait son affaire des autorisations administratives alors qu'en sa qualité, il lui appartenait d'assurer au preneur la délivrance de celles-ci.

⁴⁶⁹ Civ. 3, 3 mars 1999 : JCP N 1999 p. 917 ; *Juris-Data* n° 000902.

⁴⁷⁰Civ. 3, 18 mai 1988 : *Rev. Loyers*, 1988, p. 323.

⁴⁷¹V. art. R. 631-6 Code de la construction et de l'habitat. Circ. N° 72-158 du 3 octobre 1972 relative aux changements d'affectation et démolitions de locaux (BOME 1972, n° 86-91), modifiée par Circ. 20 novembre 1975 (non publiée au JO), Circ. N° 78-165 du 29 décembre 1978 (BOME n° 79/2 bis), Circ. N° 8&-30 du 7 avril 1981 (BOME n° 81/19). - Circ. N° 89-69 du 3 novembre 1989, Mon. TP 23 février 1990, Suppl. Textes, p. 22.

difficulté est plus grande lorsque le local n'a pas un usage commercial et qu'il va être loué sous le statut des baux commerciaux.

311. Le changement d'usage ne peut intervenir que sur l'initiative du propriétaire. Ainsi, l'usufruitier se voit refuser par la jurisprudence la possibilité de transformer un local à usage d'habitation en local à usage commercial⁴⁷². Ce changement nécessite toujours une autorisation préalable de l'administration. Celle-ci peut être délivrée à titre personnel ou par un mécanisme de compensation. Néanmoins, le changement d'usage par compensation suite à une autorisation préalable est effectif. Dès lors, les locaux sont considérés avoir l'usage indiqué dans l'autorisation administrative. Les autorisations de changement d'usage intervenues sur la période antérieure à 1970 suivent les anciens principes. Ainsi, le changement d'usage à titre personnel cesse lorsque la personne titulaire de l'autorisation arrête son activité professionnelle⁴⁷³. En revanche, les autorisations qui ont été délivrées avec un mécanisme de compensation ont un caractère réel, c'est-à-dire que le local a acquis définitivement l'usage visé par l'autorisation. La compensation intervient en nature. Ainsi, l'autorité administrative ne peut subordonner la délivrance de l'autorisation au versement d'une somme d'argent⁴⁷⁴. Un tel comportement engagerait la responsabilité de l'Etat⁴⁷⁵. Pour la période postérieure à la promulgation de l'ordonnance du 8 juin 2005, toute autorisation comportant une compensation sera attachée au local, et non au titulaire. Elle fera l'objet d'une publication au fichier immobilier ou au livre foncier, la rendant opposable aux tiers. Lorsque le changement d'usage doit s'accompagner de travaux afin de mettre le bien en conformité avec sa destination, la demande de permis de construire ou la déclaration de travaux vaut également demande de changement d'usage du bien. Pour autant, les travaux ne sauraient débiter antérieurement à la délivrance de l'autorisation de changement d'usage. Lorsque les locaux appartenaient antérieurement à une personne publique, la police de contrôle de l'usage du bien telle qu'établie par l'ordonnance ne peut s'appliquer. L'autorisation de changement d'usage délivrée sur le fondement de l'article L.631-7 du Code de la construction et de

⁴⁷²Soc., 10 février 1955 : *D.* 1955, p. 379.

⁴⁷³CE, 28 février 1997, *Sté civ. de placements immobiliers France-Pierre*, Req. N° 1581194 : R., p. 69 ; *Dr. Adm.* N° 190.

⁴⁷⁴CE, 6 mars 1992, *Mérand* : *RFD-adm.* 1992. 611 ; *JCP N* 1992. II. 365, obs. Liet-Veaux ; *JCP* 1993. II. 22028, obs. Prelot ; *Administrer* 1993, p. 33, note Hinfray ; R., p. 113 – CE, 18 février 1994, *Min. délégué auprès du Min. de l'équipement, chargé du logement* : Req. N° 107828.

⁴⁷⁵CAA Douai, 7 mai 2002, *Mayné* : Req. N° 98DA02417.

l'habitat peut être contestée par toute personne y ayant un intérêt suffisant⁴⁷⁶. Néanmoins, il faut que la situation laisse apparaître une violation de l'usage du bien⁴⁷⁷. Ainsi, un propriétaire voisin ne peut intervenir en contestation sur le seul fondement des nuisances qu'il subit en raison de l'activité commerciale développée par le titulaire de l'autorisation⁴⁷⁸. La violation de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat est sanctionnée pénalement⁴⁷⁹ et civilement. Pour autant, cette réglementation comporte également des tempéraments en faveur de l'exercice d'une activité professionnelle dans les locaux en dépit de leur affectation légale à l'habitat. Ceci est un point faible de la loi française car, quand, dès le départ, l'octroi de l'autorisation est conditionné par l'avis favorable du copropriétaire, cela implique que tous les voisins sont d'accord avec le changement d'usage. L'activité commerciale présentant, par nature, quelques dérangements, cela veut dire que les voisins étaient conscients de ceux-ci et ne peuvent donc pas contester l'autorisation après avoir donné leur accord au préalable. Il ne semble pas équitable qu'une fois qu'un investisseur ait obtenu ces autorisations, et qu'il ait investi de l'argent et du temps pour son activité, la simple objection d'un voisin puisse mettre cette dernière en danger.

312. La réglementation en vigueur permet une altération de la catégorisation des baux au profit notamment de la domiciliation des entreprises⁴⁸⁰, mais également en permettant, dans certaines conditions, l'exercice d'une activité à titre professionnel dans le logement d'habitation. Ainsi, la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, dite Dutreil⁴⁸¹, permet la domiciliation de l'entreprise et l'exercice d'une activité dans le local d'habitation, sans limite de durée pour l'entrepreneur indépendant et dans la limite de cinq ans pour une société.

⁴⁷⁶Pour un syndicat de copropriété : Civ. 3, 11 décembre 1996 : *RD Imm.* 1997. 229, obs. Collart-Durilleul – CA Paris, 16^{ème} chambre B, 11 mai 2001 : *Loyers et copr.* Novembre 2001, n° 259 – Civ. 3, 29 avril 2002 : inédit, n° 00-20.213 – Civ. 3, 15 janvier 2003 : Bull. Civ. III n° 8.

⁴⁷⁷Civ. 3, 8 décembre 1993 : Bull. Civ. III, n° 164 sur la violation unilatérale par l'occupant de la destination de l'immeuble qui ne constitue pas une violation de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat.

⁴⁷⁸CE, 9 février 1996, Thiam, Req n° 124066.

⁴⁷⁹Par exemple : Cf. L. 421-1 et L. 480-4 C. urb. : Crim. 5 janvier 1993 : Bull. Crim. 1993 n°7.

⁴⁸⁰Les articles L. 123-11 et L. 123-11-1 du Code de commerce ont été modifiés dernièrement à trois reprises par les lois n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 (JO 5 août 2003), n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 (JO 20 décembre 2005) et n° 2005-882 du 2 août 2005 (JO 3 août 2005). CF. [http : // www. Legifrance.gouv.fr/](http://www.Legifrance.gouv.fr/)

⁴⁸¹Article 30 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. Cf. : [http : // www. entrepriseevaluation.com/31/22/270/article.asp](http://www.entrepriseevaluation.com/31/22/270/article.asp)
[http : // www. lexinte.net/ACTUALITE/loi_dutreil_sur_linitiative_economique.htm](http://www.lexinte.net/ACTUALITE/loi_dutreil_sur_linitiative_economique.htm)

313. La personne morale a droit à un domicile. Elle est sujet de droit. Son domicile est désigné comme siège social⁴⁸². Celui-ci est indiqué dans les statuts⁴⁸³. La domiciliation de l'entreprise, comme les contrats portant sur une simple prestation de services, ne peut s'analyser en une sous-location. La domiciliation commerciale obéit au principe de droit commun de la détermination du domicile énoncé à l'article 102 du Code civil. Il s'agit du « *principal établissement où il exerce son commerce* ». Cependant, l'entreprise peut être domiciliée à son centre de direction. En principe, le siège social doit être fixé dans un local dont la société a la jouissance privative⁴⁸⁴. Néanmoins, dans le but de faciliter la constitution des sociétés, le législateur a émis des exceptions énoncées aux articles L. 123-10, alinéas 2 et 3, et L. 123-11-1 du Code de commerce.

Que l'activité soit exercée par un commerçant personne physique⁴⁸⁵ ou par une société⁴⁸⁶, la domiciliation de l'entreprise n'est possible que si elle ne contrevient pas aux dispositions législatives ou à des stipulations contractuelles contraires⁴⁸⁷. Comme le précisent les textes, cette domiciliation ne saurait emporter le changement d'usage des biens ni l'application du statut des baux commerciaux. Il s'agit d'une exception s'inscrivant dans le cadre d'un bail d'habitation. Dès lors, elle est soumise à certaines conditions.

314. Pendant les cinq premières années suivant sa constitution⁴⁸⁸, la société peut être domiciliée dans le logement d'habitation du dirigeant⁴⁸⁹. Cette domiciliation n'entraîne pas de modification de la destination des lieux. Ce délai ne peut être prolongé par l'installation du siège social au nouveau domicile du dirigeant⁴⁹⁰. Il convient que la société informe le bailleur et toute autre personne intéressée, telle que le syndicat de copropriété, de son intention d'user du local en qualité de lieu de domiciliation. Cependant, en toute hypothèse, la domiciliation

⁴⁸²Cf. S. BOULIN, Le siège social, th. Paris II, 1985. Voir, en parallèle : Civ. 2, 17 décembre 1998 : Bull. Civ. II, n° 302 p. 182 ; *RTD, Civ.* 1999, p. 197, note PERROT.

⁴⁸³ Art. 1835 du Code civil français et L. 210-2 du Code de commerce.

⁴⁸⁴ Art. L.123-10 du Code de commerce.

⁴⁸⁵ Art. L. 123-10 al. 2 et 3 C. com., impossibilité de conclure un contrat de domiciliation dans un lieu commun à plusieurs entreprises : cf. Avis CCRCs n° 03-51 du 6 novembre 2003 : Bull. RCS 2004 n° 24, p. 17 ; sauf lorsque le commerçant est effectivement installé dans la société de domiciliation et y exerce son activité : Avis CCRCs, n° 04-40, *BRDA* 2004, n° 17, p. 11.

⁴⁸⁶ Cf. art. L. 123-11-1 du Code de commerce.

⁴⁸⁷ A défaut, l'entreprise ne peut être immatriculée dans le local d'habitation de son dirigeant : Cf. Avis CCRCs n° 02-62 du 6 novembre 2003 : Bull. RCS 2003, n° 24, p. 21 et Avis CCRCs n° 04-22 et 03-56 au Bull. RCS 2005 n° 28 ; *BRDA* 2005, n° 5, p. 14. Voir également, Rép. Min. n° 38172 JOAN Q 22 juin 2004 p. 4749 ; Bull. Joly 2004-1008w.

⁴⁸⁸ Article L. 123-11-1 du Code de commerce ; Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, art. 6 I 2° : JO du 5 août 2003 ; Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, art. 30 : JO du 3 août 2005.

⁴⁸⁹ Cf. CA Paris, 24 septembre 1999, *Rev. Sociétés*, 1999, somm. 874.

⁴⁹⁰ CA Paris, 3^{ème} ch. C, 24 septembre 1999 : *D.* 1999 A. J. p. 57.

de l'entreprise dans un local d'habitation ne peut emporter le changement de l'usage légal de celui-ci.

Plusieurs sociétés peuvent avoir un siège social commun. Ce contrat de domiciliation n'est pas soumis à des formalités particulières lorsque celui-ci est établi entre la société-mère et ses filiales. Dans les autres cas, elle doit donner lieu à un contrat de domiciliation garantissant la localisation effective de la société domiciliataire.

L'ordonnance du 8 juin 2005 maintient une faveur au bénéfice des professions libérales. Mais la difficulté réside dans le fait que le texte soumet l'effectivité de celle-ci aux arrêtés préfectoraux qui la mettent en application. Cette faculté octroyée par l'ordonnance permet l'exercice d'une activité professionnelle non commerciale dans une partie du local d'habitation utilisé par le demandeur comme résidence principale.

315. Au titre des exceptions, l'article L. 631-7-3 du Code de la construction et de l'habitat permet l'exercice d'une activité professionnelle, même commerciale, dans les locaux d'habitation sous condition de non-réception de clientèle. Il s'agit, semble-t-il, d'une mesure principalement en faveur des entreprises qui débutent leur activité⁴⁹¹. La faculté d'exercer une activité à titre professionnel dans un local d'habitation⁴⁹² est soumise à deux conditions principales⁴⁹³, à savoir : que l'exploitant soit l'occupant⁴⁹⁴ du local, et qu'il y ait sa résidence principale⁴⁹⁵. De plus, l'activité exercée ne doit pas conduire à la réception de clientèle ou de marchandises. L'exercice de l'activité ne doit pas porter atteinte à la destination de l'immeuble, à savoir son usage d'habitation. Ainsi, un arrêt a considéré que l'exercice de la profession d'un résidant ne devait pas compromettre l'usage résidentiel normal et permanent du local⁴⁹⁶. Cette jurisprudence impose de prendre en considération l'usage effectif du bien. Il appartient à l'occupant de maintenir le bien dans un usage prioritaire d'habitation, et non dans un usage professionnel⁴⁹⁷. A défaut, il s'agirait d'une violation de l'article L. 631-7 du Code de la

⁴⁹¹Cette faculté est limitée par le règlement de copropriété. V. Rapport D. Migaud : Doc. AN 1999 n° 781, 11^{ème} législature, p. 66 et suiv.

⁴⁹²Cf. art. L. 631-7-3 du Code de la construction et de l'habitat.

⁴⁹³Il ne s'agit pas d'un pouvoir discrétionnaire du préfet : CE, 28 mars 1994 : Req. N° 118960.

⁴⁹⁴Cette jurisprudence trouve à s'appliquer à une personne morale de nationalité étrangère : CE, 28 mars 1994, Min. de L'Équipement précité.

⁴⁹⁵CE, 4 octobre 2000, Drapier : Req. 203594. Contra : le Conseil d'Etat a jugé qu'il convenait de ne pas tenir compte du caractère de résidence principale ou secondaire du local dès lors que le professionnel y réside plusieurs jours par semaine : CE, 29 décembre 1999, Quemoun, Req. N° 191522 : R., T. 873 ; D. 2000. IR. 351 ; JCP N 2000. 218.

⁴⁹⁶CAA Paris, 23 septembre 1997, Quemoun : Req. N° 96.PA00760.

⁴⁹⁷CAA Paris, 23 septembre 1997, précité.

construction et de l'habitat. Ces considérations ne s'appliquent pas dans le cadre de la destination contractuelle des locaux suite à la location soumise à un bail mixte.

316. En soi, les dérogations sus-énoncées n'altèrent pas juridiquement le bien dans sa catégorisation légale. Néanmoins, elles permettent de faciliter la création et les débuts de l'entreprise individuelle ou sous forme sociétaire⁴⁹⁸. En cela, ces dérogations sont nécessairement temporaires. Dès lors, on comprend aisément l'exclusion expresse de l'application du statut des baux commerciaux à ces hypothèses. Bien que le texte précise clairement que l'affectation légale du bien ne peut être modifiée par l'usage qui en est fait au titre de ces dérogations, l'occupant des lieux ne doit pas user de la chose en contravention avec la réglementation. A défaut, il encourt de nombreuses sanctions, dont la perte du droit au bail. En Iran, selon la réglementation du Régistre des commerces et des sociétés (RCS), chaque entreprise qui s'établit doit fournir un lieu de déclaration. Cette adresse équivaudra seulement au lieu de résidence de l'entreprise. Le lieu d'habitation est en théorie différent de cette adresse sans démontrer réellement l'existence d'un lieu d'habitation pour l'exploitant. Cette réglementation ne permet pas de vérifier si l'exploitant habite ou non le lieu de l'activité commerciale. Ainsi une divergence existe bien entre droit français et droit iranien dans ce domaine.

Section2 – Les dommages causés par l'usage commercial des lieux.

317. La commercialité des locaux peut être altérée en raison du non-respect de la réglementation relative à la police de l'habitat (Sous section 1). De plus, l'usage légal du bien fait l'objet de nombreux textes d'ordre public également sanctionnés. Aussi, la commercialité des locaux peut-elle disparaître dans l'hypothèse d'un non-respect de l'une de ces réglementations (Sous section 2). Aussi, envisageons-nous, sans prétendre à l'exhaustivité, la réglementation multiple et complexe relative à l'usage de l'immeuble. Il appartient aux parties de la respecter s'ils souhaitent continuer à jouir du bien ou de ses fruits.

⁴⁹⁸La clause du bail d'habitation comportant une interdiction d'exercer une activité professionnelle dans la résidence principale est inopérante. V. sur une clause portant usage exclusif d'habitation : Civ. 3, 14 janvier 2004 : *RJDA* 05/2004, n° 537.

Sous section1- Les sanctions attachées à la non-observation de la police de l'habitat.

318. La non-observation de la police de l'habitat est lourdement sanctionnée, encore que la connaissance d'un usage contraire à l'affectation de l'immeuble soit rarement portée à l'attention de l'administration. En effet, le changement effectif d'usage du bien, ou seulement son utilisation contraire à l'affectation de l'immeuble, n'emporte aucune incidence sur son usage légal. De même, l'usage effectif ne porte pas atteinte à la qualification du contrat de bail. Par conséquent, le contenu et le contenant du contrat de louage ne peuvent être affectés juridiquement par l'utilisation que le preneur peut faire du bien. Néanmoins, un tel comportement doit être réprimé. Pour cela, la police de l'habitat prévoit des sanctions à l'encontre du preneur qui peuvent également s'accompagner d'actions en responsabilité engagées par toute personne intéressée.

§1- L'inefficacité de l'altération de la catégorisation des baux.

319. L'usage légal du bien est déterminé et maintenu par l'administration⁴⁹⁹. En principe, cet usage n'a pas vocation à être modifié. Lorsque tel est le cas, une procédure de changement d'affectation légale, temporaire ou définitive, du bien doit être engagée. A défaut de respect de cette procédure, le bien ne peut pas changer d'usage, et ce, quel que soit son utilisation effective par le preneur. L'inoccupation d'un local commercial pendant plusieurs mois ne suffit pas à lui attribuer un usage d'habitation⁵⁰⁰. Il n'y a pas de prescription trentenaire permettant le changement d'usage⁵⁰¹. Cependant, au-delà de trente ans, le ministère public ne peut plus requérir une amende civile à l'encontre du contrevenant devant le tribunal de grande instance⁵⁰². L'usage de l'immeuble revêt un caractère particulièrement important. Il ne saurait être conclu un bail commercial sur des locaux soumis à un autre usage

⁴⁹⁹ Cf. Art. L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat ; Ordonnance n° 2005-655 du 8 janvier 2005 relative au logement et à la construction : JO 9 juin 2005 p. 10083 ; Loi ENL n° 2006-872 du 13 juil. 2006 : JO 16 juin. 2006, p. 10662.

⁵⁰⁰ CAA Paris, 5 décembre 1989, Min. de l'équipement : Req. N° 89PA00708.

⁵⁰¹ Rép. Min. 54809 : JOAN 2 avril 2001, p. 2010 : JCP N 2001 p. 1832.

⁵⁰² Rép. Min. n° 54809, JOAN 2 avril 2001, p. 2010. La loi ENL n° 2006-872 du 13 juillet 2006 en a modifié les sanctions (JO 16 juillet 2006, p. 10662). Ainsi, l'article L. 651-2 du Code de la construction et de l'habitat dispose désormais que le plafond d'amende est de 25.000 euros et établit un régime d'astreinte à hauteur de 1.000 euros par jour et par mètre carré.

dans le seul but d'évincer un régime juridique spécifique d'ordre public⁵⁰³. Les juges peuvent requalifier le contrat afin de lui appliquer le régime qu'il convient⁵⁰⁴. Ainsi, il existe deux types de biens : les logements d'habitation et les autres biens immobiliers. Les premiers sont, en principe, soumis à la législation des baux d'habitation et les seconds à une autre législation. En réalité, l'éventail des régimes juridiques spéciaux applicables est plus large que cela. L'essentiel, au vu de la législation relative à la police de l'habitat, est que les logements d'habitation soient maintenus dans leur usage d'origine c'est-à-dire l'habitat. D'ailleurs, l'usage légal des logements d'habitation ne peut être altéré par la conclusion d'un bail commercial sur ceux-ci. Toutefois, il faut comprendre qu'une telle règle se trouve doublée d'une obligation implicite afin d'assurer son effectivité. Le preneur ne saurait modifier la distribution des lieux. De même, il ne peut pas entreprendre de travaux qui porteraient atteinte à l'usage légal du bien. Ainsi, dans l'hypothèse de la conclusion d'un bail commercial portant également sur des locaux d'habitation, ceux-ci doivent être maintenus dans leur usage d'habitation, à savoir en conformité avec les exigences légales et réglementaires établissant les caractères indispensables à la notion de logement décent.

320. De même, les autorisations délivrées à titre personnel, afin de permettre à l'occupant d'un logement d'habitation d'exercer son activité professionnelle dans celui-ci, ne portent atteinte ni à l'usage légal du bien qui doit, d'ailleurs, rester l'usage prépondérant du logement, ni à la qualification du bail qui reste un bail d'habitation. Néanmoins, lorsque les parties ont commis une erreur de qualification du bail, le juge doit lui restituer sa véritable qualification. Pour autant, si la volonté des parties est clairement exprimée de conclure un bail commercial dont une partie des locaux est à usage d'habitation, le juge ne peut pas requalifier celui-ci. En définitive, l'usage effectif du bien devrait être coordonné à l'usage légal du bien. Mais, dans l'hypothèse d'une violation de cette règle, l'utilisation faite par le preneur des locaux est inopérante sur la catégorisation juridique de ceux-ci et sur la qualification des baux dont ils font l'objet. Pour autant, son inefficacité ne libère pas le preneur de sa responsabilité tant à l'égard de l'administration que du propriétaire des lieux.

⁵⁰³ Civ. 3, 20 janvier 1966 : Bull. Civ. III n° 42, p. 36 ; D. 1966 jurisprudence p. 484, note Garron.

⁵⁰⁴ Civ. 3, 28 mars 1968 : Bull. Civ. III n° 140 p. 110 ; JCP 1968. IV. p. 85.

§2- La sanction du non-respect de la police de l'habitat.

321. L'utilisation des locaux par le preneur en violation des prescriptions des articles L. 631-7 et suivants du Code de la construction et de l'habitat peut être sanctionnée pénalement. Il en est ainsi lorsque le preneur entreprend des travaux en violation de la législation relative à l'urbanisme et à la construction dans le but d'opérer un changement d'usage du bien⁵⁰⁵. Il encourt dans cette hypothèse des peines allant de l'amende civile au délit pénal. L'attention doit être notamment portée sur les sanctions civiles qui sont encourues. En effet, toute convention conclue en violation de cet article est nulle⁵⁰⁶. Toute personne pouvant justifier d'un intérêt suffisant peut agir sur ce fondement⁵⁰⁷. L'intérêt de la sanction est de rétablir les lieux dans leur usage d'origine. Le bailleur peut demander la résiliation du bail sur ce fondement quand bien même il aurait consenti au changement illicite d'affectation du logement⁵⁰⁸. Le preneur ne peut pas invoquer la tolérance ou la passivité du bailleur pour s'exonérer du fait d'avoir utilisé des locaux d'habitation sous bail d'habitation comme si ceux-ci étaient des locaux commerciaux⁵⁰⁹. Cependant, l'altération de l'usage du bien ne concerne, au regard de cet article, que les logements d'habitation. Néanmoins, la responsabilité du preneur peut être engagée dans toutes les hypothèses de changement d'usage du bien. Mais, les biens se trouvant scindés en deux catégories, les modifications d'usage du bien de la catégorie « locaux à usage autre » peuvent être sanctionnées au titre du respect de la destination des lieux. Le refus des nus-proprétaires était légitime puisque la conclusion d'un bail commercial aurait altéré la substance du bien, lequel constituait en l'espèce des parcelles agricoles. Cependant, les juges accordent l'autorisation judiciaire de conclusion du bail sur le fondement qu'il en va de la bonne gestion du bien. La Cour de cassation explicite ce

⁵⁰⁵P. Pereira-Osouf, « Sur les conséquences de la conclusion d'un bail commercial en contravention des dispositions de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat » : *Loyers et copr.* Septembre 2007, n° 173.

⁵⁰⁶Civ. 1, 15 juin 1967 : Bull. Civ. I n° 218 ; *JCP* 1967. II. 15238 – Civ. 3, 9 novembre 1982 : *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. p. 52 – Civ. 3, 11 décembre 1996 : *RD Imm.* 1997. 299, obs. Collart-Dutilleul – CA Paris, 16^{ème} ch. B, 11 mai 2001 : *Loyers et copr.* 2001, n° 259 ; *Juris-Data* n° 144106 – Civ. 3, 29 avril 2002 : inédit, n° 00-20.213 – CA Paris, 16^{ème} ch. A, 17 janvier 2007 : *Loyers et copr.* 09/2007, n° 173, p. 22, obs. Pereira-Osouf.

⁵⁰⁷CA Versailles, 12^{ème} ch., 13 janvier 1994 : *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. p. 572 – CA Paris, 16^{ème} ch. A, 28 juin 1994 : *Loyers et copr.* 1994, n° 387 – Civ. 3, 15 janvier 2003 : Bull. Civ. III n° 8.

⁵⁰⁸Civ. 3, 24 juin 1992 : Bull. Civ. III n° 219.

⁵⁰⁹Civ. 3, 6 octobre 1954 : Bull. Civ. III, n° 290, p. 221 – Civ. 3, 15 octobre 1970 : Bull. Civ. III n° 520, p. 379 – civ. 3, 16 octobre 1970 : Bull. Civ. III n° 533, p. 388. Voir cependant sur la conclusion d'un bail commercial sur des locaux d'habitation : CA Paris, 16^{ème} ch. B, 18 janvier 2007 : *AJDI* 2007, p. 568. Le bailleur a manqué à son obligation de délivrance en n'effectuant pas les démarches nécessaires au changement d'usage du bail.

fondement en précisant quatre éléments déterminants⁵¹⁰ dans sa décision. L'activité commerciale proposait une adaptation nécessaire du bien à la réglementation en vigueur notamment en droit de l'environnement. L'altération de la substance de la chose était infime et favorable au bien dans sa globalité. L'opération commerciale envisagée était dans l'intérêt de l'indivision des nus-proprétaires, lesquels ne subissaient aucun préjudice en raison d'une clause de remise en l'état en fin de bail. Par conséquent, il y a un changement d'usage d'une infime partie du bien qui, d'une activité agricole, devient un bien à usage commercial. Cette jurisprudence fait primer l'intérêt économique et la bonne gestion du bien sur les règles traditionnelles.

322. La conclusion d'un bail commercial doit respecter les règles posées par la police de l'habitat afin de ne pas voir sa validité mise en péril. Néanmoins, d'autres règles de droit s'appliquent à l'espèce au regard de l'usage de l'immeuble. Ainsi, son usage est loin d'être libre. Ce dernier est encadré et contrôlé par de multiples autorités administratives. Le défaut de conformité de l'immeuble aux normes législatives peut entraîner la perte d'usage des locaux commerciaux pour les parties. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, en Iran ce type de réglementation n'existe pas. Mais selon l'article 55 alinéa 24 du Code municipal iranien, en cas d'ouverture d'activités commerciales dans des locaux non commerciaux et en dehors des autorisations préalables, la municipalité aura la possibilité de présenter le sujet à la commission prévue à l'alinéa 1 de l'article 100 de cette même loi. Si la faute est établie, l'activité du propriétaire ou du locataire sera arrêtée dans un délai qui ne dépassera pas les deux mois. En cas de réutilisation illégale des locaux fermés, le récidiviste sera condamné à verser une amende, et pourra se voir infliger une peine de 6 mois à deux ans de prison ferme.

Sous section 2- Le dommage d'usage des locaux commerciaux résultant d'une autre codification impérative.

323. La perte des caractéristiques fonctionnelles du local ne permet plus au commerçant d'exercer son activité dans les mêmes conditions. Celle-ci peut être le résultat

⁵¹⁰Voir : *AJDI* septembre 2005 p. 654, note M.-P. Dumont. Cependant le bailleur peut poursuivre la résiliation du bail quand bien même ce dernier avait donné son consentement au changement illicite de l'usage du bien postérieurement à la conclusion du bail : Civ. 3, 24 juin 1992 : Bull. Civ. III, n° 219.

d'une modification structurelle des locaux. Dans cette hypothèse, une altération passagère de l'activité du preneur peut en résulter sans pour autant provoquer la cessation de l'activité. La perte d'une caractéristique fonctionnelle emporte bien souvent une impossibilité d'exercice du commerce dans les lieux loués. Il convient de rappeler que le bailleur doit délivrer au preneur un local permettant au preneur l'exercice de son activité⁵¹¹. A défaut, ce dernier manque à son obligation de délivrance⁵¹².

§1- L'altération résultant d'une modification structurelle.

324. Les locaux doivent remplir les caractéristiques fonctionnelles exigées par le statut dès la conclusion du bail. Dans l'hypothèse de la location d'un terrain nu, les caractéristiques fonctionnelles du local s'accomplissent par la réalisation du contrat. Pour autant, afin de maintenir la commercialité des locaux, ceux-ci doivent répondre aux exigences législatives et réglementaires tout au long du bail. A défaut, l'exploitation peut être interdite par l'administration.

Concernant les locations des terrains nus, les parties au contrat doivent accomplir les formalités administratives nécessaires à l'édification des constructions, mais également à l'exercice de l'activité du preneur. La délivrance d'un permis de construire est sans influence sur la légalité des autorisations⁵¹³. Lorsque le changement d'usage du bien nécessite des travaux exigeant la délivrance d'un permis de construire, la demande de permis tient lieu de demande d'autorisation préalable de changement d'affectation. Dans cette hypothèse, le changement d'affectation glisse vers un changement de destination soumis à l'article L. 421-1 du Code de l'urbanisme⁵¹⁴. Il n'est pas nécessaire que l'autorisation de changement d'usage soit préalable à la délivrance du permis de construire. L'essentiel est d'être en règle avec la loi afin que le bail n'encoure pas la nullité et que l'exploitation ne subisse pas une fermeture administrative. La difficulté réside en l'espèce dans le fait que la législation applicable à l'exercice d'une activité prédéterminée n'est pas fixe dans le temps. En effet, la législation s'adapte aux fluctuations économiques et aux exigences politiques nationales, communautaires et internationales. Les immeubles accueillant un large public sont soumis à une réglementation dense et stricte. A titre d'exemple, on peut considérer les législations

⁵¹¹Civ. 3, 28 novembre 2007 : *D.* 2008, p. 85, note Y. Rouquet – Civ. 3, 7 mars 2006 : *AJDI* 2006, p. 467.

⁵¹²Civ. 3, 28 novembre 2007 : cf. supra où la responsabilité du bailleur est engagée à l'égard du preneur suite à la fermeture du commerce par arrêté.

⁵¹³CAA Paris, 29 juin 1999, SA Foncière et Hugo : Req. N° 97PA01507.

⁵¹⁴Voir article R. 421-11 du Code de l'urbanisme. S. Perignon, « Changement de destination, et changement d'affectation » : *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, 2003, p. 33.

applicables aux immeubles affectés à une activité de spectacles. Mais, d'autres règles sont davantage contraignantes et concernent la majorité des commerces. Il s'agit des normes d'hygiène et de sécurité⁵¹⁵ (voir notamment en ce sens la réglementation relative au risque incendie). La doctrine préconise la rédaction d'une clause claire et non équivoque, voire qui se détacherait des clauses relatives aux travaux. A défaut, l'ampleur des travaux à la charge du preneur ou du bailleur s'apprécie au regard des clauses générales du bail relatives à la délivrance et aux réparations. En effet, la jurisprudence a tendance à interpréter restrictivement ces clauses et en faveur du preneur⁵¹⁶. La clause de prise des locaux en l'état décharge le bailleur des travaux à effectuer⁵¹⁷ au vu de la législation existante mais non au regard des lois à venir pouvant lui imposer de nouveaux travaux afin que le local soit en conformité avec celles-ci⁵¹⁸, sauf à stipuler expressément la renonciation du preneur à demander l'exécution de tous autres travaux pour l'avenir⁵¹⁹. Mais, encore faut-il s'interroger sur l'avenir de cette jurisprudence qui a été prise à contre-pied dans un arrêt en 2002⁵²⁰. Dans cette espèce, la Cour de cassation a relevé qu'une telle clause ne saurait décharger le bailleur de son obligation de délivrance. Par conséquent, il semblerait normal de faire entrer la conformité du bien aux législations en vigueur dans le cadre de cette obligation. De même, la jurisprudence reste sévère concernant l'exécution des travaux. Lorsque ceux-ci sont à la charge du preneur alors qu'ils incomberaient normalement au bailleur ou lorsque ceux-ci nécessitent une autorisation du bailleur, le preneur commet une faute en ne requérant pas de son cocontractant l'autorisation d'exécuter ceux-ci⁵²¹. Néanmoins, le preneur peut demander une autorisation judiciaire de travaux lorsque le refus du bailleur relève d'un abus de droit⁵²². Le statut des baux commerciaux laisse une grande place en la matière à la liberté

⁵¹⁵ B. Wertenschlag, « Les obligations sanitaires du bailleur de locaux commerciaux ou professionnels » : *AJDI* 09/2006, p. 627 : obligations relatives à l'amiante, au plomb, aux termites, au radon et autres risques sanitaires.

⁵¹⁶ Article 1162 du Code civil : Civ. 3, 24 mars 1993, *Loyers et copr.* 1993, n° 351, obs. Ph.-H. Brault.

⁵¹⁷ Sur le désamiantage, CA Paris, 16^{ème} ch. B, 26 novembre 1999 : *AJDI* 200, p. 142. Sur la stipulation mettant les travaux à la charge du preneur : Civ. 3, 23 juin 1993 : *Administrer* juillet 1994, p. 17, note Barbier – Civ. 3, 13 juillet 1994 : *AJPI* 1994, p. 835, note J.-P. Blatter – Civ. 3, 17 avril 1996 : *JCP* 1996. IV. 1358 ; *Loyers et copr.* 1996, n° 300 ; *AJPI* 1997, p. 35, note ch.-H. Gallet ; *Gaz. Pal.* 1997, 1, pan. Jurisprudence, p. 3 – Civ. 3, 7 octobre 1998, *Loyers et copr.* 1999, n° 121 – CA Paris, 16^{ème} ch. B, 5 mars 1999 : *Loyers et copr.* 1999, n° 210.

⁵¹⁸ Civ. 3, 31 mai 1976 : *D.* 1976. IR. p. 240.

⁵¹⁹ Civ. 3, 21 janvier 1976 : *Bull. Civ. III* n° 29 p. 21.

⁵²⁰ Civ. 3, 5 juin 2002 : *Bull. Civ. III* n° 123, p. 109. Cette jurisprudence ne semble tout de même pas tout à fait nouvelle puisque déjà auparavant la jurisprudence limitait la charge des travaux du preneur lorsque ceux-ci étaient propres à s'intégrer dans l'obligation de délivrance du bailleur au regard de la destination de la chose : Civ. 3, 19 avril 1989 : *Bull. Civ. III* n° 83, p. 46 – civ. 3, 1^{er} juin 1999, n° 97-20.164, inédit : www.lexisnexis.com/fr.

⁵²¹ Civ. 3, 20 juillet 1993 : *D.* 1995, somm., p. 153 – Civ. 3, 26 septembre 2001 : *BRDA* 21/01 n° 7. Voir Zalewski, « L'urgence et l'article 1144 du Code civil français » : *JCP N* juin 2006, n° 1219, p. 1146.

⁵²² Civ. 3, 12 octobre 1971 : *Bull. Civ. III* n° 480, p. 343 ; *JCP* 1972. II. 16966 ; *RTD Civ.* 1972, p. 395, obs. G. Durry Civ. 3, 30 novembre 1983 : *Bull. Civ. III*, n° 154, p. 87.

contractuelle. Néanmoins, la jurisprudence tempère celle-ci lorsque la charge des travaux est sans commune mesure avec l'engagement pris⁵²³. En Iran aussi, Une des responsabilités imposées légalement au bailleur, qui est issue du principe de la liberté de volonté et de l'obligation contractuelle, c'est la nécessité de remettre en bon état l'objet du bail. C'est un droit et en même temps une responsabilité imposée au bailleur. Étant un acte bilatéral et payé, le contrat du bail exige que le bailleur, moyennant le loyer qui reçoit, exécute ses engagements contractuels et de remettre l'objet du bail de sorte que le preneur puisse l'utiliser conformément à leur accord mutuel.

Le droit de propriété exige que le bailleur remette l'objet du bail dans un état convenable pour qu'il puisse le donner à bail dans une durée ordinairement utile. C'est un droit.

Mais il devient un devoir, parce que tout droit nécessite un devoir, surtout que, selon le contrat du bail, le bailleur s'engage à exécuter certains engagements issus d'un contrat conclu exactement entre les deux.

325. D'autre part, il reçoit un loyer, prix que doit payer le preneur en contrepartie de la jouissance de la chose louée, ce qui est équivalent à ses engagements.

Comme de dire, tout droit exige un devoir. Ces deux existent aussi pour le preneur. Celui-ci s'engage, selon le contrat, de ne pas commettre d'abus et de gaspillage, et il a droit de demander du bailleur d'exécuter ses propres responsabilités et il peut, si nécessaire, l'obliger à le faire. L'article 485 du Code civil iranien prévoit que : « Si , pendant la durée du bail, la chose louée a besoin de certaines réparations dont le retard dans l'exécution produirait des dommages au détriment du bailleur, le preneur ne pourra les empêcher , même s'il lui sera impossible d'utiliser la chose louée pendant les réparations, mais il aura droit de résilier le contrat du bail. »

326. Cet article nous prononce un droit, mais il nous dénonce aussi un devoir, devoir du preneur. Si celui-ci empêche les réparations, il y sera obligé (article 237) et devra dédommager. Mais si la durée des réparations est longue ou si le preneur ne peut l'utiliser pendant les réparations, il paraît qu'il puisse demander l'indemnité ou résilier le contrat du bail. Cet article nous dit donc les droits et les responsabilités des deux parties du contrat du bail : le bailleur et le preneur.

C'est pourquoi que, selon l'article 486 du Code civil : « les réparations et tous les frais nécessaires à la jouissance de la chose louée sont à l'égare du propriétaire, sauf dans le cas

⁵²³Civ. 3, 22 avril 1980 : *Rev. Loyers* 1980 p. 358, note J. V. sur la modification de la structure de la chose – Civ. 3, 12 mars 1985 : Bull. Civ. III n° 48, p. 36 – Civ. 3, 17 décembre 1986 : Bull. Civ. III n° 183, p. 144 ; *Defrénois* 1987, art. 34056, p. 1181, obs. G. Vermelle.

où le contrat prévoit ou la coutume usuelle le contraire. C'est aussi pour les instruments nécessaires à la jouissance de la chose louée. C'est donc à l'engage du bailleur d'exécuter les réparations en gros ou celles qui sont nécessaires pour la jouissance. Le preneur peut intenter une action civile devant le tribunal compétent et faire obliger le bailleur à exécuter les réparations mentionnées ci-dessus. Si le preneur fait lui-même lesdites réparations, il ne pourra en réclamer le frais du bailleur. Article 502 du Code civil déclaré que les réparations et les frais pour mieux utiliser la chose louée ainsi que les réparations locales sont en l'engage du preneur car ils concernent à jouir paisiblement la chose louée, ce qui dépend du gout du preneur.⁵²⁴

327. Selon l'article 484 du Code civil : « Le bailleur ne peut modifier la chose louée pendant la durée du bail contre le motif du preneur. Car la jouissance de la chose louée appartient au preneur pendant la durée du bail ». On ne peut donc faire aucun changement à la chose louée contrairement le motif du preneur à la louer, de sorte qu'il l'empêche d'en jouir. Ce changement peut être fait sur l'immeuble ou sur son usage. De tout façon si ce changement ne peut être refusé, le preneur pourra résilier le contrat du bail. Néanmoins, selon l'article 21 la loi iranien de 1977, le preneur peut demander une autorisation judiciaire de travaux en cas de refus du bailleur.

§2- Résiliation du bail sans indemnisation à cause de manquements aux obligations du preneur.

328. Lorsque les travaux équivaldraient à la reconstruction de l'immeuble, ceux-ci ne peuvent pas valablement être mis à la charge du preneur⁵²⁵. Le bail peut être résilié sans indemnité sur le fondement de l'article 1722 du Code civil lorsque le prix des travaux à effectuer est supérieur à celui de l'immeuble. En revanche, l'obligation du preneur s'étend en principe à tout perte ou à tous travaux révélant un usage anormal de la chose. Sa responsabilité est engagée dès qu'il ne lui est pas possible de démontrer que la dégradation du

⁵²⁴L'article 10 de la Loi du bail iranien votée en 1983 prévoit que : « Les réparations en gros qui concernent le bâtiment ou les établissements installés comme chauffage centrale, l'appareil d'aération et l'ascenseur sont à l'engage du bailleur. Les réparations locatives ainsi que la décoration et toute réparation concernant l'utilisation de la chose louée sont à l'engage du preneur, sauf dans le cas où on a stipulé d'autres dispositions (Art.20 de la loi du preneur et du bailleur votée en 1977) ».

⁵²⁵Civ. 3, 3 avril 2001 : *Gaz. Pal.* 2001, jurisprudence p. 1175, obs. J.-D. Barbier.

bien n'est pas due à sa faute. Le preneur doit réparer les conséquences d'un accident dont la cause lui est inconnue⁵²⁶, ou lorsque le préjudice a été causé par une personne dont il répond, qu'il s'agisse de ses proches ou des personnes qu'il a fait entrer dans le bâtiment.

Outre l'ensemble des travaux de mise en conformité, ou tout simplement de maintien des caractéristiques de l'immeuble, les parties doivent détenir l'ensemble des autorisations nécessaires à l'exercice régulier du commerce du preneur. Or, une exploitation est soumise à diverses autorisations. Toutes n'ont pas un caractère définitif ou du moins correspondant à la durée de l'exploitation dans les lieux loués. Aussi, la perte d'une autorisation administrative remet en cause la validité de l'exploitation, et par-là, l'existence de la propriété commerciale du preneur.

Chapitre 2 - La destination contractuelle du bail commercial.

329. La destination⁵²⁷ contractuelle des locaux⁵²⁸ résulte du commun accord des parties au bail. Elle doit être conforme à la vocation première de l'immeuble. A défaut, il convient de se référer aux développements précédents. Etablie par le contrat, cette obligation joue à l'égard des deux contractants. Cette obligation contractuelle se cumule avec l'exigence d'affectation légale des locaux. En cela, elle constitue également un facteur cumulatif de rigidité du statut (Section 1). En effet, le bailleur doit assurer cet usage du bien au preneur⁵²⁹, lequel se doit de jouir uniquement de la chose en vue de cet usage⁵³⁰. Par principe, elle n'a pas vocation à être modifiée en cours de bail (Section 2). Néanmoins, un tel changement peut

⁵²⁶Civ. 3, 28 janvier 2004 : Bull. Civ. III n° 12, p. 11.

⁵²⁷R. Boffa écrit au sujet de la destination : « *Expression de devoir-être, la destination ne peut être le fruit de la seule volonté individuelle, mais procède d'une interaction entre subjectivisme et objectivisme* » : p. 390 in Recherches et travaux, Mélanges DEA. Cah. Ecole Doctorale n° 5, mai 2006, Faculté de Montpellier.

⁵²⁸Sur la destination contractuelle des locaux, Voir : Blatter J.-P. Et Cornaton M. « Au commencement... était la destination » : in Dossier « Destination ... Danger! », cahier 2 *AJDI* décembre 2000, p. 1091 – Nussembaum M., « L'analyse économique de la destination » : Dossier « Destination ... Danger! », cahier 2 *AJDI* décembre 2000, p. 1117.

⁵²⁹Civ. 3, 28 novembre 2007 : *D.* 2008, p. 85, note Y. Rouquet.

⁵³⁰A noter, la modification des parties au bail est indifférente au contenu obligationnel de ce dernier. Civ. 3, 3 mai 2007 : *D.* 2007, p. 1430, note Y. Rouquet : « *Il appartient au bailleur de délivrer à la société substituée à la suite de l'apport partiel d'actif dans tous les droits et obligations du bail consenti au preneur d'origine des locaux conformes à la destination prévue par ce bail* ».

intervenir par un nouvel accord des parties⁵³¹. Nous allons comparer, dans ce titre, les droits français et iranien. Par dérogation, le statut des baux commerciaux octroie une faculté unilatérale de modification de la destination contractuelle des lieux au profit du preneur. Cette altération du lien contractuel mérite d'être relevée à plusieurs égards. Elle maintient le contrat alors que si la destination des lieux modifiée avait été celle envisagée à l'origine par les parties, celles-ci n'auraient pas contracté. Il s'agit d'une atteinte directe à la liberté contractuelle et à la loi des parties qui ne semble trouver d'autre justification que l'intérêt économique de l'opération. Dans cette hypothèse, la protection statutaire s'éloigne de l'intérêt du commerce considéré pour permettre l'émergence d'une nouvelle activité. La rigidité instaurée par la commercialité des locaux est battue en brèche par la flexibilité du statut des baux commerciaux. Ceci est un des points très importants des droits français et iranien, et une étude sur ce sujet peut fournir des solutions à beaucoup de problèmes dans les deux systèmes juridiques.

Section 1 - La résultante commerciale comme facteur ajouté de rigidité du statut.

330. La commercialité des locaux résulte de la destination commerciale des lieux. Cette dernière doit être conforme à l'usage légal du bien. En cela, elle ne saurait être fictive. Néanmoins, le bail peut porter sur un ensemble de locaux ne revêtant pas les mêmes caractéristiques. Dès lors, sur le principe d'indivisibilité du bail, l'ensemble des locaux est soumis au même statut. Cependant, même si la destination des lieux est réputée commerciale pour le tout, l'immeuble qui comprend des logements d'habitation comporte alors deux usages et deux destinations. En effet, le seul fait de la désignation de lieux à usage d'habitation dans le bail commercial soumet les parties à l'obligation de respect de leur destination, à savoir l'habitat. La destination commerciale des lieux peut être établie de manière plus ou moins précise par les parties. Il s'agit d'une obligation essentielle du contrat que les parties se doivent de déterminer (Sous section 1) et Ainsi, les parties ont la faculté de modifier la destination contractuelle des lieux dès lors que cette modification n'affecte pas l'usage du bien. De même, les parties peuvent accroître la flexibilité de leur rapport locatif en déterminant de manière

⁵³¹Par exemple, Voir Civ. 3, 21 mars 2007 : *AJDI* 2007, p. 836, note C. Denizot sur la composition de l'activité de pharmacie.

très large la destination des lieux. Par exemple, la stipulation d'une clause tout commerce œuvre en ce sens. Néanmoins, lorsque la destination globale de l'immeuble ne semble pas affecter par un changement d'activité du preneur et que la nouvelle activité ne porte pas atteinte aux droits des copropriétaires, ou de la collectivité, la modification de la destination des lieux, telle qu'elle résulterait d'une déspecialisation visée par le statut des baux commerciaux, peut être imposée au bailleur (Sous section 2). Et en fait des peines du non-respect de la destination (Sous section 3). Au travers de leur pouvoir de détermination de la destination des locaux, elles peuvent accroître ou confirmer le degré de commercialité attachée aux lieux.

Sous section 1 – La destination contractuelle des lieux commerciaux.

331. La destination des lieux est l'usage des locaux que les parties ont voulu lors de la conclusion du bail. Elle est, par conséquent, librement déterminée par les parties. Tous les actes de bail commercial ne font pas mention de celle-ci. Dans cette hypothèse, la destination des lieux doit être recherchée judiciairement en cas de conflit. Pour autant, elle n'est pas toujours déterminable sans obstacle. D'ailleurs, certaines normes peuvent s'opposer à la volonté des parties. L'existence d'un règlement de copropriété est, à ce titre, un élément essentiel à prendre en considération lors de la détermination de la destination des lieux.

§1- La destination contractuelle de l'immeuble.

332. Le bail doit établir la destination contractuelle des locaux⁵³². Cette règle se rencontre dans les deux Codes civils français et iranien⁵³³. A défaut, les juges doivent rechercher la commune intention des parties au regard des diverses clauses du bail⁵³⁴. La destination des locaux est recherchée au stade de la formation du contrat. La Cour de cassation en France⁵³⁵, au même la bureau juridique du ministère de la justice iranien⁵³⁶

⁵³² Art. 1728 du Code civil français : Civ. 3^{ème}, 11 juin 1976 : Bull. Civ. III, n° 255 au même Art. 490 du Code civil iranien : civ. 9^{ème}, 27 déc 1992 : bull. Mohasha, C. civ. p. 178.

⁵³³ Art. 490 du Code civil iranien : « *Le preneur s'engage à utiliser la chose louée conformément à la coutume sans la dissiper ni en abuser : a- A user de la chose louée conformément aux clauses stipulées (destination) au contrat du bail, sinon conformément les circonstances en réduites. b- Payer le loyer dans les délais mentionnés au contrat du bail ou en numéraire* ».

⁵³⁴ CA Paris, 16^{ème} ch. A, 5 oct. 2005 : AJDI 04/2006, p. 281 : « Un bar de nuit n'est pas un bar comme les autres ».

⁵³⁵ Civ. 3, 13 juin 1973 : Bull. Civ. III n° 407, p. 294.

précisent que l'usage du bien par le preneur au cours du bail n'apporte pas la preuve que cet usage est conforme à la destination première que les parties avaient voulu donner aux locaux. Les juges déterminent celle-ci par la méthode du faisceau d'indices, en s'attachant particulièrement à la nature des locaux, à la profession inscrite au bail du locataire, et surtout à l'existence de clauses typiquement commerciales⁵³⁷ ou au contraire exclusives de la destination commerciale des lieux. Lorsque l'usage commercial des locaux n'est pas prévu dans le bail, les parties ne peuvent se prévaloir du régime des baux commerciaux. Les lois des parties impose son respect. De plus, la destination des lieux doit être en conformité avec les exigences légales de licéité et de moralité. A défaut, le bail est nul^{538, 539}.

333. Le preneur doit exploiter le commerce prévu dans le bail et conformément à la destination contractuelle des lieux⁵⁴⁰. Il ne peut pas modifier seul la destination des lieux⁵⁴¹. Cette obligation entre dans le cadre général de son obligation d'usage du local en bon père de famille⁵⁴². La modification non autorisée par le preneur de la destination des lieux est susceptible d'être sanctionnée par la résiliation du bail⁵⁴³. Lorsque la destination de l'immeuble est multiple, le preneur n'est pas obligé d'exploiter toutes les activités comprises dans le bail⁵⁴⁴. Ainsi, il apparaît qu'enfin la déspecialisation est une exception qui doit s'avérer être une nécessité pour être cautionnée. En contrepartie de l'obligation d'usage de la chose en bon père de famille à la charge du preneur, le bailleur doit délivrer une chose permettant cet usage. Dès lors, il doit faire son affaire de l'ensemble des normes qui pourraient affecter la destination des lieux loués. Principalement, il lui appartient lors de la

⁵³⁶ Civ. 3 juillet 1996, n° 7/2083 «la chose louée doit être utilisé aux fins cités dans le contrat, et en absence de mention explicite de ce dernier, conforme aux indices permettant de déterminer la volonté des parties au moment du signature du contrat.».

⁵³⁷ Com., 16 novembre 1960 : Ann. Loyers 1962, p. 294.

⁵³⁸ Civ. 1, 3 décembre 1963 : Bull. Civ. III n° 531 : nullité du bail portant sur une maison de jeu ou de tolérance.

⁵³⁹ Article 492 du Code civil iranien : « Si le preneur utilise la chose louée dans les cas non prévus par le contrat du bail ou au contraire des circonstances sans qu'on puisse l'empêcher, le3 bailleur aura droit de résilier le contrat ».

⁵⁴⁰ Ainsi, il convient de distinguer la clause de destination contractuelle autorisant l'exploitation d'un bar de celle permettant l'exploitation d'un bar de nuit : CA Paris, 7 juin 2002 : AJDI 2002, p. 9607, obs. Y. Rouquet.

⁵⁴¹ Ass. Plén., 3 mai 1956 : Bull. Civ. Ass. Plén. N° 1 p.1.; JCP 1956. II. 9345, note J.-G. L.; Rev. Loyers 1956, p. 337 – Civ. 3, 13 février 1970 : Bull. Civ. III n° 113, p. 83 – Civ. 3, 11 juin 1976 : Bull. Civ. III n° 255, p. 196 – Com., 5 décembre 1984 : Loyers et copr. 1985, n° 133.

⁵⁴² Com., 29 mars 1960 : Bull. Civ. III n° 122 – Com., 14 mars 1966 : Bull. Civ. III n° 143.

⁵⁴³ Civ. 3, 18 mars 1998 : Bull. Civ. III, n° 66.

⁵⁴⁴ CA Paris, 16^{ème} ch. B, 5 janvier 1995 : Loyers et copr. 1995, n° 372 – CA Paris, 16^{ème} ch. B, 23 mars 1995 : Loyers et copr. 1995, n° 324, note Ph.-H. Brault.

conclusion du contrat de tenir compte de celles-ci afin qu'elles ne portent pas préjudice au preneur au cours de l'exécution du contrat.

§2- Les normes affectant la destination contractuelle des lieux.

334. L'activité exercée dans le local commercial doit être compatible avec le règlement de copropriété⁵⁴⁵. En ce sens, il appartient au bailleur de sélectionner son candidat preneur afin que ce dernier exerce une activité n'allant pas à l'encontre des clauses du règlement de copropriété⁵⁴⁶. Le règlement de copropriété⁵⁴⁷ ne peut imposer une restriction aux droits des copropriétaires qui ne peut se justifier au regard de la destination de l'immeuble⁵⁴⁸. Par conséquent, il ne peut comprendre une clause de non-concurrence⁵⁴⁹, auquel cas, celle-ci serait nulle ou considérée non écrite⁵⁵⁰ comme portant atteinte au droit à la déspecialisation établie par le statut des baux commerciaux⁵⁵¹. De même, la clause d'enseigne est illicite si elle fait obstacle à la cession ou à la déspecialisation du bail⁵⁵². Dans le même ordre d'idée, le règlement de copropriété ne peut imposer l'exercice d'un seul type de commerce dans les locaux commerciaux⁵⁵³. Cette restriction des droits du propriétaire des lieux ne pourrait *a priori* se justifier au regard la destination de l'immeuble. Mais toute règle a son exception, et il ne paraît pas inconcevable d'envisager l'applicabilité d'une telle stipulation dès lors qu'elle

⁵⁴⁵ Sur la force obligatoire du règlement de copropriété lorsque le bail y fait référence : Civ. 3, 24 novembre 2004 : Pourvoi n° 03-14.430 ; D. 2005, n° 16, pan., p. 1100.

⁵⁴⁶ CA Paris, 23^{ème} ch., 16 décembre 1992 : Bull. Loyers 1993 n° 191 – CA Paris, 25^{ème} ch. B, 14 novembre 1997 : Bull. Loyers 1998 n° 110 – Civ. 3, 3 mars 1999, pourvoi n° X 97-14.392.

⁵⁴⁷ Ch. Atias, Le choix du commerce exploité dans un local en copropriété immobilière : Ann. Loyers n° 10, 2003, p. 2079.

⁵⁴⁸ Art. 8, loi n° 65-557 du 10 juillet 1965.

⁵⁴⁹ CA Versailles, 27 octobre 1981 : Rev. Loyers 1982 p. 62. Aubert, La déspecialisation et les clauses de non-concurrence dans les baux commerciaux : Defrénois 1973 p. 123.

Boccarda, Le projet de réforme du statut des baux commerciaux : la déspecialisation généralisée et les centres commerciaux, AJPI 1979, p. 5.

⁵⁵⁰ CA Paris, 23^{ème} ch. B, 9 décembre 1999 : RG n° 98/12.981 concernant une clause de non-concurrence dans le règlement d'un centre commercial non isolé.

⁵⁵¹ Art. L. 145-47 à L. 145-51 du Code de commerce.

⁵⁵² J. Aubert, La pratique de la clause « tout commerce » : Rev. Loyers 1990 p. 432. Levy et Cohen-Trummer, La clause d'enseigne : AJPI 1992, p. 840.

⁵⁵³ Civ. 3, 11 janvier 1983 : Bull. Civ. III n° 10.

Civ. 3, 11 janvier 1983 : Bull. Civ. III n° 10.

serait particulièrement justifiée. Les clauses limitatives de concurrence sont admises⁵⁵⁴ lorsque le commerce se situe dans un centre commercial excentré.

335. Le bailleur n'est pas tenu à l'égard du preneur de le garantir contre les troubles causés par les autres copropriétaires. Néanmoins, le règlement de copropriété établit la destination de l'immeuble, et par conséquent, des locaux dont il se compose. Certains sont à usage d'habitation et d'autres à un autre usage. Dans cette dernière hypothèse, il n'y a pas lieu de distinguer entre une activité professionnelle, administrative ou commerciale⁵⁵⁵ sauf stipulation expresse du règlement⁵⁵⁶. Le règlement de copropriété peut exiger des caractéristiques particulières du commerce exercé lorsque ces exigences peuvent être justifiées au regard de la destination de l'immeuble ou au contraire permettre l'exercice de tout commerce⁵⁵⁷. Néanmoins, lorsque le mode d'exploitation crée des nuisances considérables aux copropriétaires, il peut être reconnu incompatible avec la destination de l'immeuble⁵⁵⁸. Dans cette hypothèse, le bail est résiliable dans les mêmes conditions que lorsque la nature même du commerce exploité est incompatible avec le règlement de copropriété.

336. Une conduite conforme à la coutume. Selon l'article 490 du Code civil iranien : « Le preneur doit jouir de la chose louée d'un usage courant et habituel » selon l'article 951 du Code civil iranien « l'abus, c'est usage excessif de l'autorisation ou de la coutume sur un bien ou un droit appartenant à l'autrui. Le contraire c'est la cessation de toute action étant nécessaire maintien du bien d'autrui conformément au contrat ou à l'usage. Car, ce que le contrat exige, c'est respecter la volonté de la partie contractante et réaliser le contrat conclu. Si le contrat explique expressément la méthode ou la nature de la jouissance de la chose louée, le preneur s'engage à les respecter. Mais s'il n'y a pas un article exprès, il faut renvoyer le problème à la volonté du bailleur sur la base de laquelle le contrat a été conclu, sinon il faut s'adresser à la coutume. (Articles 224, 225 du Code civil iranien). Si le preneur commet

⁵⁵⁴ Civ. 3, 25 novembre 1980 : Bull. Civ. III, n° 184.

⁵⁵⁵ Comme précédemment, le changement d'activité exercée dans les lieux ne porte pas atteinte à la destination de l'immeuble telle qu'elle est présentée dans le règlement de copropriété. Cette destination doit répondre à l'usage légale du bien : CA Aix-en-Provence, 4^{ème} ch. A, 7 avril 1998 ; RG n° 94/10.530 – CA Paris, 23^{ème} ch., 26 novembre 1993 : Loyers et copr. 1994 n° 80.

⁵⁵⁶ Civ. 3, 10 décembre 1986 : Bull. Civ. III n° 179 – Civ. 3, 22 juillet 1987 : Bull. Civ. III n° 155 – CA Paris, 23^{ème} ch., 26 novembre 1993 : Loyers et copr. 1994, n° 80 – Civ. 3, 7 décembre 1994 : Loyers et copr. 1995, n° 124 ; RDIImm. 1995, p. 151, obs. Capoulade – CA Paris, 23^{ème} ch. B, 11 février 1999 : Loyers et copr. 1999, n° 224.

⁵⁵⁷ CA Paris, 23^{ème} ch. B, 29 mars 2001 : RG n° 00/00.182 : un immeuble à usage d'activité sans liste exhaustive de celles-ci peut accueillir une unité d'enseignement.

⁵⁵⁸ CA Aix-en-Provence, 4^{ème} ch. A, 10 septembre 1998 : RG n° 97/17.827.

l'abus et gaspillage de la chose louée et que le bailleur ne peut l'empêcher, il pourra résilier le contrat du bail.

Le preneur ne peut utiliser la chose louée que dans les limites du contrat le bail, car c'est la volonté de deux parties contractantes qui régit leurs relations. Le respect de cette volonté exige que les deux parties respectent leur accord. Mais si cette utilisation et ses limites n'ont pas été mentionnées au contrat, il faut les déduire des circonstances régissant les deux et de leur volonté tacite (partie 2 de l'article 490 du Code civil iranien)⁵⁵⁹

Si l'utilisation de la chose louée est déterminée au contrat de bail sans limites, le preneur peut l'utiliser de sorte que cette action soit équivalente au moins à celle mentionnée dans le contrat. (Article 491 du Code civil iranien)⁵⁶⁰. Mais si aucune utilisation n'est déterminée par le contrat du bail, le preneur sera libre de l'utiliser conformément à la coutume usuelle. Il sera considéré donc comme un homme de confiance et devra respecter l'intérêt du bailleur, sinon celui-ci aura droit de résilier le contrat du bail (Article 492 du Code civil)⁵⁶¹.

337. La compatibilité entre l'usage qu'il est fait des locaux commerciaux et la destination de l'immeuble recouvre un large contentieux. Les juges apprécient la destination de l'immeuble en fonction des clauses du règlement de copropriété mais également de la qualité et de la situation de celui-ci. La désignation des lieux est un indice de la destination du local. Les clauses du règlement de copropriété ne sont pas entendues dans leur sens littéral et font l'objet d'une interprétation *in concreto* par les juges⁵⁶². Il est important de prévenir ces litiges en insérant une clause au bail de respect du règlement de copropriété, sous réserve, bien entendu, que ce dernier ne comporte pas de stipulations contraires aux dispositions impératives du statut. Toujours est-il que le bailleur doit mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour prévenir les litiges pouvant naître entre le locataire et les autres

⁵⁵⁹ Article 952 : Dissipation dans le sens légal, c'est abandonner l'action étant nécessaire à la protection d'un bien appartenant à l'autrui conformément le contrat ou la coutume.

⁵⁶⁰ Article 220: Les actes conclus entre les deux parties contractantes engagent non seulement les deux parties à les respecter, mais aussi à tous les effets issues de l'acte conformément la loi ou la coutume.

⁵⁶¹ Article 224: Les mots employés par les actes sont traduits selon le sens coutumier. La conformité d'une chose avec la coutume de sorte que l'acte s'y retourne sans la mentionner expressément, c'est comme la mentionner à l'acte.

⁵⁶² CA Paris, 23^{ème} ch. A, 18 décembre 1991 : RDIImm. 1992, p. 241 – CA Paris, 23^{ème} ch., 25 novembre 1994 : Loyers et copr. 1995, n° 288 – CA Paris, 23^{ème} ch., 25 novembre 1994 : Loyers et copr. 1995, N° 288 – CA Paris, 23^{ème} ch. A, 16 mai 2001 : Loyers et copr. 2001, n° 244.

copropriétaires mais également entre les locataires des locaux de l'immeuble. Il s'agit davantage d'une question de « courtoisie » et de bonne foi plutôt qu'une obligation contractuelle au regard de sa qualité de bailleur, le bailleur, comme il a été écrit plus haut, ne peut garantir le preneur des troubles de fait pouvant naître entre ce dernier et des tiers. Pour autant, une telle obligation devrait pouvoir s'imposer au regard des articles 1134 et 1135 du Code civil français au même titre des l'articles 219 et 220 du Code civil iranien⁵⁶³. De plus, cette attitude du bailleur serait en conformité avec la réglementation de la copropriété. Celle-ci ne distingue pas les locaux commerciaux de l'ensemble immobilier concernant l'application des stipulations conventionnelles. Dès lors, les locaux commerciaux subissent le même sort que l'ensemble. Ils doivent en principe respecter toutes ces stipulations du règlement de copropriété. Il existe une dérogation à ce principe qui fait prévaloir les dispositions d'ordre public du statut sur les stipulations conventionnelles contraires. Mais, il est peu probable de faire annuler une stipulation du règlement de copropriété alors que ce document n'est pas repris en annexe du contrat de bail commercial.

338. Dans cette hypothèse, on pourrait considérer que ce document est inapplicable au bail commercial. Il n'en est rien. En effet, le règlement de copropriété précède le bail commercial et s'applique à l'ensemble des locaux de l'immeuble. Ne faudrait-il pas considérer qu'il s'agit d'une norme supérieure ayant vocation à s'appliquer au preneur quand bien même le bail ne fait aucune référence à celui-ci⁵⁶⁴ ? Un arrêt de la Cour de cassation française, semble retenir cette analyse sur le fondement que l'on ne peut transférer plus de droit que l'on en a⁵⁶⁵ .

Néanmoins, cette analyse doit être nuancée puisque d'un autre côté l'on sait que le statut des baux commerciaux prend le pas sur les stipulations conventionnelles du règlement de copropriété lorsque ces dernières sont en contradiction avec les dispositions impératives du statut. Par conséquent, il convient effectivement de conclure que le règlement de copropriété

⁵⁶³ Art. 219 du Code civil : « les conventions formée conformément à la loi sont obligatoires pour les parties contractantes et leurs ayants cause, à moins qu'elles n'aient été résiliés par lourd consentement mutuel ou pour une cause légale ».

Art. 220 du Code civil : «les conventions obligent les parties contractantes non seulement à ce qui y est formellement exprimé, mais encore à toutes les suites qui en découlent, d'après la coutume ou la loi ».

⁵⁶⁴ Civ. 3, 18 novembre 1992 : Loyers et copr. 1993, n° 68. Contra : Ch. Atias, Inexistence et inapparence (ou l'art et la manière de rétablir la légalité) : Defrénois 05/2006, n° 38342, p. 374 et suiv. Concernant l'arrêt Civ. 3, 24 mai 2005, pourvoi n° 04-11812, inédit, Voir spéc. N° 4.

⁵⁶⁵ Civ. 3, 18 novembre 1992 : Loyers et copr. 1993, n° 68. Cl. Calori, L'adage Nul ne peut transférer plus de droit que l'on en a soi-même, p. 251 in Mélanges DEA, Recherches et travaux, n° 2, Cahiers des Ecoles Doctorales, Faculté de Droit de Montpellier, novembre 2001.

ne constitue pas une norme supérieure s'imposant aux parties au bail commercial, mais simplement une limitation des droits du bailleur qui, sur le principe *nemo plus juris ...*⁵⁶⁶, ne permet pas au preneur d'y déroger. Dès lors, peu importe que le règlement de copropriété fasse l'objet d'une clause au contrat de bail. Il s'impose aux parties, directement au bailleur en raison de sa qualité de copropriétaire, et indirectement au preneur en raison du fait que celui-ci détient ses droits sur la chose par l'intermédiation du bailleur.

339. Il faut noter que l'activité et son exercice doivent être compatibles au règlement de copropriété au moment de la conclusion du contrat de bail⁵⁶⁷. Les copropriétaires ne peuvent, par une décision à la majorité, porter atteinte aux droits du bailleur copropriétaire en insérant par la suite une clause venant limiter ses droits et notamment le type d'activité qu'il est possible d'exercer dans le local⁵⁶⁸.

En réalité, il s'agit, dans l'hypothèse d'un conflit, de mettre en œuvre la responsabilité directe du bailleur pour les faits commis par le preneur, pourtant, ce raisonnement devient particulièrement compliqué quand il s'agit, par exemple, d'un conflit entre deux commerçants preneurs à des locaux commerciaux issus du même ensemble immobilier. Dans un souci de simplicité, n'est-il pas préférable de leur reconnaître une action directe l'un contre l'autre ? En effet, ceci est possible mais sur la théorie des troubles du voisinage uniquement. On constate également que les copropriétaires ou le syndicat de copropriété peuvent agir directement lorsque le bail est illicite au regard des dispositions du règlement de copropriété. La jurisprudence admet même parfois l'usage de l'action oblique⁵⁶⁹. Comme dans bien des litiges, il est toujours préférable de prévenir ceux-ci que de devoir les résoudre. En ce sens, le bailleur doit « garantir » son locataire en tenant compte scrupuleusement des règles de la copropriété dans le cadre du contrat de bail commercial. A cette fin, il peut également prémunir tant les autres copropriétaires que les locataires de l'immeuble en restreignant le champ de commercialité des locaux par la rédaction d'une clause de destination contractuelle précise. Par conséquent, et ce en toute hypothèse, il est vivement recommandé de rédiger une clause

⁵⁶⁶ *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.*

⁵⁶⁷ CA Paris, 16^{ème} ch. A, 14 février 2007 : AJDI 2007, p. 658 sur le manquement par le bailleur à son obligation de délivrance dans le cadre d'un refus de travaux de la copropriété à l'encontre du locataire.

⁵⁶⁸ CA Paris, 23^{ème} ch. B, 29 mars 2001 : RG n° 00/02.303 sur une clause venant réduire le nombre d'activités qu'il était possible d'exercer dans l'immeuble par une décision à la majorité alors que le règlement de copropriété initial permettait l'exercice de ces activités.

⁵⁶⁹ Art. 1166 du Code civil français : Civ. 3, 14 novembre 1985 : Bull. Civ. III, n° 143 ; D. 1986 p. 368, note Aubert – CA Paris, 10 mars 1992 : Administrer mai 1993, p. 45. au même titre selon l'article 292 ali. 3 du Code civil iranien : « lorsque le créancier cède sa créance à un tiers ».

de destination des locaux de manière très explicite et pragmatique au regard des circonstances qui font l'environnement du local commercial.

340. En somme, le preneur doit respecter la destination des lieux. En outre, il convient de tenir compte de la désignation et de la distribution des lieux⁵⁷⁰. Le preneur est dans l'impossibilité de modifier l'affectation matérielle et fonctionnelle des locaux conformément à l'article 1728 du Code civil français, au même concept, selon l'article 490 du Code civil iranien⁵⁷¹. Lorsque des locaux sont affectés spécifiquement à un usage d'habitation et que cet usage est repris dans la destination contractuelle du local, le preneur ne peut pas s'en servir pour un autre usage. Néanmoins, un appartenant peut faire l'objet d'un bail commercial dès lors qu'il est maintenu dans son usage d'habitation⁵⁷². Dans cette hypothèse, « *l'expression « locaux à usage commercial » appliquée à l'ensemble signifie seulement dans ce contrat que le bail était commercial pour le tout et non que le pavillon d'habitation était désormais affecté à un usage commercial et non plus d'habitation* »⁵⁷³.

Sous section 2 - Le problème de résultant d'une déspecialisation de l'activité⁵⁷⁴.

341. Les parties peuvent demander d'un commun accord de modifier le bail et permettre une déspecialisation contractuelle des activités du preneur. Cependant, le statut des baux commerciaux comporte des dispositions d'ordre public concernant la déspecialisation.

⁵⁷⁰ Civ. 3, 24 juin 1992 : Bull. Civ. III n° 221 – CA Lyon, 25 janvier 1996, Rev. Huissiers 1997, p. 594, note M.-P. Dumont. La même observation s'applique aux hypothèses de déspecialisation.

⁵⁷¹ La modification matérielle des locaux n'ayant pas été autorisée préalablement par le bailleur, le preneur doit être condamné à la remise en l'état des locaux : Soc., 9 juin 1966 : Bull. Civ. IV n° 573. Voir également : Civ. 1, 24 juin 1964 : Bull. Civ. I n° 337, et Civ. 3, 9 janvier 1979 : Bull. Civ. III n° 6.

⁵⁷² Civ. 3, 4 décembre 1961 : D. 1962, p. 87 – Soc., 11 février 1967 : D. 1967, p. 550 ; JCP N 1967. II. 15258, note R. D. – Civ. 3, 28 avril 1971 : AJPI 1972, p. 25, note J. Viatte – Civ. 3, 11 février 1987 : Rev. Loyers 1987, p. 217 – Civ. 3, 1^{er} octobre 1997, Société Établissements Bellemont Voyages Polo c/ Mazo : Juris-Data ; JCP E 1997, pan. 1172.

⁵⁷³ CA Paris, 3 février 1999 : D. 1999. AJ. 751, obs. Y. R. ; Voir aussi, JCP E 2000. 224, note J. Monger.

⁵⁷⁴ P. Pereira-Osof, Sur les conséquence du refus opposé par le bailleur à la demande de déspecialisation du preneur partant à la retraite : Loyers et copr. Juillet 2007, n° 149, à propos de CA Paris, 16^{ème} ch., sect. A, 17 janvier 2007, Sté immobilière Lapa c/ Guy S. : Juris-Data n° 329487.

La jurisprudence est sévère en la matière et fait une application stricte des textes⁵⁷⁵. La désécialisation⁵⁷⁶ dictée par le statut peut être restreinte ou plénière⁵⁷⁷.

342. La désécialisation est dite restreinte lorsque le preneur adjoint à son activité principale des activités connexes ou complémentaires à celles visées par le contrat de bail commercial⁵⁷⁸. Le bailleur peut s'opposer à cette désécialisation en démontrant l'absence de connexité ou de complémentarité de l'activité⁵⁷⁹. On parle également d'activité incluse⁵⁸⁰. Ce caractère de l'activité relève de l'appréciation des juges du fonds⁵⁸¹. Cependant, il est possible de s'interroger sur la validité d'un refus du bailleur. La désécialisation restreinte semble apparaître comme un droit du preneur⁵⁸².

343. Néanmoins, il convient de relever un arrêt sanctionnant l'absence d'autorisation préalable par le bailleur à une désécialisation restreinte et engageant dès lors la responsabilité du preneur à l'égard du bailleur pour manquement à ses obligations contractuelles⁵⁸³. Il est important, par conséquent, de rédiger précisément une clause au bail concernant les activités autorisées dans le local afin que la responsabilité du bailleur ne soit pas engagée à l'égard des autres copropriétaires suite à une déspecialisation restreinte qui irait à l'encontre des stipulations du règlement de copropriété. Peu importe la part de la nouvelle activité dans le cadre de l'exploitation. Celle-ci reste restreinte dès lors que l'ancienne activité

⁵⁷⁵ V. M. Châhidi, Obligation disparé, journal université Chahid beheshti, Rvu, 2^{ème} éd. 1991. aussi V. Civ. 3, 19 mai 2004 : J. Moneger, Bail commercial. Désécialisation et augmentation de loyer, in RTD Com. 01-03/2005, n° 4 p. 5328 ; D. 2004. 1669, note Y. Rouquet ; Loyers et copr. 2004, n° 368, p. 27, obs. B. Bocarra et D. Lipman-Bocarra n° 1 ; JCPE 2004. II. 1193, note M. Keita.

⁵⁷⁶ Brault, La destination des lieux et la désécialisation : AJPI 1992, p. 190. Luck, Baux commerciaux et désécialisation : Rev. Huiss. 1992, p. 177.

⁵⁷⁷ Archeveque, Legrand et De Belot, La loi du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux : Gaz. Pal. 1971, II, doct. P. 590. Azema-Meunier, Commentaire de la loi du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux : Rev. Loyers 1972, p. 5. Bocarra, La loi du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux : JCP 1972, chron. 54. Lejeune, Analyse des solutions jurisprudentielles quant aux conséquences des changements apportés par le preneur au commerce prévu par le bail, « substitut » ou simple « adjonction » d'une autre activité : AJPI 1960, p. 153.

⁵⁷⁸ Pour des exemples d'activités connexes ou complémentaires : Voir, J.-P. Blatter, Les baux commerciaux, op. cit., n° 11, pp. 353 à 356.

⁵⁷⁹ Civ. 3, 18 mai 1971 : JCP 1972. II. 16974, obs. P.L.

⁵⁸⁰ Civ. 3, 26 janvier 1994 : Rev. Loyers 1994, p. 240.

⁵⁸¹ Civ. 3, 4 mars 1992 : Bull. Civ. III n° 69 – Civ. 3, 3 avril 1996 : Rev. Loyers 1996, p. 294.

⁵⁸² Cependant, ce droit ne justifie pas que le preneur effectue des travaux sur l'immeuble afin d'adapter ce dernier à l'exercice de ses nouvelles activités. Dans ce cas, l'accord du bailleur est nécessaire sauf clauses contraires. Voir en ce sens, l'acquisition d'une clause résolutoire pour manquement par le preneur à ses obligations contractuelles : Civ. 12^{ème}, 13 juin 2006 : Bull. ministère de la justice. Téhéran, n° 29 ; D. 2007, p. 47.

⁵⁸³ Civ. 3, 24 octobre 1990 : Bull. Civ. III n° 197 ; JCP N 1991. II. p. 107 : « Toute extension de la destination des lieux, même limitée à une activité connexe ou complémentaire, réalisée sans autorisation préalable du bailleur, à défaut du tribunal... (constitue) un manquement du preneur à ses obligations ... ».

Voir également pour la sanction d'une déspecialisation irrégulière par la mise en œuvre d'une clause résolutoire : civ. 3, 28 mai 2003 : Juris-Data n° 019192 ; Bull. Civ. III n° 116, p. 104 ; D. 2003, p. 1764, obs. Y. Rouquet ; JCP E 2004. II. 474, p. 518, note L. Morlet.

est maintenue. Cependant, la nouvelle activité ne doit pas avoir un caractère accessoire (ou encore appelé annexe) au regard de l'activité initiale⁵⁸⁴. Ceci est l'un des points prévus par le législateur et peut causer le congé, mais comme la détermination de la nouvelle activité et l'activité initiale est sous la discrétion du tribunal, ceci peut créer des divergences d'opinions entre les différentes instances⁵⁸⁵.

344. Dans cette hypothèse, on n'est pas dans le cadre d'une désécialisation mais d'un prolongement de l'activité initiale⁵⁸⁶. Le caractère complémentaire ou le lien de connexité s'apprécie *in concreto*⁵⁸⁷. Il est donc difficile de dégager une ligne directrice générale. Pourtant, on peut relever que la jurisprudence s'attache notamment à l'identité de la clientèle⁵⁸⁸ et à la similitude de produits⁵⁸⁹. Par exemple, une boucherie peut commercialiser de nouveaux produits entrant dans l'activité⁵⁹⁰, mais elle ne peut se désécialiser par l'adjonction d'une activité de charcuterie⁵⁹¹. Il en est de même pour une activité de restauration dans un café⁵⁹² alors que cette activité peut être exercée par un traiteur⁵⁹³. En Iran dans certains cas, l'accord de la mairie est aussi obligatoire pour approuver la nouvelle profession⁵⁹⁴. Dans tous les cas, les usages peuvent faire obstacle à ces règles⁵⁹⁵. Ainsi, les

⁵⁸⁴Civ. 3, 24 octobre 1984 : Bull. Civ. III n° 174 ; JCP 1985. II. 20474, note Boccarda; Rev. Loyers 1985 p. 84; RDImm. 1985 p. 294, obs. Derruppe et Briere de L'Isle. Exemple sur la délimitation de l'activité de « boucherie traditionnelle, charcuterie, fromages » : CA Paris, 16^{ème} ch. A, 23 novembre 2005 : AJDI 04/2006, p. 281.

⁵⁸⁵V. M. R. Fallah. Fixité et affirmation dans condition bailleur et locataire, 2^{ème} livre, n° 97, p. 218.

⁵⁸⁶Exemples d'activités annexes: Com., 25 janvier 1955 : Bull. Civ. III n° 39 sur la vente de produits de beauté à un salon de coiffure – T. com. Seine, 22 octobre 1959 : GAZ. Pal. 1960, I, p. 92 sur la vente de télévision à une activité de vente d'appareils de radio – CA Rennes, 19 février 1960 : Gaz. Pal. 1960 I, somm. p. 36 sur une activité de brasserie dans un café-restaurant – T. com. Paris, 21 avril 1992: JCP N 1993, n° 253, p. 290, obs. Moneger sur une activité de délavage à une activité de blanchissage – CA Paris, 16^{ème} ch. A, 1^{er} juin 2005, Aff. N° 03-14252 : BRDA 19/2005, p. 7 sur la faculté de vente de boissons non alcoolisées dans une boulangerie.

Contra, ne sont pas des activités annexes : Com., 15 février 1965: D. 1965, p. 367 ; Rev. Loyers 1965, p. 14, pour une activité de traiteur dans un commerce d'alimentation – CA Paris, 16^{ème} ch. B, 18 mai 1989: JCP N 1990. II. 196, sur la confection de clés dans une cordonnerie – CA Metz, 23 octobre 1992 : JCP N 1993. I. 253, p. 289, obs. Moneger, sur la vente et la location de matériel de ski et de camping pour un bazar.

⁵⁸⁷Appréciation laissée au pouvoir souverain des juges du fonds : civ. 3, 13 février 1973 Bull. Civ. III n° 81, Ann. Loyers 1973, p. 1623. L'activité autorisée de petite restauration sans cuisson interdit le réchauffage d'aliments : CA Paris, 16^{ème} ch. B, 5 avril 2007 : AJDI 2007, p. 840.

⁵⁸⁸Civ. 3, 24 octobre 1984 : Bull. Civ. III n° 174.

⁵⁸⁹T. civ. Seine, 22 mai 1967 : Rev. Loyers 1967, p. 446 sur la vente de disques dans une librairie.

Contra: T. civ. Seine, 17 octobre 1966: JCP 1967. II. 15190, note Boccarda sur la vente de radiotélévisions dans un magasin d'appareils ménagers.

⁵⁹⁰Civ. 3, 19 juin 1970: JCP 1970. IV. 208: Bull. Civ. III n° 431 – CA Paris, 1^{er} décembre 1987 et 12 janvier 1988: Bull. Inf. C. cass. du 1^{er} mai 1988, p. 23.

⁵⁹¹CA Paris, 16^{ème} ch. A, 5 janvier 1988: JCP N 1988. II. 232 – Civ. 3, 26 novembre 1991: Loyers et copr. 1992 n° 69.

⁵⁹²CA Paris, 17 avril 1986: Loyers et copr. 1986, n° 245; JCP 1987. IV. 334 – CA Paris, 13 mars 1990: D. 1990. IR. p. 1982.

⁵⁹³CA Paris, 6 janvier 1988 : Loyers et copr. 1988 n° 122; D. 1988. IR. p. 34.

⁵⁹⁴La bureau juridique du ministre de la justice, n° 7/4314, Téhéran, 15 sep. 1996 : «Selon alinéa 7 de l'article 14 de la loi de 1977, le changement de profession est un motif valable du congé, sauf si la nouvelle activité est

cafés peuvent avoir une activité de « petite restauration »⁵⁹⁶. En Iran les vendeurs de petits déjeuner traditionnels, n'ont pas d'activité par défaut les midis et les soirs, ce qui n'est pas très convenable, ils peuvent vendre donc d'autres types de repas après les horaires du petit déjeuner. Il faut noter également qu'un impératif d'alignement sur la concurrence est un motif légitime d'adjonction d'une nouvelle activité⁵⁹⁷.

345. Le preneur doit faire connaître au bailleur son intention d'effectuer une déspecialisation restreinte par acte extrajudiciaire, en indiquant les activités dont l'exercice est envisagé. Ce dernier peut s'opposer à la déspecialisation dans les deux mois lorsqu'il apparaît que la nouvelle activité envisagée ne répond pas à l'impératif de complémentarité ou de connexité à l'activité initiale. L'absence d'opposition du bailleur vaut acceptation⁵⁹⁸. Dans l'hypothèse d'une déspecialisation partielle, les tiers ne peuvent pas contester les droits du preneur en lui opposant un engagement pris par le bailleur. La déspecialisation restreinte est un droit du preneur⁵⁹⁹. Dès lors, les clauses d'exclusivité comprises dans un bail commercial⁶⁰⁰ ou un règlement de copropriété⁶⁰¹ sont inopposables au preneur. La responsabilité du bailleur à l'égard des tiers ne peut être engagée puisque le droit à la déspecialisation partielle du preneur est assimilé à un cas de force majeure et plus précisément au fait du Prince. Les autres locataires du bailleur peuvent envisager une action financière⁶⁰² à l'encontre du bailleur puisque les circonstances environnant leur contrat de bail commercial ont été modifiées.

346. Néanmoins, la théorie de l'imprévision étant rejetée en droit privé, ces jurisprudences sont quelque peu critiquables. Le changement d'activité peut être total. Dans ce cas, on parle de déspecialisation plénière. En Iran les locataires, se rendent au tribunal pour

généralement considérée comme semblable à l'activité initiale ; le locataire doit donc obligatoirement choisir une activité semblable à celle d'origine, qui n'est pas considérée comme une activité dérangeante par la mairie».

⁵⁹⁵CA Paris, 20 novembre 1973: Rev. Loyers 1974, p. 273 sue le service d'un buffet pour un marchand de vins-cafetiers – CA Versailles, 21 février 1991 : JCP E 1992, pan. 1302; RDImm. 1990, p. 260, obs. Derruppe, sur la distribution de denrées alimentaires par les stations-service – CA Paris, 11 décembre 1991: Loyers et copr. 1992, n° 260 sur la possibilité à Paris pour une boucherie d'adjoindre à son activité celle de charcuterie en raison des usages.

⁵⁹⁶CA Paris, 16^{ème} ch. A, 5 janvier 1993: D. 1993, p. 121.

⁵⁹⁷JCP N 1992, prat. 2359, p. 495, obs. Moneger, Baux commerciaux.

⁵⁹⁸Civ. 3, 1^{er} mars 1995 : JCP 1995. IV. 1040 ; Loyers et copr. 1995, n° 283 ; Gaz. Pal. 1995, 2, pan. Jurisprudence, p. 212.

⁵⁹⁹Civ. 3, 12 juillet 2000 : Bull. Civ. III n° 139; JCP 2000. IV. 2538; Juris-Data n° 002876.

⁶⁰⁰Civ. 3, 18 mai 1971 : JCP 1971. IV., p. 163 – Civ. 3, 24 octobre 1985 : JCP 1985. II. 20474, note B. Bocarra.

⁶⁰¹Civ. 3, 18 mai 1971 : JCP 1972. II. 16974.

⁶⁰²Sur une demande en diminution du loyer : TGI Seine, 10 mai 1967 : Ann. Loyers 1968, p. 748 ; Rev. Loyers 1967, p. 341, note J. Viatte.

obtenir ces autorisations, pour enlever toute possibilité du congé au propriétaire. En plus des considérations sur la ressemblance des activités, dans les quartiers où une profession est dominante, il faut étudier la convenance de la nouvelle activité plus minutieusement.

347. La déspecialisation plénière⁶⁰³ est envisagée dans le cadre de l'article L. 145-48 du Code de commerce. Il faut noter préalablement à tout autre développement sur ce sujet qu'il est interdit d'effectuer une déspecialisation plénière en vertu de l'article L.145-48 du Code de commerce pour le premier locataire pendant le premier bail de neuf ans, lorsque ce dernier est installé dans un ensemble commercial. La déspecialisation plénière s'apparente à un changement total d'activité. De la même façon en Iran, selon alinéa 7 de l'article 14 de la loi de 1977, si la nouvelle profession est semblable avec celle d'origine, le propriétaire n'obtiendra pas de congé. Elle est subordonnée à l'accord du bailleur⁶⁰⁴. Elle doit être rendu nécessaire par la conjoncture économique⁶⁰⁵ et au regard de l'organisation rationnelle⁶⁰⁶ de la distribution⁶⁰⁷. Elle ne peut se justifier uniquement dans le but d'accroître la rentabilité économique de l'exploitation⁶⁰⁸. Les juges apprécient souverainement la condition de nécessité de la déspecialisation⁶⁰⁹. A défaut d'accord du bailleur, il leur appartient de délivrer ou non⁶¹⁰ cette autorisation⁶¹¹ de déspecialisation. Enfin, elle doit être « *compatible avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier* »⁶¹².

⁶⁰³La déspecialisation organisée par l'article L. 145-51 du Code de commerce afin de faciliter la cession du fonds ou du bail à un tiers lorsque le preneur souhaite prendre sa retraite obéit au même régime qu'énoncé à l'article L. 145-48.

⁶⁰⁴Thomas-Degouy, L'autorisation préalable du bailleur ou du juge : condition préalable et indispensable à la déspecialisation: AJPI 1971, p. 539. en principe, l'accord du bailleur doit être exprès. Cependant, l'accord peut être tacite lorsque l'activité s'exerce au vu et au su du bailleur et que ce dernier n'a émis aucune protestation : Soc., 26 décembre 1946 : Rev. Loyers 1947 p. 119 – Com., 19 juin 1950: Bull. Civ. III n° 219.

⁶⁰⁵Sur un marché saturé : CA Versailles, 14 juin 1990 : Administrer novembre 1990, p. 51 – Civ. 3, 24 juin 1992 : Loyers et copr. 1993, n° 143 ; Administrer février 1993, p. 20 note J.-D. Barbier – Civ. 3, 8 juin 1995 : JCP N 1995. II. P. 1696.

⁶⁰⁶Civ. 3, 4 novembre 1993 : Rev. Loyers 1993, p. 37.

⁶⁰⁷Il s'agit de conditions cumulatives : CA Paris, 1^{er} ch. A. urg., 22 février 1990 : JCP N 1991. II. p. 132.

⁶⁰⁸CA Paris, 1^{er} ch. A, 22 février 1990 : JCP N 1991. II. p. 132; Loyers et copr. 1990, p. 272.

⁶⁰⁹Civ. 3, 24 janvier 2001 : AJDI 2001, p. 366.

⁶¹⁰Civ. 3, 26 octobre 1977: Gaz. Pal. 1978, I, pan. 13 Loyers et copr. 1978, n° 62 – Civ. 3, 4 novembre 1992 : Rev. Loyers 1993 p. 37.

⁶¹¹Civ. 3, 4 mars 1992: Bull. Civ. III n° 69 ; JCP 1992. IV. 1327 ; Administrer 08-09/1992. 33; RDImm. 1992, p. 551, obs. Derruppe et Briere de L'Isle – Civ. 3, 24 juin 1992: Bull. Civ. III n° 221; RDImm. 1992. 552, obs. Derruppe et Briere de L'Isle; JCP N 1993, n° 253 p. 290, obs. Moneger; Administrer 02/1993 p. 20, note Barbier – Civ. 3, 8 juin 1995: RDImm. 1995 p. 604, obs. Derruppe.

⁶¹²Art. L.145-48 du Code de commerce (anc. Art. 34-1 D. 1953) : CA Paris, 26 septembre 1980 : Loyers et copr. 1980, n° 396. M.-P. Dumont, Dalloz Rép. Com., V° . Baux commerciaux, 2003, n° 193 ; B. Grosset et Ph. Bihr, Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitations, baux commerciaux : PUF 2^{ème} éd. 2002, n° 840.

348. En principe, les droits des tiers ne peuvent intervenir dans l'appréciation de la légitimité de la déspecialisation du preneur⁶¹³. Cependant, le règlement de copropriété fait exception⁶¹⁴. En effet, le bail s'inscrit dans le prolongement des droits du copropriétaire qui sont en partie encadrés par le règlement de copropriété⁶¹⁵. Dès lors, les intérêts de la copropriété doivent être pris en compte dans l'appréciation de la légitimité de la déspecialisation du preneur. Il apparaît en pratique que les juges prennent davantage en compte les conditions de vie des occupants⁶¹⁶ que les caractéristiques et la destination de l'immeuble même, alors que l'ensemble de ces éléments doivent être pris en compte par les juges⁶¹⁷. En revanche, le droit de reprise des locaux par le bailleur constitue un motif légitime de s'opposer à la déspecialisation. Il en est de même lorsqu'il lui incombe d'exécuter des travaux relatifs à une opération de restructuration immobilière.

349. Le locataire doit effectuer une demande de déspecialisation plénière requérant l'accord du bailleur⁶¹⁸ par acte d'huissier de justice. Celle-ci doit mentionner très précisément l'activité envisagée et les motifs du changement d'activité. De même, le locataire doit informer l'ensemble des créanciers inscrits sur le fond de sa demande de déspecialisation. En France, le bailleur dispose de trois mois pour prendre position sur la demande. Il doit préalablement avoir informé les autres locataires de l'immeuble auxquels il avait consenti des conditions particulières d'exercice de leur activité, telles que, par exemple, des clauses d'exclusivité. Ceux-ci ont un mois pour se manifester après réception de la notification du bailleur. L'information des tiers est rendue nécessaire afin de préserver leurs intérêts et de leur permettre de demander des garanties ou des conditions nouvelles de leur contrat ou de l'exercice de la nouvelle activité par le locataire effectuant la déspecialisation. Chacun peut

⁶¹³Civ. 3, 9 janvier 1969 : Bull. Civ. III n° 32 – Civ. 3, 13 février 1969: Bull. Civ. III n° 132 – Ass. Plén., 26 janvier 1973 : Bull. Civ. ass. Plén. N° 2; JCP 1973. II. 17462, obs. Boccara.

A. Solal, Les modifications apportées par la loi du 16 juillet 1971 à la situation des créanciers inscrits en cas de déspecialisation : AJPI 1972 p. 607. Viatte, La déspecialisation et l'intérêt des tiers: Rev. Loyers 1972 p. 452.

⁶¹⁴Le règlement de copropriété ne saurait faire obstacle à l'application du statut des baux commerciaux: civ. 3, 10 décembre 1986: Bull. Civ. III n° 179; JCP 1987. II. 20801, note Boccara; D. 1987 p. 147, note Giverdon. En revanche, le juge ne saurait autoriser une déspecialisation qui va à l'encontre de la destination des lieux telle que définie dans le règlement de copropriété: CA Paris, 26 septembre 1980: Loyers et copr. N° 396 ; CA Pau, 3^{ème} ch., 6 septembre 1994 ; JCP 1995, IV. 432.

⁶¹⁵M. Kharazi, Inexistence et inapparence, puf droit fonds de commerce en Iran, journal bureau d'avocat, Rvu, n° 135, p. 56.

⁶¹⁶CA Paris, 3^{ème} ch., 6 septembre 1994 : Loyers et copr. 1995 n° 225.

⁶¹⁷Civ. 3, 24 juin 1992: Bull. Civ. III n° 221.

⁶¹⁸Sur l'accord du bailleur pour une déspecialisation plénière ; à défaut d'autorisation, il s'agit d'un motif de résiliation : Civ. 3, 18 mars 1998, Bull. Civ. III n° 66 ; Juris-Data n° 001256 – Civ.3, 5 juin 2002 : Bull. Civ. III n° 126 ; Juris-Data n° 014572 ; JCP 2002 IV. 2289 – civ. 2289 – civ. 3, 28 mai 2003 : Bull. Civ. III n° 116 ; JCP 2003 IV. 2296, Juris-Data n° 019192.

intervenir volontairement à l'instance afin que ses intérêts soient ménagés. La déspecialisation peut de plus nécessiter des travaux. Les juges ne peuvent permettre l'exécution de ceux-ci par le preneur s'ils ne sont pas autorisés par le bail⁶¹⁹.

350. En Iran, cette notification sur demande n'existe pas, et ceci est fait par le conseil juridique en présentant les motifs, le propriétaire se rend au tribunal avec la décision motivé du conseil juridique et demande la mise en congé du contrat. Ensuite c'est le tribunal qui décide si la nouvelle profession est semblable à la profession initiale, et ordonne le congé le cas échéant. Le déroulement de ce procédé est un des points divergeant des deux lois.

Sous section 3 – Des peines sanctionnent le non-respect de la destination contractuelle des lieux.

351. La violation de la destination contractuelle des lieux est sanctionnée soit par le fondement d'une clause du bail lorsque celle-ci est prévue⁶²⁰, soit au regard des dispositions de droit commun comprises dans les Code civil⁶²¹. Elle est caractérisée dès lors que le preneur fait un usage de la chose qui n'est pas en conformité avec les clauses du bail. Il en est ainsi lorsque la destination effective des lieux est modifiée soit pour des raisons fonctionnelles soit

⁶¹⁹Civ. 3, 24 juin 1992 : Loyers et copr. 1993, n° 143; AJPI 1993, p. 853, obs. Blatter.

⁶²⁰ L'infraction à la destination des lieux peut être sanctionnée par une clause résolutoire. De plus, le locataire ayant commis une faute ne peut prétendre à son droit au versement d'une indemnité d'éviction : CA Paris, 16^{ème} ch. B, 10 juin 2005, Aff. N° 2003-01328 : AJDI 12/2004, p. 887.

⁶²¹Art. 1184 du Code civil, art. 1147 du Code civil, Art. 1729 du Code civil, ce dernier a été modifié par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance. Le but de cette modification était de permettre la résiliation de plein droit du bail par le bailleur en cas de troubles du voisinage constaté par une décision de justice passée en force de chose jugée. Cette mesure semble concerner uniquement les locaux d'habitation et les copropriétés au regard des travaux parlementaires, mais son insertion dans un texte de portée générale laisse présager le contraire. Voir B. Vial-Pedroletti, in art. Lois du 5 mars 2007 : incidences sur les baux d'habitation : Loyers et copr. 05/2007, p. 7 et suiv. Spéc. p. 9. Au même titre selon l'article 227 du Code civil iranien : « En cas d'inexécution de l'obligation le débiteur sera condamné à payer des dommages et intérêts, à moins qu'il ne prouve que l'exécution provient d'une cause étrangère que ne saurait lui être imputée ». Et art. 492 du Code civil iranien : « Si le preneur utilise la chose louée dans les cas non prévus par le contrat du bail ou au contraire des circonstances sans qu'on puisse l'empêcher, le3 bailleur aura droit de résilier le contrat ».

pour des raisons structurelles. Le bail encourt la résiliation par le bailleur⁶²². Ce dernier peut également procéder à la résiliation du bail lorsque l'usage, fait par le preneur, des locaux lui cause un préjudice⁶²³. On peut donc voir une ressemblance parfaite entre les lois française et les lois iraniennes.

Il convient de rappeler que les parties peuvent convenir d'un commun accord de modifier la destination contractuelle des lieux⁶²⁴. Cette faculté leur est ouverte sur le principe de la liberté contractuelle, laquelle reste limitée aux dispositions d'ordre public qui trouveraient à s'appliquer à l'espèce. De plus, il faut relever que le bail commercial conclu entre un bailleur propriétaire d'un ensemble immobilier commercial et un preneur commerçant est soumis à la surveillance de la Commission départementale d'équipement commercial.

352. Lorsque l'activité du preneur est illicite et inscrite dans le bail, celui-ci est nul. En revanche, lorsque c'est l'usage que fait le preneur du local qui vient en violation des stipulations du bail, ce dernier est résiliable⁶²⁵. Cette situation est également sanctionnable par la mise en œuvre de la clause résolutoire⁶²⁶. Le non-respect de la destination des lieux ouvre la possibilité au bailleur de résilier le bail et il constitue un motif légitime de non-renouvellement de celui-ci⁶²⁷. Pour autant, il convient de relever que la violation de la destination des lieux ne doit pas être insignifiante au regard des rapports des parties et de l'activité exercée. Ainsi, à défaut de l'existence d'un préjudice quelconque dans le rapport contractuel ou à l'égard des tiers, il a été jugé que la faute commise ne saurait justifier la résiliation du bail⁶²⁸. Cette jurisprudence reste à confirmer au regard des nouvelles dispositions des l'articles 1729 du Code civil français et 492 du Code civil iranien. La passivité du bailleur est insuffisante pour caractériser son consentement à une modification de

⁶²² CA Paris, 16^{ème} ch. B, 8 mars 2007 : AJDI 2007, p. 658 sur l'appréciation de la gravité du manquement. La violation de la destination des lieux constitue également un motif légitime de non renouvellement du bail : Civ. 3, 27 juin 2007 : D. 2007, n° 29, p. 2038, obs. G. Forest.

⁶²³ Civ. 3, 25 janvier 2006 : AJDI 04/2006, p. 279, obs. C. Denizot sur la mise en oeuvre de la clause résolutoire venant sanctionner un usage contraire à la destination des lieux.

⁶²⁴ CA Paris, 16^{ème} ch. A, 21 mars 2007 : AJDI 2007, p. 840 sur l'accord du bailleur à l'usage mixte alors que la destination initiale stipulée au bail était purement commerciale.

⁶²⁵ Civ. 1, 24 juin 1964 : Bull. Civ. I n° 337 – Civ. 3, 14 octobre 1980 : D. 1981. IR. p. 55.

⁶²⁶ Civ. 3, 13 octobre 1999 : AJDI 1999, p. 1162.

⁶²⁷ Ass. Plén., 3 mai 1956 : Bull. Civ. ass. Plén. N° 1; JCP 1956. II. 9345, note J. G. L.; Rev. Loyers 1956, p. 337 – Com. 16 février 1960 : D. 1960, somm. 86 – Com., 26 février 1962 : Bull. Civ. IV n° 123 – Com., 9 octobre 1963 : Rev. Loyers 1963 p. 30 – Civ. 3, 13 février 1970 : Bull. Civ. III n° 113 – Civ. 3, 11 juin 1976 : Bull. Civ. III n° 255. Civ. 3, 5 décembre 1984 : Loyers et copr. 1985, n° 185 – Civ. 3, 24 octobre 1990 : JCP N. 1991. II., p. 186; AJPI 1990, p. 509 – Civ. 3, 10 janvier 1995 : Rev. Huiss. Mars 1995, p. 350 – Civ. 3, 14 juin 2006 : D. 2006, p. 1817, obs. Y. Rouquet : « seule l'exploitation effective de l'activité autorisée dans le lieu loué donne droit au renouvellement ».

⁶²⁸ CA Paris, 16^{ème} ch. A, 1^{er} juin 2005, aff. N° 2003-14252 : BRDA 19/2005, p. 7.

la nature du bail ou à un changement de destination des lieux⁶²⁹. En revanche, lorsque l'absence de contestation du bailleur s'accompagne d'actes positifs manifestant une volonté non équivoque⁶³⁰, le consentement du bailleur à la modification effectuée par le preneur est retenu par les juges. Le bailleur a la possibilité de demander également la remise en l'état des locaux à la charge du preneur⁶³¹. A noter que lorsque les travaux sont nécessaires à l'activité du preneur et que ceux-ci n'entrent pas dans la catégorie « gros-oeuvre », le preneur peut se faire autoriser judiciairement à effectuer ceux-ci en démontrant que le refus du bailleur est abusif⁶³². La résiliation du bail ne nécessite pas la démonstration d'un préjudice. Mais, lorsque le bailleur peut rapporter cette preuve, il peut prétendre, de surcroît, à l'allocation de dommages et intérêts⁶³³.

353. L'usage commercial et la destination commerciale sont des conditions cumulatives auxquelles l'immeuble doit répondre. Le preneur peut demander la résiliation du bail lorsqu'il estime avoir été induit en erreur sur la nature des locaux. Pour autant, cette résiliation n'est pas sanctionnée sur le fondement d'une erreur sur la substance de la chose mais au titre de l'obligation de délivrance du bailleur. La Cour de cassation française, opère une distinction entre la destination contractuelle du bail qui soumet l'ensemble de l'immeuble au statut des baux commerciaux et l'usage légal du bien qui maintient une partie des locaux à un usage d'habitation. Dans cette hypothèse⁶³⁴, il n'est pas possible d'invoquer la nullité de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitat puisqu'il n'y a pas de changement d'affectation des locaux en violation de la loi. En revanche, le preneur peut être condamné au titre de l'article L. 651-2 du Code de la construction et de l'habitat à la remise en l'état des locaux et à la réaffectation de ceux-ci à leur usage initial.

⁶²⁹ Com., 6 janvier 1960 : Rev. Loyers 1961 p. 141 – Soc., 29 mai 1968 : D. 1968 somm. p. 126 – civ. 3, 16 avril 1969 : Bull. Civ. III n° 283 – Civ. 3, 13 février 1970 : Bull. Civ. III n° 113 – civ. 3, 16 juillet 1975 : Bull. Civ. III n° 113 – Civ. 3, 16 juillet 1975 : Bull. Civ. III n° 252 – Civ. 3, 26 novembre 1991 : Loyers et copr. 1992, n° 69, note Brault; JCP N 1992. I. 2359, p. 415, obs. Monéger.

⁶³⁰ Com., 19 juin 1961 : Bull. Civ. IV n° 273 – Soc., 20 mai 1963 : JCP 1963. 89 – Com., 12 janvier 1967 : Bull. Civ. IV n° 30; D. 1967 somm. p. 77 – Civ. 3, 3 décembre 1974 : Bull. Civ. IV n° 448; JCP 1975. IV. 26; Rev. Loyers 1975, p. 78 – Civ. 3, 3 juillet 1985 : Gaz. Pal. 1985. II. pan. p. 324 – CA Paris, 6 janvier 1988 : D. 1988. IR. p. 34.

⁶³¹ Art. 1730 C. civ.; Civ. 3, 12 juillet 2000 : Bull. Civ. III n° 143; Juris-Data n° 002872; JCP. 2001. II. 10537, note C. Chabas.

⁶³² Civ. 3, 27 juin 1990, Bull. Civ. III n° 145. Ph.-H. Brault, Sur les travaux de rénovation envisagés par le preneur et le refus abusif du bailleur : Loyers et copr. Janvier 1999, p. 4.

⁶³³ Voir cependant un arrêt rendu en la matière au visa des articles 1134 et 1143 du Code civil : Civ. 3, 13 novembre 1997 : Bull. Civ. III n° 202 ; RTDCiv. 1998, p. 124, obs. P. Jourdain et p. 696, obs. P.-Y. Gautier.

⁶³⁴ CA Paris, 3 février 1999 et CA Paris, 13 janvier 1999 : JCP N 2000, n° 16, p. 706 et s, obs. J. Monéger.

354. Finalement, l'obligation de respect de la destination des lieux s'impose tant à l'égard du bailleur que du preneur. En effet, le bailleur ne peut opérer seul une modification de l'usage légal du bien, de la destination des lieux ou de la distribution des locaux sans engager sa responsabilité au titre de son obligation de délivrance. De même, les parties au bail ne doivent pas effectuer de travaux dans les locaux qui viendraient perturber la jouissance du preneur ou la substance du bien appartenant au bailleur. Nous voyons une ressemblance entre les deux systèmes juridiques.

L'altération résultant d'une modification structurelle du bien. L'immeuble ou le local faisant l'objet du contrat de bail commercial doit répondre aux exigences posées par le statut des baux commerciaux afin d'être soumis à ces réglementations. Cependant, l'immeuble peut entrer dans le champ d'application du statut suite à l'exécution de travaux. L'inverse est également vrai. Certains travaux affectent l'usage du local⁶³⁵.

Par exemple, le preneur ne peut modifier la distribution des lieux sans l'accord du bailleur⁶³⁶. Cet acte emporte la faute du preneur dans l'usage et la conservation de la chose. Le preneur ne peut apporter de modifications matérielles à la chose louée eu égard à ses obligations de jouissance en bon père de famille et de restitution du bien en fin de contrat, quand bien même cette modification apparaîtrait comme la traduction d'un usage de la chose en bon père de famille. Il en est de même lorsque le bail autorise l'exécution des travaux, les parties ne peuvent porter atteinte à la substance de la chose. Cette obligation contraint tant le bailleur que le preneur⁶³⁷ et existe au même concept selon l'article 484 du Code civil iranien⁶³⁸.

355. En contrepartie du respect de ses obligations par le preneur, le bailleur doit lui-même veiller à ce que le preneur puisse jouir librement et pleinement de la chose⁶³⁹. Ainsi, il

⁶³⁵ Voir C. Boulogne-Yang-Ting, *Le bailleur face aux travaux du locataire commerçant dans l'immeuble loué* : JCP 2005. I. 131, pp. 721 et s.

⁶³⁶ En ce sens, tous les travaux non autorisés initialement par le bail doivent être autorisés par le bailleur : CA Paris, 16^{ème} ch. B, 30 novembre 2006 : AJDI 2007, p. 306. Voir aussi, civ. 3, 28 novembre 2006 : AJDI 2007, p. 137 sur l'interdiction contractuelle de modifier la destination des lieux par le preneur.

⁶³⁷ Art. 1723 du Code civil français; CA Paris, 16^{ème} ch. A, 28 janvier 1998 : *Administrer* avril 1998, p. 34 – Civ. 3, 18 juillet 2001 : n° 00-10082, *Lamyline*. *Contra* : Civ. 3, 24 septembre 2002, *Administrer* décembre 2002, p. 39, note B. Bocarra.

⁶³⁸ Art. 484 du Code civil iranien : « Le bailleur ne peut modifier la chose louée pendant la durée du bail contre le motif du preneur ».

⁶³⁹ *Contra* : cf. l'insertion d'une clause de prise en l'état des locaux mettant à la charge du preneur tous les travaux nécessaires à la jouissance des lieux : Civ. 3, 31 octobre 2006 : AJDI 2007, p. 302. En l'espèce, le bail

ne peut exécuter des travaux qui limiteraient l'usage du bien par le preneur, voire l'anéantiraient⁶⁴⁰ soit en modifiant la substance de la chose, soit la forme de l'objet du bail quand bien même le contrat autoriserait le bailleur à effectuer de tels travaux⁶⁴¹. Le bailleur engagerait, dans cette hypothèse, sa responsabilité à l'égard du preneur sauf lorsqu'il s'agit de locaux d'habitation ou de travaux imposés par l'administration. Néanmoins, le preneur doit rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice⁶⁴² selon les exigences posées par la jurisprudence⁶⁴³. Il convient de noter que le bailleur ne peut être tenu de garantir le preneur face aux troubles de jouissance que celui-ci subirait du fait de l'administration. Dans une telle hypothèse, il ne saurait être tenu responsable des troubles de fait d'un tiers ni des troubles de droit⁶⁴⁴ de l'administration dès lors que ceux-ci sont assimilés à la force majeure puisqu'ils constituent le fait du Prince⁶⁴⁵. Ainsi, si le preneur venait à perdre totalement la jouissance de la chose pour ce motif, le bail serait résilié sur le fondement de l'article 1722 du Code civil français et idem pour l'article 483 du Code civil iranien⁶⁴⁶. Cependant, cette affirmation ne tient qu'à la condition de considérer le bailleur totalement étranger à la décision de l'administration et que le trouble ne résulte pas de sa propre négligence voir de son propre fait⁶⁴⁷. Enfin, en étudiant les titres discutés, qui sont généralement extraits du Code civil, on peut voir que les lois iraniennes ne sont pas influencées par les pensées de la Charia et suivent les mêmes règles que les lois françaises. Il y a donc une convergence parfaite entre les deux lois.

commercial comporte une clause exonératoire au profit du bailleur de son obligation de garantie des vices cachés.

⁶⁴⁰ Dans cette hypothèse, le bailleur dispose d'une faculté de reprise du bien. Le statut des baux commerciaux établit en ce sens une faculté de résiliation simplifiée du bail.

⁶⁴¹ Civ. 3, 18 juillet 2001: RJDA 2001, n° 12, n° 1185.

⁶⁴² Soc., 3 février 1960 : Bull. Civ. III n° 123, p. 97 – Civ. 1, 7 février 1967 : Bull. Civ. I n° 49, p. 38 – Civ. 3, 18 novembre 1980 : Bull. Civ. III n° 177, p. 133.

Contra : Civ. 1, 12 mars 1961 : Bull. Civ. I n° 178, p. 141 – Civ. 1, 14 octobre 1964 : Bull. Civ. I n° 445, p. 345; JCP 1965. II. 14189, note R.D. – Civ. 3, 3 avril 1996/ Bull. Civ. III n° 91, p. 59.

⁶⁴³ Cette jurisprudence est décrite comme particulièrement sévère du fait que les textes régissant cette situation n'exigent pas la démonstration d'un préjudice. Cf. articles 1723 et 1719_3° du Code civil français.

⁶⁴⁴ L'expropriation pour cause d'utilité publique ne constitue pas un trouble de droit au regard de la garantie d'éviction.

⁶⁴⁵ Com., 20 mai 1954 : Bull. Civ. IV n° 329, p. 248; D. 1954, jurisprudence p. 615 – civ. 3, 28 novembre 2007 : D. 2008, p. 85, note Y. Rouquet.

⁶⁴⁶ Art. 483 du Code civil iranien : « Si le bien loué s'est anéanti en total ou en partie, pendant la durée du bail, le contrat sera nul pour la partie anéantie et le preneur aura faculté de résilier le contrat pour la suite, ou demander la réduction du loyer ».

⁶⁴⁷ L'interdiction faite au preneur d'exploiter son commerce au motif que celui-ci constitue une activité illicite au regard de l'affectation des locaux emporte la mise en œuvre de la garantie du bailleur. Civ. 3, 23 mai 1973 : Bull. Civ. III n° 365, p. 263.

Section 2 - La destination commerciale comme facteur de flexibilité du statut.

356. Qu'il s'agisse de l'usage légal ou de la destination contractuelle, la commercialité des locaux naît du contrat de bail commercial et non de son développement. Il faut comprendre que lorsque l'usage des locaux par le preneur est contraire à ces normes légales ou conventionnelles, cet usage ne peut pas être déterminant de la commercialité des locaux. Cependant, même lorsque le local est régulièrement dit commercial, le preneur peut en faire un autre usage sauf à se voir opposer un refus ou une protestation de la part du bailleur (Sous section1). Ainsi, la rapprochement du droit civil et des règles statutaires dans le changement de destination (Sous section2).

Sous section1 - L'autorisation de non-respect de la destination des lieux commerciaux.

357. La destination commerciale des lieux ne fait pas obstacle à un usage mixte des locaux. En effet, l'impératif de logement de la personne doit toujours primer sur tout autre. Le droit à un logement est un principe fondamental⁶⁴⁸ en droit français et en droit iranien⁶⁴⁹. Mais, au-delà de cela, la réalité des ensembles immobiliers impose bien souvent cette règle. En effet, les immeubles abritant des locaux commerciaux sont rarement des complexes immobiliers neufs sauf à être en présence d'un ensemble commercial. De fait, les commerces se sont développés au rez-de-chaussée des habitations de leurs exploitants. Généralement, les constructions de centre ville ne comportent pas d'entrée indépendante de celle du commerce. Aussi, la location des logements d'habitation ne peut intervenir en quelque sorte que par la location des locaux commerciaux. Par conséquent, la prise en compte par le droit du bail mixte était une réalité qui s'imposait et qui ne peut pas vraiment être discutée notamment en raison de la structure de l'immeuble et de la distribution des locaux. De même, certains locaux d'habitation peuvent valablement abriter une activité commerciale et économique. Cette pratique s'imposait également au monde juridique pour des raisons économiques⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸Ch. Albiges, Le logement familial – Le droit au logement, droit fondamental, p. 259 in Mélanges DEA, Recherches et travaux, n° 5, éd. Cahiers des Ecoles Doctorales, Faculté de droit Montpellier, mai 2006.

⁶⁴⁹ Taher Mousavi Yousef, droit bailleur et locataire, Majd, 1997, p. 147.

⁶⁵⁰Voir sur ce thème : A. Jacquemin et G. Schrans, Le droit économique, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, mars 1982, p. 9 sur le rapport d'interdépendance du droit et de l'économie – Mesurer l'efficacité économique du droit, œuvre

Néanmoins, ces usages sont possibles parce qu'ils sont acceptés par le bailleur. Nous allons essayer de comparer les deux lois iraniennes et française, en soulignant les différences, et de discuter sur les points forts et les points faibles de chacune de ces lois.

§1- Le bail mixte.

358. Lorsque le bail porte sur des locaux à usage d'habitation et sur des locaux à usage commercial, on parle de qualification mixte⁶⁵¹ du bail. Dans cette hypothèse, il est possible de soumettre l'ensemble des locaux au seul statut des baux commerciaux⁶⁵². Peu importe la répartition quantitative des locaux selon qu'ils sont à usage commercial ou à usage d'habitation⁶⁵³, seule la commune intention des parties prévaut⁶⁵⁴. Cependant, si le contrat est soumis au régime des baux commerciaux, il fait l'objet d'une réglementation unitaire, c'est-à-dire que le statut s'applique aux locaux d'habitation compris dans le bail. Pour autant, l'application du régime des baux commerciaux ne remet pas en cause l'usage légal des locaux. Il ne peut pas être fait application de l'adage : l'accessoire suit le principal⁶⁵⁵. Ce caractère accessoire est indifférent à l'importance relative des locaux. On parle de locaux mixtes lorsque le bail porte sur des locaux commerciaux et des locaux d'habitation, et que le tout est soumis au régime des baux commerciaux. Néanmoins, on considère que les locaux d'habitation doivent en ce cas être « *considérés comme exclusivement destinés à faciliter cette exploitation* »⁶⁵⁶. Mais, il s'agit presque d'une fiction ou de l'énoncé d'une règle évidente. En effet, cette règle est une fiction puisque le commerçant se loge ailleurs. Alors, si les locaux d'habitation ne sont pas usités, on conçoit difficilement leur intérêt au regard de l'exploitation sauf à leur attribuer un autre usage (stockage de marchandises, dépôts...). Cependant, en principe, ils ne peuvent être utilisés pour un autre usage. Par conséquent, ils ne sauraient servir non plus l'activité commerciale. Soit, le commerçant loge dans les locaux. Lorsque le

collective ss dir. G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein, éd. LGDJ, coll. Droit et économie, novembre 2005, p. 156.

⁶⁵¹Civ. 3, 20 avril 2005 : JCP E 2005, n° 25, p. 1066, n° 965, sur le trouble causé par un colocataire engageant la responsabilité du bailleur.

⁶⁵²Soc., 20 février 1958 : AJPI 1958 p. 90 – Civ. 3, 6 février 1991 : JCP 1991. IV. 126.

⁶⁵³Cependant, le loyer afférent à la partie des locaux à usage d'habitation est calculée au regard de sa valeur en qualité de local d'habitation : art. 23-1 al. 4 Décret 30 septembre 1953, modifié par D. n° 72-561 du 3 juillet 1972.

⁶⁵⁴Soc., 9 mai 1967 : D. 1967, p. 550 – Civ. 3, 16 avril 1969 : JCP 1969. IV. 136 – Civ. 3, 16 novembre 1974 : JCP 1974. IV. 388 – Civ. 3, 1^{er} octobre 1997 : Bull. Civ. III n° 177.

Contra : Com., 10 avril 1962 : Bull. Civ. III n° 224 : sur la qualification de bail à usage d'habitation dès lors que cet usage est prédominant et que l'usage commercial ne constitue qu'une simple faculté pour le preneur. Voir développements sur la destination contractuelle des locaux.

⁶⁵⁵Accessorium sequitur principale.

⁶⁵⁶Garbit P., Baux commerciaux, in Lamy Droit commercial, éd. Lamy, avril 2005, n° 957.

local sert à l'habitation, il doit répondre aux normes de sa fonction, à savoir principalement constituer un logement décent⁶⁵⁷. Toutefois, cette caractéristique du local ne constitue pas une norme d'ordre public. Ainsi, les parties semblent pouvoir en faire supporter la charge au seul preneur des locaux⁶⁵⁸. De fait, il convient de considérer ces locaux facilitant évidemment l'exploitation. Le commerçant est sur les lieux jour et nuit. Ainsi, il peut garder le magasin contre toute atteinte à celui-ci. Mais, sauf à prouver que le commerçant est dans l'impossibilité de se loger dans la ville où l'immeuble se situe, on ne comprend pas aisément comment l'habitat peut servir « *exclusivement* » à faciliter l'exploitation. Ces locaux servent uniquement au logement d'une personne physique, qui se trouve être le commerçant, mais qui ne pourrait être personne d'autre non plus abstraction faite du droit d'hébergement d'un proche⁶⁵⁹. Toutefois, cette pratique peut être considérée comme facilitant l'exploitation dès lors qu'elle permet une réduction des frais personnels de l'exploitant qui pourrait dès lors investir davantage dans le fonds. Il s'agit d'une exigence superflue qui n'a pas lieu d'être et qui ne semble pas présentée d'intérêt en pratique. De plus, la jurisprudence tend à reconnaître la possibilité pour le preneur d'user des locaux d'habitation comme bon lui semble⁶⁶⁰. Au demeurant, l'usage à l'habitat des locaux ne permet pas toujours, dans les faits, de loger décentement l'exploitant.

359. Les locaux d'habitation et les locaux commerciaux sont soumis au même régime juridique par l'application du principe d'indivisibilité⁶⁶¹. La pluralité d'intervenants au contrat de location n'a pas d'incidences sur la notion d'indivisibilité du bail. Les locaux soumis au bail sont régis par le principe de l'indivisibilité. En revanche, l'exception légale de reprise des locaux d'habitation par le bailleur justifiant de ce besoin permet de déroger à ce principe. Pour cela, il faut que les locaux destinés à un bail commercial soient divisibles matériellement. De même, les locaux d'habitation peuvent faire l'objet d'un contrat distinct lorsqu'il existe une division ou une divisibilité des locaux⁶⁶².

Si le bail est mixte, les locaux d'habitation sont soumis au régime des baux commerciaux. Pourtant, il est permis de penser que si les locaux sont divisible matériellement et font l'objet de contrats distincts le régime des baux d'habitation a vocation à s'appliquer.

⁶⁵⁷CA Grenoble, ch. Com., 28 juin 2006 : AJDI 2007, p. 922.

⁶⁵⁸CA Agen, 1^{er} ch. 13 septembre 2006 : AJDI 2007, p. 922.

⁶⁵⁹Civ. 22 mars 2006 : Loyers et copr. 2006, n° 93, note B. Vial-Pedroletti, L'hébergement d'un proche s'impose au colocataire comme au bailleur.

⁶⁶⁰Civ. 3, 6 décembre 1995 : Loyers et copr. 1996, n° 112 – Civ. 3, 17 novembre 1998 : Rev. Loyers 1999, p. 334, note J. R.- CA Paris, 16^{ème} ch. B, 14 janvier 2000 : D. 2000 AJ., p. 142.

Contra : Civ. 3, 20 juin 1995 : Rev. Loyers 1995, p. 513.

⁶⁶¹Articles 1217 et 1218 du Code civil français.

⁶⁶²Pour une sous-location divisible : Civ. 3, 7 juillet 1993 : Bull. Civ. III n° 109, p. 72.

Lorsque le bail est mixte, l'indemnité d'éviction est calculée sur la totalité des locaux et non uniquement la partie commerciale⁶⁶³. De même, la fixation du loyer se fait de la même façon pour tous les locaux loués dans le cadre du bail. Ainsi, si certains locaux pouvaient échapper à la règle du plafonnement (locaux à usage de bureaux), il n'en va pas ainsi. L'existence de locaux soumis au plafonnement s'étend à tous les locaux sous la condition que le prix du loyer ait été fixé dans son ensemble en début de bail⁶⁶⁴. De sorte que l'on est autorisé à penser que la mention expresse d'une dichotomie dans la fixation du loyer séparant les locaux soumis au plafonnement et les autres locaux permettraient de voir le loyer évoluer différemment. L'indivisibilité peut être purement contractuelle. Dans certains cas, il est préférable de stipuler expressément l'indivisibilité juridique. Par exemple, une sous-location autorisée, laissant entendre que les locaux sont divisibles, permet au sous-locataire de disposer d'un droit direct de renouvellement à l'encontre du bailleur. Or, la stipulation de l'indivisibilité juridique fait obstacle à ce droit. En Iran aussi⁶⁶⁵, en cas des baux mixtes, la loi est exactement comme la loi française, mais il semble qu'en Iran sur ce point la loi a besoin de se développer. Car pour les contrats mixtes, comme par exemple des tarifs d'électricité ou le gaz des locaux commerciaux et résidentiels sont différents, ceci peut créer des problèmes. De plus comme l'utilisation d'un local commercial est très différent de celle d'un logement résidentiel, le calcul des charges d'habitation peut s'avérer problématique dans un grand immeuble.

Par principe, la chose objet du bail commercial ne devrait avoir qu'une seule fonction : l'exercice d'une activité commerciale dans le cadre d'un fonds de commerce. Cependant, bien souvent les locaux sont mixtes à savoir servant également une fonction privée et non plus uniquement économique, et vont pourtant se voir appliquer pour la totalité des lieux le statut des baux commerciaux.

En France, existe-il une primauté de l'article L. 631-7 CCH sur l'indivisibilité du bail et peut-on échapper à l'indivisibilité du bail lorsque la divisibilité matérielle des locaux le permet? Dans le cadre des baux mixtes, on fait prévaloir la destination contractuelle sur l'usage effectif du bien pour qualifier le contrat. Ainsi, le bail à un usage commercial autorisé est qualifié de bail à usage commercial alors que l'usage réel par le locataire est un usage d'habitation⁶⁶⁶. L'usage réel du bien en violation de la destination contractuelle des lieux n'a pas d'incidences lorsque le bailleur y consent et que cet usage ne cause pas de préjudice

⁶⁶³Civ. 3, 1^{er} octobre 1997 : Loyers et copr. Mars 1998, n° 72, note Brault et Mutelet.

⁶⁶⁴Civ. 3, 13 mai 1980 : Gaz. Pal. 1980, 2, somm. 423.

⁶⁶⁵ M. Kharazi, consulte par bail commerciale et fonds de commerce de locataire, revue bureau d'avocat à téhéran, nos 134,135.

⁶⁶⁶Civ. 3, 7 juillet 1993 : Rev. Loyers 1993, p. 524.

particulier aux tiers. Cependant, cet état de fait ne saurait permettre l'éviction de l'application d'un statut d'ordre public.

§2- Le changement d'utilisation du bien avec l'accord du propriétaire.

360. En dépit de l'usage légal et de la destination convenue des locaux, rien ne semble prescrire un usage différent du bien par le preneur. Une telle situation devrait être tolérée dès lors que le bailleur en a connaissance et ne s'y oppose pas. Néanmoins, cet usage ne doit pas s'apparenter à un abus de jouissance. Ce dernier est caractérisé lorsque le bien subit des détériorations résultant d'un acte volontaire du preneur. En cela, la seule usure normale du bien résultant de sa vétusté ne peut être constitutive d'un abus de jouissance. Dans cette hypothèse, le preneur engage sa responsabilité à l'égard du bailleur. Selon l'intensité de la faute commise, le bailleur peut prétendre à l'allocation de dommages et intérêts, à une réparation en nature⁶⁶⁷, voire à la résiliation du bail⁶⁶⁸. L'usage du bien en bon père de famille par le preneur est une obligation contractuelle et légale née de la conclusion du bail. En conséquence, le bailleur n'est pas tenu de démontrer qu'il a subi un préjudice pour prétendre à l'exécution de ses obligations par le preneur. Il en est ainsi en cas de modification par le preneur de la destination des lieux⁶⁶⁹, et ce notamment en opérant une modification de la distribution des lieux⁶⁷⁰. Dans cette dernière hypothèse, le refus du bailleur peut être reconnu abusif si la modification s'avère nécessaire⁶⁷¹. Auquel cas, le preneur peut passer outre l'accord du bailleur par la délivrance d'une autorisation judiciaire. Ceci existe aussi dans le droit iranien, et les tribunaux se comporter exactement en suivant ces règles⁶⁷².

361. Pour autant, les parties, ayant déterminé initialement dans le contrat la destination des lieux, ont la faculté de modifier conventionnellement, et par seul accord verbal, la

⁶⁶⁷ Sur l'obligation de rétablissement des lieux en l'état suite à l'exécution de travaux en infraction aux clauses du bail : le bureau juridique du ministère de la justice, téhéran, n° 7/5746, 17 déc. 2002.

⁶⁶⁸ Article 1729 du Code civil français modifié par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance. Aussi voir, article 492 du Code civil iranien.

⁶⁶⁹ Civ., 27 avril 1948 : JCP 1948. II. 4594, note Becque.

⁶⁷⁰ Civ. 3, 13 novembre 1997 : Bull. Civ. III n° 202; D. AFF. 1997. 1457; RTDCiv. 1998. 124, obs. Jourdian; Ibid. 696, obs. Gautier.

⁶⁷¹ Civ. 3, 27 juin 1990 : Bull. Civ. III n° 154.

⁶⁷² CA téhéran, 7^{ème} ch. 11 may 1982, n° 7/731, Rvu. Nazarat mashverati, n° 573.

destination des lieux⁶⁷³. Un tel changement peut intervenir, principalement, lorsque le preneur sollicite du bailleur une autorisation de modification de son activité. En effet, la destination commerciale des lieux exige de la part du preneur que celui-ci exerce l'activité initialement déterminée dans le bail, ou du moins celle qu'il a convenu avec le bailleur verbalement. Par conséquent, toute modification inhérente à l'activité du preneur doit obtenir l'assentiment du bailleur⁶⁷⁴.

En revanche, et ce hors du champ d'application du statut de baux commerciaux, le preneur à un bail d'habitation a la faculté d'exercer son activité professionnelle dans les locaux loués⁶⁷⁵ ou d'y domicilier son entreprise⁶⁷⁶. Ces éléments ne constituent pas une modification de la destination des lieux dont l'usage prépondérant reste un usage d'habitation. Dans cette hypothèse, le bailleur ne peut demander la résiliation du bail en arguant d'un usage contraire du preneur à la destination des lieux. De même, le statut des baux commerciaux ouvre droit à la déspecialisation de l'activité du preneur. Dans cette hypothèse, la résiliation du bail n'est pas envisageable pour usage contraire à la destination des lieux⁶⁷⁷.

362. Lorsque la modification de la destination des lieux est autorisée par le bailleur, la jurisprudence exige qu'il s'agisse réellement d'une autorisation. En effet, l'usage contraire à la destination au vu et au su du bailleur ne constitue pas une autorisation de changement de destination des lieux, ni une renonciation par le bailleur à se prévaloir ultérieurement de cette faute. Ainsi, dans les faits, lorsque le bailleur ne s'y oppose pas, il est possible pour le preneur d'user de la chose en contrevenant partiellement ou totalement aux stipulations relatives à la destination des locaux. Mais, en droit, seul un acte positif du bailleur peut valider cette pratique.

363. Par conséquent, il est conseillé de négocier, au plus juste de la volonté de chacun, la clause de destination des lieux, et de prendre la peine de l'assortir de sanctions, mais surtout d'un accord comprenant les modalités de modification de la destination des lieux dans un certain nombre d'hypothèses à déterminer par les parties. En effet, un accord reste toujours préférable à un procès. La volonté des parties fait loi. Pour autant, les clauses du contrat ne

⁶⁷³ CA Paris, 16^{ème} ch. A, 21 mars 2007 : AJDI 2007, p. 840.

⁶⁷⁴ N. Katouzian, journal barreau d'avocat centre, Rvu. n° 154, p. 86.

⁶⁷⁵ Civ. 3, 14 janvier 2004 : Bull. Civ. III n° 2; AJDI 2004. 289, note Rouquet.

⁶⁷⁶ Ch. Atias, La domiciliation d'une entreprise dans un local d'habitation : l'article 2 de la loi n° 84-1149 du 21 décembre 1984 : JCP 1985. I. 3190.

⁶⁷⁷ F. Zamani salimi, etude analyse transfere du bail commercial, entesharat enghelab, n° 133, p. 16.

sauraient faire bouclier aux faits. La violation de la destination des lieux doit être sanctionnée ou justifiée, comme tel paraît être le cas dans l'hypothèse d'une déspecialisation prévue par le statut des baux commerciaux.

Sous section 2 - Le rapprochement du droit civil et des règles statutaires dans le changement de destination.

364. La destination est un élément important du contrat de louage de choses. Elle détermine l'usage que pourra faire le preneur de l'immeuble loué⁶⁷⁸. Le Code civil, dans son article 1728, met l'accent sur cette notion, en exigeant que le locataire utilise la chose conformément à la destination prévue par le contrat. Elle est doublement importante pour le bail commercial⁶⁷⁹ car il faut prendre en considération, non seulement la destination générale, à savoir l'usage d'habitation, agricole, ou commerciale, mais aussi la destination spécifique, c'est-à-dire l'activité précise pouvant être exercée par le preneur, telle, par exemple, la vente de produits déterminés⁶⁸⁰. La destination générale ne pose guère de difficultés, il suffit de relever que l'on ne peut exercer un commerce dans un local réservé exclusivement à l'habitation⁶⁸¹. En revanche, la destination spécifique présente dans le bail commercial reste plus difficile à appréhender, car elle peut évoluer durant l'exécution du contrat, d'où l'attention accrue des parties dans la rédaction de la clause s'y rapportant.

365. L'article 1728 du Code civil prévoit l'intangibilité de la destination déterminée par la convention. Ce faisant, seul un accord postérieur des parties, conformément à l'article 1134 du Code civil, est à même de modifier le contrat. Ces dispositions étant un frein manifeste à

⁶⁷⁸Selon MM. M. Cornaton et J.-P. Blatter (« Au commencement...était la destination » : *AJDI*. 2000, p. 1091), « la destination du bail (...) constitue l'un des éléments les plus essentiels de la convention locative commerciale ».

⁶⁷⁹V. en ce sens, F. Auque, op. cit., n° 131, p. 131.

⁶⁸⁰La destination spécifique choisie lors de la conclusion du contrat dépend exclusivement de la volonté des parties (V. sur ce point, P.-H. Brault, « La destination des lieux et la déspecialisation » : *AJPI*. 1992, p. 190). Le contrat comporte le plus souvent une clause définissant précisément l'activité réservée au preneur. Par exemple, on peut lire dans un bail commercial la stipulation suivante : « Prêt-à-porter « jeans » homme, femme, enfant et accessoires s'y rapportant ». Le contrat peut laisser au contraire plus de liberté au locataire en stipulant une clause dite « tous commerces » (V. sur le sujet, J. Aubert, « La pratique des clauses tout commerce » : *Rev. Loyers*, 1990, p. 432).

⁶⁸¹Selon les termes de l'article L. 613-7, 1° du Code de la construction et de l'habitat, « les locaux à usage d'habitation ne peuvent être affectés à un autre usage, ni transformés en meublés, hôtels, pension de famille ou autres établissements similaires (...) ».

l'évolution du commerce, les lois du 12 mai 1965 et du 16 juillet 1971⁶⁸² ont modifié le statut⁶⁸³. Elles ont créé deux procédures de modification de la destination spécifique dans lesquelles il n'est, en théorie, pas besoin pour le preneur d'obtenir le consentement du bailleur, et qui sont dénommées successivement déspecialisation partielle et déspecialisation plénière. La loi spécifiquement applicable aux baux commerciaux permet donc, depuis cette réforme, la transformation unilatérale de la clause de destination. De nombreux auteurs⁶⁸⁴ relèvent l'originalité d'un tel procédé par rapport aux règles du droit commun du louage de choses et du droit commun des contrats, qui eux exigent un accord des parties. Cependant, il convient, encore une fois, de relativiser les divergences avec le droit civil, et cela non seulement pour la déspecialisation partielle (§ 1), mais aussi plénière (§ 2).

§ 1 – Définition en droit français de la déspecialisation partielle.

366. Selon les termes de l'article L. 145-47, al. 1^{Er} du Code de commerce « *le locataire peut adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires* ». Cette première hypothèse de modification légale de la destination contractuelle permet au preneur d'adjoindre à son commerce une activité en raison du lien qu'elle entretient avec celui-ci, et ce, en principe, sans le consentement du bailleur. Il ne s'agit donc pas d'une substitution d'activité, mais seulement d'un simple ajout.

367. Admettre le changement de destination en raison d'un certain rapprochement avec le commerce contractuellement autorisé n'est pas inconnu du droit civil. Bien avant les lois du

⁶⁸²V. sur cette législation, B. Boccara, « La loi du 12 mai 1965 sur les baux commerciaux : la « déspecialisation » » : *JCP*. 1965, G, I, 1926 ; J. Archevêque, J. Legrand et P. de Belot, « La loi du 12 mai 1965 modifiant le statut des baux commerciaux » : *Gaz. Pal.* 1965, 2, p. 1 ; R. Béraud, « La déspecialisation des baux commerciaux » : *Ann. Loyers*, 1965, p. 431 ; R. Maus et P. Lafarge, Commentaire de la loi n° 65- 356 du 12 mai 1965 : *D.* 1966, p. 48 ; B. Boccara, « Problèmes particuliers de la déspecialisation » : *AJPI*. 1966, I, p. 4 ; G. Fau. et A. Debeaurain, « Baux commerciaux : modification du statut » : *Ann. Loyers*, 1971, p. 1553 ; J. Archevêque, J. Legrand et P. de Belot, « La loi du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux » : *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 590 ; B. Boccara, « La loi du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux » : *JCP*. 1972, G, I, 2445 ; R. Maus et P. Lafarge, « La loi du 16 juillet 1971 » : *D.* 1972, p. 47. Selon J. Archevêque, J. Legrand et P. de Belot, (art. Préc., p. 2) cette réforme devait « *permettre au petit commerçant de s'adapter à la concurrence des magasins à succursales multiples (...) (et) améliorer les techniques de distribution* ».

⁶⁸³V. les articles L. 145-47 à L. 145-55 du Code de commerce.

⁶⁸⁴J. Derruppé, R. Maus, G. Brière de L'Isle, et P. Lafarge, op. cit., n° 208, p. 114 ; F. Auque, op. cit., n° 131, p. 131 ; B. Boccara, Bail commercial, Déspecialisation, Droit commun, J-CI. Entreprise individuelle, Bail à loyer, fasc. 1470, 1998, n° 26, p. 7 ; B. Pain et B. Puylagarde, art. Préc., p. 1102.

12 mai 1965 et du 16 juillet 1971, la jurisprudence⁶⁸⁵ avait largement admis l'extension de la destination aux activités dites « accessoires », sans que le bailleur ait à donner son consentement, et ce en se fondant sur les usages. J. Derruppé, R. Maus, G. Brière de l'Isle et P. Lafarge⁶⁸⁶, s'interrogeant sur cette nouvelle législation, ont mis particulièrement l'accent sur la continuité avec le passé, même s'ils relèvent qu'elle étend les possibilités de modification unilatérale de la destination⁶⁸⁷.

368. Une étude approfondie va nous permettre d'observer un retour manifeste des règles du droit civil dans la procédure de déspecialisation partielle, non seulement parce que ce sont toujours les usages qui déterminent le caractère connexe ou complémentaire des activités, mais aussi en raison du formalisme contraignant prévu par le statut.

⁶⁸⁵ V. Cass. Civ., 18 mars 1913 : S. 1913, 1, p. 196 ; DP 1914, 1, p. 58.- CA Paris, 15 janvier 1924 : *Gaz. Pal.* 1924, 1, p. 426 (cet arrêt relève l'absence d'incompatibilité avec la clause de destination lorsque « dans un local affecté par le bail à l'exercice d'un commerce déterminé, le preneur installe en outre le bureau d'une société commerciale dont il est l'administrateur, alors qu'en fait il n'en résulte aucun préjudice pour le bailleur, ni trouble de jouissance pour les autres locataires de l'immeuble »).- CA Nancy, 2 juillet 1935 : *Gaz. Pal.* 1935, 2, p. 482.- Trib. Civ. Seine, 18 octobre 1935 : *Gaz. Pal.* 1935, 2, p. 850 (« il est d'usage, dans le commerce parisien, d'autoriser l'extension du commerce principal visé dans le bail à des branches voisines, surtout quand ces branches ne sont qu'accessoires »). - Cass. Com., 25 janvier 1955 : Bull. Civ. III, n° 39.- V. aussi les multiples décisions citées par, G. Lejeune, « Conséquences des changements apportés par le preneur au commerce prévu par le bail » : *AJPI.* 1960, p. 53 ; J. Archevêque, P. de Belot et J. Legrand, « La loi du 12 mai 1965 modifiant le statut des baux commerciaux » : *Gaz. Pal.* 1965, 2, p. 1.

⁶⁸⁶Op. cit., n° 208, p. 114. Selon ces auteurs, la déspecialisation partielle n'est pas une « innovation absolue ». La jurisprudence antérieure à la loi du 12 mai 1965 avait déjà autorisé, par interprétation des clauses du bail, des activités constituant le prolongement normal de celle convenue. Aussi bien, le nouveau texte a-t-il pu être présenté comme une consécration de la jurisprudence. Il va néanmoins plus loin, car les tribunaux étaient liés par les clauses claires et précises interdisant toute extension ou adjonction d'activité. Désormais l'extension des activités connexes ou complémentaires est possible quelles que soient les clauses du bail. Au surplus, les notions de connexité sont susceptibles de justifier des extensions que l'interprétation des clauses du bail n'aurait pu être permises.

⁶⁸⁷V. aussi en ce sens, M. Morin, « Les modifications apportées au statut des baux commerciaux par la loi n° 65-356 du 12 mai 1965 » : *Rép. Defrénois*, 1965, p. 825 : « Si la jurisprudence antérieure est susceptible de fournir des indications sur le caractère connexe des activités exercées, il ne semble pas qu'il y ait lieu d'adopter servilement les solutions antérieures » ; F. Auque, op. cit., n° 136, p. 136 : « Les notions de connexité et de complémentarité ne peuvent être confondues avec celle d'accessoire ». Il est vrai que la jurisprudence a admis que l'activité connexe peut devenir prépondérante par rapport à l'activité ancienne, ce qui n'aurait pas été possible avec la jurisprudence relative aux activités « accessoires » (Cass. 3^E civ., 24 octobre 1984 : Bull. Civ. III, n° 174 ; *JCP.* 1985, G, II, 20474, note B. Boccara ; *Rev. Loyers*, 1985, p. 84 ; *Rev. dr. Imm.* 1985, p. 294, obs. J. Derruppé et G. Brière de l'Isle.- Cass. 3^E civ., 4 février 1997 : *Rev. Administrer*, juin 1997, p. 36, obs. B. Boccara, D. Lipman-Boccara et M. - L. Sainturat).

A- Le maintien des usages comme facteur de référence à la modification de la destination contractuelle.

369. Avant l'intégration de la procédure de déspecialisation partielle dans le statut des baux commerciaux, les auteurs considéraient les nouvelles activités pouvant être exercées par le preneur comme étant accessoires⁶⁸⁸, voisines⁶⁸⁹, adjointes⁶⁹⁰, ou encore complémentaires⁶⁹¹, ou connexes⁶⁹².

370. La jurisprudence⁶⁹³, qui ne faisait pourtant qu'appliquer le droit commun du louage de choses, n'hésitait pas à se référer expressément aux usages pour légitimer le changement unilatéral de destination. Pour J. Voulet⁶⁹⁴, durant cette période, « *les juges recherchent (...) quels sont les usages locaux dans le commerce en question et considèrent que si d'ordinaire les fonds de commerce de cette nature comprennent une certaine branche, le bailleur doit être réputé, bien que cette exploitation n'ait pas été prévue au contrat, avoir donné un consentement tacite à cette extension* ».

371. Le rapprochement de cette jurisprudence appliquant le droit civil avec la procédure de déspecialisation partielle dépendra finalement de la définition de la connexité et de la complémentarité au sens de l'article L. 145-47, al. 1^{er} du Code de commerce.

372. J. Archevêque, J. Legrand et P. de Belot⁶⁹⁵ ont essayé de définir ces termes par référence aux acceptions proposées par le dictionnaire Littré. Ainsi, la connexité représente

⁶⁸⁸G. Ripert et M. Planiol, op. cit., n° 567, p. 797 ; J. Voulet, « Le changement par le preneur de locaux commerciaux de la destination des lieux » : *Rev. Loyers*, 1958, p. 308.

⁶⁸⁹G. Ripert et M. Planiol, op. cit., n° 567, p. 797.

⁶⁹⁰J. Voulet, art. Préc., p. 308 ; J. Derruppé, R. Maus, G. Brière de L'Isle, et P. Lafarge, op. cit., n° 208, p. 114.

⁶⁹¹B. Pain et B. Puylagarde, art. Préc., p. 1102.

⁶⁹²G. Lejeune, art. Préc., p.53.

⁶⁹³Par exemple, un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 5 octobre 1959 (*Gaz. Pal.* 1959, 2, p. 320) considère qu'un bail prévoyant « exclusivement » l'exercice du commerce de coiffeur permet cependant la vente de parfums, car l'usage autorise une telle extension. V. aussi, Trib. civ. Seine, 2 janvier 1909 : *Gaz. Trib.* 1909, 2, p. 295 (les usages de Paris autorisent les pâtisseries à vendre du chocolat, de la confiserie et même des conserves) ; CA Paris, 31 janvier 1956 : *Rev. Loyers*, 1956, p. 396 (les usages de Paris autorisent un modiste à vendre accessoirement des écharpes, des bas, et des colifichets).

⁶⁹⁴Art. préc., p. 310. V. aussi, G. Lejeune (art. Préc., p. 54), selon lequel « *dans l'hypothèse où la clause concernant la destination des lieux présente une ambiguïté, elle doit être interprétée d'après l'usage en vigueur dans la ville ou la région considérée, et, s'il subsiste un doute, en faveur du locataire* ».

⁶⁹⁵Op. cit., n° 227, p. 184.- V. aussi la définition proposée par B. Pain et B. Puylagarde, art. Préc., p. 1103 : « *Il a été ainsi admis que sont connexes à une activité celles qui ont un rapport étroit avec l'activité concernée et que sont complémentaires à une activité celles qui sont nécessaires à un meilleur exercice de l'activité principale. La connexité suppose la même activité. Par contre, la complémentarité peut être l'addition d'une activité accessoire par rapport à l'activité principale exercée* ».

« ce qui a des rapports intimes avec d'autres choses, ce qui dépend d'un objet principal sans en faire partie essentielle », et la complémentarité peut être assimilée à « ce qu'on ajoute pour arriver à ce qu'une chose ou un être forme le tout inhérent à son essence ». Ces auteurs relèvent alors le manque de précision des deux termes utilisés par le statut, et conviennent de s'en détacher⁶⁹⁶. En réalité, « le sens donné aux adjectifs connexe et complémentaire dans le cadre de l'article 34 (art. L. 145-47 du Code de commerce) sera avant tout lié aux usages et (...) ces usages étant variables dans le temps et dans l'espace, on ne peut leur donner un sens définitif »⁶⁹⁷.

373. L'extension de la destination, par l'intermédiaire de la procédure de déspecialisation partielle, reste donc le plus souvent soumise aux usages existant dans chaque type de commerce, étant entendu que ces derniers ne sont jamais figés, mais au contraire évoluent en fonction de multiples facteurs⁶⁹⁸. Il appartient donc aux juges du fond, au regard de ces évolutions, d'accroître les activités pouvant être réalisées dans le local loué. Par exemple, la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 mars 1971⁶⁹⁹, a déclaré qu'en vertu des usages locaux la réparation de voitures avec atelier de carrosserie et peinture n'est pas connexe ou complémentaire de l'activité de garagiste avec seulement un poste d'essence.

374. En se référant expressément ou implicitement aux usages, la jurisprudence, lorsqu'elle applique le statut des baux commerciaux, fait d'ailleurs preuve d'une certaine sévérité et admet avec circonspection les modifications unilatérales de la destination. Un exemple nous est donné par l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du

⁶⁹⁶ La jurisprudence a, elle aussi, tenté de donner des acceptions générales aux notions de connexité et de complémentarité, mais elles restent encore trop incertaines. Par exemple, selon la Cour d'appel de Paris (27 mars 1990 : D. 1990, IR. p. 97), « sont connexes à une activité celles qui ont un rapport étroit avec elle, et complémentaires celles qui sont nécessaires à un meilleur exercice de l'activité principale ». De même, dans une décision du 30 janvier 1996, la Cour d'appel de Caen (*Loyers et copr.* 1996, n° 270, note P.-H. Brault) relève que « le lien de connexité suppose une similitude ou une dépendance des produits en cause et des méthodes de travail qu'ils impliquent (...). Le lien de complémentarité s'entend d'activités nouvelles susceptibles de favoriser le développement de celles qui sont déjà exercées sans en modifier la nature ». V. aussi, CA Paris, 9 mai 1967 : *AJPI*. 1968, p. 127 : « (Les) activités de ventes et de réparation portant sur des articles de même nature ont un caractère de connexité évident ; qu'il n'est pas possible d'admettre qu'une activité soit connexe à une autre sans que la réciprocité soit vraie ».

⁶⁹⁷ J. Archevêque, J. Legrand, et P. de Belot, op. cit., n° 227, p. 185.

⁶⁹⁸ V. en ce sens, B. Pain et B. Puylagarde, art. Préc., p. 1103. Pour ces auteurs, « l'analyse des notions précitées (connexité et complémentarité) relève de l'appréciation des juges du fond qui tiennent compte des usages commerciaux et locaux, ainsi que de leur évolution ».

⁶⁹⁹ Cass. 3^E civ., 17 mars 1971 : Bull. Civ. III, n° 191 ; D. 1971, Somm. p. 137.

19 juillet 2000⁷⁰⁰ selon lequel, « si une activité de restauration normale n'a pas en principe un caractère connexe ou complémentaire de l'activité de café-bar, en revanche une activité de restauration rapide présente un tel caractère dans la mesure où elle ne nécessite pas d'aménagements importants et vise la même clientèle que celle qu'elle tend à fixer par l'apport de ce service supplémentaire ». Cette décision se réfère implicitement aux usages pour rejeter l'extension demandée par le preneur. Il n'est pas en effet d'usage, mais cela peut évoluer, qu'un café-bar fasse aussi office de restauration normale⁷⁰¹. La jurisprudence, lorsqu'elle applique la procédure de déspecialisation partielle, se refuse donc à étendre la destination au-delà des usages. Ainsi, aujourd'hui encore, les usages servent de référence pour les éventuelles extensions de la destination dans les baux commerciaux, ce qui permet un certain rapprochement entre la procédure de déspecialisation partielle et le droit civil.

B- Le formalisme de la déspecialisation partielle est un facteur favorisant le retour du droit civil dans la modification de la destination contractuelle.

375. Un second facteur permet le retour du droit civil dans la modification de la destination dans les baux commerciaux. Il s'agit du formalisme prévu par le statut dans la procédure de déspecialisation partielle. En effet, le preneur doit faire sa proposition d'extension au bailleur grâce à un acte extrajudiciaire. A défaut il sera considéré comme ayant modifié la destination contractuelle sans respecter les prescriptions statutaires, ce qui peut ainsi provoquer la résiliation du bail⁷⁰² ou tout du moins justifier un refus de renouvellement sans indemnité d'éviction⁷⁰³.

⁷⁰⁰ *RJDA*. 2000, n° 962. V. un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 6 février 1951 (*Rev. Loyers*, 1952, p. 25), antérieur à la procédure de déspecialisation partielle, qui mettait déjà l'accent sur la continuité de la clientèle.

⁷⁰¹ V. aussi, CA Paris, 7 juin 2002 : *AJDI*. 2002, p. 607, obs. Y. Rouquet ; *Rev. Loyers*, 2002, p. 589 : « Si l'évolution des usages commerciaux a conduit la jurisprudence à admettre que la destination désuète de marchand de boissons alcoolique et de liqueurs permettait d'exercer le commerce de bar et café sans commettre d'infraction au bail, il n'en demeure pas moins que les activités de bar de nuit ne sont pas de même nature ». CA Rouen, 4 septembre 2002 : *RJDA*. 2003, n° 235 (à propos des usages dans la bijouterie).

⁷⁰² Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 1977 : *Rev. Loyers*, 1977, p. 323.- V. aussi pour l'application de la clause résolutoire, Cass. 3^{ème} civ., 25 février 1975 : *Bull. Civ. III*, n° 75.- Cass. 3^{ème} civ., 6 novembre 1985 : *D.* 1986, IR. p. 115.- Cass. 3^{ème} civ., 20 décembre 2000 : *Loyers et copr.* 2001, n° 147, obs. P.-H. Brault et P. Pereira.- V. sur la

376. La doctrine s'est interrogée sur le comportement du bailleur face à une demande du preneur en les formes prescrites par le statut. Selon certains⁷⁰⁴ le propriétaire n'a pas à donner la moindre autorisation à l'extension de l'activité, car le locataire dispose d'un droit à la modification unilatérale de la destination lorsqu'il s'agit d'une activité connexe ou complémentaire. Le preneur aurait ainsi seulement à informer le bailleur du changement à venir. Mme B. Thullier⁷⁰⁵ conteste cette position et considère qu'il « *s'agit d'un mécanisme d'autorisation. Il est instauré afin de protéger le bailleur* ». Retenir l'exigence d'une autorisation du bailleur dans la situation en cause, par rapport à l'information, devrait restreindre singulièrement la procédure de déspecialisation partielle, car le bailleur peut être tenté de s'opposer à toute extension de la destination, en contestant systématiquement le caractère complémentaire ou connexe, ralentissant ainsi l'expansion commerciale souhaitée par le preneur. Et cela même si, comme le rappelle cet auteur, le bailleur « *ne peut apprécier librement si le projet lui convient. La protection de ses intérêts est réputée dès lors que l'activité est connexe ou complémentaire. Il suffit que le projet soit compatible avec les intérêts du bailleur. Peu importe qu'il ne leur soit pas exactement conforme* »⁷⁰⁶.

377. La jurisprudence, quant à elle, semble bien raisonner en terme d'autorisation, ce qui restreint les possibilités d'extension unilatérale de la destination. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 27 novembre 1970⁷⁰⁷, rappelle que si « *le preneur n'a pas sollicité l'autorisation le bailleur est fondé à lui faire sommation de cesser l'activité qui n'entre pas dans les prévisions du bail* ». De même, dans une décision du 24 octobre 1990⁷⁰⁸, elle considère que « *toute extension de la destination des lieux, même limitée à une activité connexe ou complémentaire, réalisée, sans l'autorisation préalable du bailleur, à défaut du tribunal (constitue) un manquement du preneur à ses obligation* ». Enfin, dans un arrêt du 18 mars 1998⁷⁰⁹, la Cour de cassation relève que « *la faculté d'adjonction d'activités connexes ou complémentaires ne pouvait être effectuée qu'avec l'autorisation des bailleuses* ».

résolution, S. Guinchard, « L'affection des biens en droit privé français », *LGDJ*. 1976, préface R. Nerson, p. 195.

⁷⁰³Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 1990 : Bull. Civ. III, n° 197.

⁷⁰⁴J. Archevêque, J. Legrand et P. de Belot, op. cit., n° 232, p. 189.

⁷⁰⁵Th. préc., n° 274, p. 193.

⁷⁰⁶Th. préc., n° 274, p. 193.

⁷⁰⁷Cass. 3^{ème} civ., 27 novembre 1970 : Bull. Civ. III, n° 650 ; *D.* 1971, Somm. p. 33.

⁷⁰⁸Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 1990 : Bull. Civ. III, n° 197 ; *JCP*. 1991, N, II, p. 107.

⁷⁰⁹Cass. 3^{ème} civ., 18 mars 1998 : Bull. Civ. III, n° 66 ; *D. Aff.* 1998, p. 942, obs. Y. Rouquet ; *RJDA*. 1998, n° 569 ; *Rev. Loyers*, 1998, p. 539, obs. G. Teilliais ; *Petites Affiches*, 9 octobre 1999, n° 121, p. 19.

378. Les formalités de la procédure de déspecialisation partielle entravent donc les changements souhaités par le preneur. Cette situation favorise par contrecoup le retour du droit civil, c'est-à-dire le retour des procédés de modifications de la destination qui existaient avant la réforme du statut par les lois du 12 mai 1965 et du 16 juillet 1971. La jurisprudence et les parties à un bail commercial se servent des règles du droit civil pour s'évader des dispositions contraignantes du statut.

379. Tout d'abord, la jurisprudence permet la modification unilatérale de la destination, sans qu'il soit besoin d'utiliser la procédure de déspecialisation partielle⁷¹⁰. Elle se réfère à la notion d'activité incluse pour se détacher du formalisme de l'article L. 145-47 du Code de commerce. Il s'agit de « *celles-là mêmes qui sont également contenues dans la destination initiale, sans que le locataire ait à solliciter du bailleur une autorisation quelconque pour les exercer. Elles se rattachent naturellement à cette destination et à son évolution normale* »⁷¹¹. La jurisprudence fait primer les règles du droit civil sur celle du statut afin d'apporter davantage de protection au preneur. Ainsi dans une décision du 12 juillet 2000, la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁷¹² considère qu'après « *avoir constaté que la mise en service de jeux électroniques constituait (...) une simple activité complémentaire compatible avec l'objet du bail une Cour d'Appel a pu en déduire que la destination que les parties avaient conféré aux lieux loués n'était pas modifiée* ».

380. Quel est le critère de détermination des activités incluses? La jurisprudence utilise les usages pour admettre l'extension unilatérale de l'activité du preneur⁷¹³. La situation

⁷¹⁰V. par exemple, CA Paris, 17 octobre 1995 : *Loyers et copr.* 1996, n° 25, obs. C. Mutelet : « *L'activité de traiteur devant s'entendre comme recouvrant celle de restaurateur, le locataire, désireux d'exercer cette activité, n'avait pas à suivre la procédure de déspecialisation partielle* ». - CA Paris, 13 novembre 1996 : *Rev. Administrer*, janvier 1997, p. 29, obs. B. Boccara, D. Lipman-Boccara et M.-L. Sainturat.- CA Paris, 31 mars 1998 : *JCP.* 1999, E, p. 1872, obs. J. Monéger.- CA Paris, 23 mai 2001 : *Administrer*, août/septembre 2003, p. 39, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccara.

⁷¹¹J.-P. Blatter, op. cit., n° 6, p. 350 ; B. Pain et B. Puylagarde, art. Préc., p. 1103 : « *L'activité incluse est parfois très éloignée de l'activité principale, par exemple la vente de produits alimentaires pour une station service, mais il s'agit là d'un usage devenant constant au fil des années* ».

⁷¹²*Rev. Administrer*, octobre 2000, p. 40, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccara.- V. en ce sens, CA Nîmes, 3 septembre 1998 : *JCP.* 1999, E, p. 1872, obs. J. Monéger.- CA Montpellier, 17 juin 1998 : *JCP.* 1999, E, p. 1872, obs. J. Monéger.

⁷¹³CA Versailles, 21 février 1991 : *Loyers et copr.*, 1991, n° 441, obs. C. Mutelet : « *La vente par les stations-service de denrées alimentaires et de boissons étant un usage répandu et reconnu, doit être considéré comme une activité accessoire à l'activité principale autorisée par le bail* ».- Cass. 3^e civ., 3 avril 1996 : *Rev. Loyers*, 1996, p. 294 : « *La vente de sandwiches et de boissons rafraîchissantes entrant dans l'activité du commerce de boulangerie pâtisserie* ».- CA Paris, 2 juillet 1996 : *Rev. Administrer*, février 1997, p. 27, obs. B. Boccara, D. Lipman-Boccara et M.-L. Sainturat : « *L'activité de chauffage (...) était incluse selon les usages de la profession dans l'activité de plomberie* ».- CA Paris, 22 avril 1997 : *D. Aff.* 1997, p. 1212 : « *L'évolution des usages commerciaux dans la branche d'activité de débit de tabac autorise la vente accessoire de produits diffusés par une filiale de la SEITA* ». - CA Paris, 9 avril 1999 : *AJDI.* 1999, p. 717 ; *JCP.* 1999, E, p. 1872, obs. J. Monéger :

devient alors particulièrement complexe. Si les usages servent de référence à la modification de la destination par la procédure de déspecialisation et par la jurisprudence appliquant le concept d'activité incluse, comment les différencier ? Les juges utilisent l'une ou l'autre de ces méthodes en fonction de chaque cas d'espèce. Il est donc très difficile de découvrir un critère de distinction. Nous pouvons seulement affirmer que tout est question de mesure. Lorsque le lien entre l'activité exercée et l'activité rajoutée est évident aux yeux de tous les juges estiment qu'il n'y a pas lieu de recourir à la procédure de déspecialisation. Ainsi, la notion d'activité incluse permet à la jurisprudence d'écarter une règle du statut pourtant d'ordre public, au profit d'une règle prétorienne applicable à l'ensemble des contrats de louage de choses.

381. Ensuite, la nécessité d'exiger l'autorisation du bailleur rend difficile l'utilisation de la déspecialisation partielle puisqu'en cas de refus le preneur est obligé, pour ne pas subir une sanction injustifiée, de recourir à l'aide des tribunaux. En conséquence, pour plus de sécurité, il sera enclin à se prémunir d'un accord de volonté. C'est ainsi faire primer les articles 1728 et 1134 du Code civil sur l'article L. 145-47 du Code de commerce. Le retour du droit civil est encore une fois manifeste. Selon l'auteur, si ce règlement, qui limitait le locataire, n'existait pas des problèmes auraient pu être créés. L'existence de jurisprudence pour compléter la loi donne une flexibilité au locataire. L'alinéa 2 de l'article 490 du Code civil iranien interdit la déspecialisation et oblige le locataire à garder la même destination contractuelle. De plus, l'alinéa 7 de l'article 14 de la loi votée en 1977 a prévu les conditions du congé de la part du propriétaire (sauf quand le nouvel usage ressemble à l'ancien suivant les mœurs) ; cette solution est identique à celle prévue en droit français. Depuis, les tribunaux ont produit beaucoup d'arrêts donnant raison aux locataires pour la déspecialisation, le propriétaire n'ayant donc pas le droit au congé.

382. En résumé, nous pouvons énoncer que le retour du droit civil, au détriment des règles relatives à la déspecialisation partielle, est confirmé, non seulement en raison du fait que ce sont, dans ces deux hypothèses, les usages qui servent de référence à l'adjonction des activités, mais aussi parce que le formalisme accompagnant la procédure statutaire a pour principal effet de favoriser la recherche d'un accord de volontés entre le preneur et le bailleur sur la modification de la destination.

« L'activité de reproduction de clefs, compte tenu de l'évolution des usages de la profession de cordonnier, constitue une adaptation communément admise et mineure de l'activité contractuelle ».

Il est vrai cependant que les règles de la déspecialisation partielle ne sont pas privées de tout intérêt. Elles peuvent en effet inciter le bailleur à ne pas s'opposer systématiquement à la modification de la destination.

§ 2 - Définition en droit français de la déspecialisation plénière.

383. Le commerçant peut désirer bouleverser de façon plus profonde la destination contractuelle, soit en remplaçant purement et simplement l'ancienne activité par une nouvelle n'ayant aucun rapport avec elle, soit en adjoignant une activité nouvelle à l'ancienne sans qu'il y ait pour autant un lien de connexité ou de complémentarité.

384. Dans l'ensemble de ces hypothèses, les articles 1728 et 1134 du Code civil exigent le consentement du bailleur. Toutefois, la jurisprudence a admis très tôt certaines atténuations. D'une part, l'acceptation tacite de ce dernier fut retenue dans l'hypothèse où elle n'était pas équivoque⁷¹⁴. Selon l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 mai 1956⁷¹⁵, « le caractère d'une location est déterminé, en principe, non par l'usage que le locataire a pu faire de la chose louée mais de la destination que lui ont donnée les parties contractantes ; (...) une simple attitude passive du bailleur n'implique pas à elle seule ni une modification de la nature même du bail ni un consentement à un changement de destination des lieux, en l'absence d'autres circonstances relevées par les juges du fait ». D'autre part, la jurisprudence a reconnu que le propriétaire, en refusant l'extension, pouvait commettre un abus de droit⁷¹⁶. En conséquence, un bouleversement de la destination au cours de l'exécution du contrat de bail était admissible en vertu de l'application des règles du droit civil.

⁷¹⁴Cass. Soc., 26 décembre 1946 : *JCP*. 1947, G, IV, p. 25 ; *Rev. Loyers*, 1947, p. 119.- CA Paris, 28 février 1955 : *AJPI*. 1955, II, p. 177.- Cass. Soc., 13 octobre 1955 : *AJPI*. 1955, II, p. 371.- Ass. Plén. 3 mai 1956 : Bull. Civ. n° 1 ; *JCP*. 1956, G, II, 9245, note J. G. L. *Rev. Loyers*, 1956, p. 337 ; *AJPI*. 1956, II, p. 101.- Cass. Soc., 7 mars 1957 : *Gaz. Pal.* 1957, 1, p. 403.- Cass. Com., 6 janvier 1960 : *Rev. Loyers*, 1961, p. 141.- Cass. Soc., 29 mai 1968 : *D.* 1968, Somm. p. 126.- Cass. 3^{ème} civ., 17 avril 1969 : Bull. Civ. III, n° 295.- Cass. 3^{ème} civ., 13 février 1970 : Bull. Civ. III, n° 113.- Cass. 3^{ème} civ., 5 juin 1973 : Bull. Civ. III, n° 400.- Cass. 3^{ème} civ., 16 juillet 1975 : Bull. Civ. III, n° 252.- Cass. 3^{ème} civ., 26 novembre 1991 : *Loyers et copr.* 1992, n° 69, obs. P.-H. Brault ; *JCP*. 1992, N, II, 2359, p. 415, obs. J. Monéger.- Cass. 3^{ème} civ., 5 juillet 1995 : *RJDA*. 1995, n° 941.

⁷¹⁵Précité.

⁷¹⁶CA Riom, 9 mars 1964 : *D.* 1965, p. 67. - Cass. Soc., 17 décembre 1964 : Bull. Civ. IV, n° 359.- Cass. 3^{ème} civ., 12 avril 1972 : *JCP*. 1973, G, II, 17591.- Cass. 3^{ème} civ., 10 janvier 1973 : Bull. Civ. III, n° 39.- Cass. 3^{ème} civ., 21 novembre 1979 : *JCP*. 1980, G, IV, p. 42.- Cass. 3^{ème} civ., 27 juin 1990 : Bull. Civ. III, n° 154.

385. Les lois du 12 mai 1965 et du 16 juillet 1971, ayant modifié le statut des baux commerciaux, ont voulu étendre les possibilités offertes au preneur de changer unilatéralement la clause de destination. Aux termes de l'article L. 145-48, al. 1^{er} du Code de commerce, « *le locataire peut, sur sa demande, être autorisé à exercer dans les lieux loués une ou plusieurs activités différentes de celle 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* ». Ainsi naquit la déspecialisation plénière. En étudiant le droit français, on constate que le droit iranien ressemble au droit français dans la mesure où le tribunal peut résoudre le problème en utilisant son autorité. Et, en même temps, l'intérêt du propriétaire est considéré. Bien que le droit iranien ne soit pas aussi explicite que le droit français, il a implicitement donné ce droit au locataire pour obtenir cette autorisation.

386. Cependant, à l'instar de la déspecialisation partielle, un certain formalisme contraignant a été imposé par le statut. En effet, la législation spécifiquement applicable aux baux commerciaux exige expressément « l'autorisation » du bailleur. Or, une étude plus précise permet de penser que les parties préféreront le plus souvent modifier la clause relative à la destination d'un commun accord plutôt que de suivre la procédure de déspecialisation plénière.

387. L'idée même d'autorisation favorise la présence d'une rencontre des volontés car, en demandant au bailleur, au regard de certaines conditions, d'apprécier si le changement de l'activité est conforme aux prescriptions du statut, elle lui permet de faire obstacle, même si cela n'est que temporaire, à ladite modification. Cela est d'autant plus vrai que les conditions exigées par l'article L. 145-48 du Code de commerce présentent une certaine subjectivité. Ainsi, le statut pourrait tendre à favoriser seulement un accord entre les parties sur la modification demandée par le preneur, rapprochant alors le droit spécial des baux commerciaux des articles 1728 et 1134 du Code civil.

388. Pour bien comprendre la situation il est nécessaire de s'appesantir quelques instants sur les conditions exigées par le statut. Elles sont en effet difficiles à remplir. Tout d'abord, en cas de contentieux, le juge ne peut admettre l'exercice d'une nouvelle activité que

si elle est justifiée par « *la conjoncture économique* » et les « *nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution* » (art. L. 145-48, al. 1^{Er} du Code de commerce). Selon Mme F. Auque⁷¹⁷ « *il faut que le commerçant ait apporté la preuve d'un besoin de reconversion résultant, par exemple, de la saturation du marché ; la désécialisation n'est pas une opération spéculative permettant la transformation d'un commerce normalement rentable pour des activités dont les bénéfices seraient plus substantiels* ». Cette situation est particulièrement difficile à prouver.

389. Ensuite, le juge doit rechercher la compatibilité de la nouvelle activité espérée par le preneur ainsi que « la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier » (art. L. 145-48, al. 1^{Er} du Code de commerce). Il faut donc une certaine compatibilité entre la clientèle existante et le commerce nouvellement créé.

Enfin, le bailleur peut toujours opposer à la transformation un motif grave et légitime (art. L. 145-52, al. 1^{Er} du Code de commerce). Si le changement risque en effet de lui causer un préjudice d'une certaine importance il sera refusé au preneur⁷¹⁸

390. M. B. Boccara⁷¹⁹, analysant la procédure de désécialisation plénière, relève qu'en pratique elle a été rarement utilisée, les parties préférant la modification conjointe du contrat. Il considère alors, que l'on doit « se résigner à traîner la désécialisation plénière comme un arbre mort et privé de vie ». En effet, les entraves à la désécialisation plénière sont tellement importantes que le meilleur moyen pour le preneur d'obtenir le changement de la destination contractuelle est d'obtenir le consentement exprès du bailleur, voire un consentement tacite de sa part, et ce, en application des articles 1728 et 1134 du Code civil. Le retour du droit civil est donc certain, en raison encore une fois du formalisme prévu par le statut. On constate que les mêmes règlements existent dans la jurisprudence iranienne. Par exemple, selon l'arrêt 1808 daté en 6 janvier 2006, 18^{ième} chambre de cour d'appel : comme il n'y avait pas d'usage particulier prévu dans le contrat de bail commercial, le locataire peut le

⁷¹⁷ Op. cit., n° 138, p. 140.

⁷¹⁸ Si le préjudice est moindre il pourra obtenir une indemnité sur le fondement de l'article L. 145-50, al. 1^{re} du Code de commerce (V. sur ce point, B. Boccara, Bail commercial, Désécialisation, Droit commun, J-CI. Entreprises individuelle, Bail à loyer, fasc. 1470, 1998, n° 89, p. 21 ; P.-H. Brault, L'adaptation des lieux loués à leur destination contractuelle et la fixation du loyer en renouvellement : Loyers et copr. Novembre 2000, p. 7).

⁷¹⁹ Art. Préc., n°3, p. 3.

changer et ainsi passer de vendeur d'ustensiles à vendeur de poulets et d'œufs. On remarque que la jurisprudence a aidé le locataire.

Titre II - Cession de contrat du bail commercial dans les systems français /iranien : Le changement des parties au contrat.

391. La cession de bail est un contrat par lequel le locataire au titulaire du bail en transmet le bénéfice à un tiers. Le cessionnaire remplace le cédant et devient le nouveau locataire.

392. Le transfert de propriété du contrat par l'ancien locataire au nouveau locataires'opère par l'application du principe du transfert *solo consensu* de la propriété. Selon ce principe, un simple accord des volontés, autrement dit un simple contrat, suffit pour que deux personnes puissent transférer la propriété d'un bien entre elles. Ce principe est au fond le reflet de cette idée que la volonté est toute puissante, à elle-seule et sans besoin de recourir à une autre chose, pour créer un effet de droit quelconque.

393. Le principe du contrat de bail a été reconnu en droit français aussi bien qu'en droit iranien, mais pas exactement de la même manière. Pour mieux comprendre les points de ressemblances et de différences entre ces deux droits, nous allons étudier la question séparément d'abord en droit français (Chapitre 1) et ensuite en droit iranien (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La reconnaissance du principe de cession des baux commerciaux en droit français.

394. La reconnaissance du principe du transfert, en droit français date de la rédaction de son Code civil en 1960. Divers article de ce code font application de ce principe. La cession d'un bail (droit au bail) permet au cessionnaire (le nouveau locataire) de poursuivre la relation contractuelle à la place du cédant (celui qui cède le contrat) auprès du bailleur. Pour ce faire, le bail ne doit pas interdire expressément la cession (par une clause). En tout état de cause le locataire pourra toujours céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise (art. L. 145-16 du C. com.). Or, le sens de ces dispositions ne peut s'expliquer qu'à la lumière de l'histoire. Car en fait ce n'est qu'au terme d'une très longue évolution que le droit français est arrivé à ce point-là. Dans l'ancien droit français, à la suite du droit romain qui a toujours influencé le droit français, des principes tout à fait différents dominaient. Aussi étudiera-t-on la question du transfert de propriété dans le contrat du bail successivement en droit romain et ancien droit français (Section 1) et en droit moderne français (Section 2).

Section 1 - Cession de contrat: une approche historique dans le droit français

395. Il est tout à fait important de connaître les histoires dans le droit français pour trouver les différentes formes au ressemblance. Cette comparaison d'approche a inévitablement entraîné des conséquences opposées en ce qui concerne l'existence dans le contrat du bail successivement en droit romain (Sous section 1) et ancien droit français (Sous section 2).

Sous section 1 - DROIT ROMAIN.

§ 1 - Le bail n'implique pas nécessairement la cession de contrat.

396. En droit romain, le contrat de bail et de vente n'aboutissent pas toujours à un transfert de contrat. Celui-ci ne participe pas de l'essence de ce contrat⁷²⁰. Le bail peut valablement exister même sans aucun transfert de contrat. Un contrat de bail est considéré comme une vente dès lors que l'une des parties (bailleur) s'oblige à fournir et à garantir à l'autre partie (locataire) la possession paisible et durable de la chose loyer, moyennant un loyer⁷²¹. L'obligation principale de la vente romaine se borne ainsi à mettre le locataire en possession de la chose et à le défendre contre toute sorte de trouble qui pourrait mettre un obstacle à cette possession. L'obligation précise de transférer de contrat n'existe pas⁷²². C'est la raison pour laquelle le bail de la chose d'autrui est possible et valable et que le locataire n'aura aucune action contre le bailleur, tant qu'il n'aura été ni évincé ni troublé.

397. Le fait que le bail et la vente romaine n'impliquent pas nécessairement la cession de contrat, a été expliqué différemment. Deux raisons, l'une d'ordre économique et l'autre d'ordre juridique, ont été avancées :

⁷²⁰A. Colin et H. CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, T. 2, 10^{ème} éd., Par L. Julliot de la morandière, Dalloz, 1948, n° 823, p. 548.

⁷²¹V. G. BAUDRY – LACANTINERIE et LEO. SAIGNANT, Traité théorique et pratique de droit civil, De la bail et de l'échange, 1900 n° 4, p. 4 ; R. MONIER, Manuel élémentaire de droit romain, T 2, Domat, 1944-45,, n° 104, p. 165 ; V. également : BEUDANT, op., cit., loc. Cit. ; COLIN et CAPITANT, op. Cit., loc. Cit. ; J. L. GAZZANIGA, Introduction historique au droit des obligation, PUF, 1992, n° 107, p. 125 ; A. E. GIFFARD-R. VILLERS, Droit romain et ancien droit français, 3^{ème} éd., Dalloz, 1970, n° 81, pp.55-56 ; B. GROSS – P. BIHR, Contrat, T. 1, Ventes civiles et commerciales, 1993, p. 37 ; L. GUILLOUARDE, Traité de la vente et de l'échange, Livre 3 Titre 6 et 7 du Code civil, T. 1, Art. 1582 à 1649, 2^{ème} éd., 1890, n° 5, p. 10 ; POTHIER, Traité du contrat de vente, T. 1, Duburue, n° 1 et 7, pp. 1-2, 8-9 ; M. TROPLONG, Le droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code, De la vente, T. 1, 3^{ème} éd., 1837, p. 6.

⁷²² Même lorsque, par une clause expresse, dit Troplong (op. Cit.,loc. Cit.) le bailleur s'obligeait à rendre l'acquéreur propriétaire, c'était une stipulation exorbitante du contrat ; le contrat cessait d'être qualifié bail, il rentrait dans la classe des contrats innomés. Il cite également ce qu'il disait Africain: « Hactenus tenetur (venditor) ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat » : Le bailleur est tenu seulement à assurer la possession de la chose à locataires et non à le rendre propriétaire. Outre les ouvrages précités au note n° 3, V. également: F. COLLART DUTILLEUL – P. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 4^{ème} éd., Précis Dalloz, 1998, n° 186, p. 156 ; E. COLMET DE SANTERRE, Cours analytique de Code Napoléon T. 7, Art. 1582-1831, 1873, n° 2, pp. 2-3 ; F. LAURENT, Principes de droit civil français, T. 24, 2^{ème} éd., Bruxelles, 1877, n° 3, p.8 ; G. LEPOINTE – R. MONIER, Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Sirey, p. 246 ; M. PLANIOL – G. RIPERT, Traité pratique du droit civil français, T. 10, Contrats civils, 2^{ème} éd., Par J. HAMEL – F. Givord – A. Tunic, LGDJ., 1956, n° 2, p. 3.

1) Raison d'ordre économique: Pour beaucoup d'auteurs⁷²³ c'est le désir de rendre le bail accessible à toutes les personnes et sur tous les biens qui a amené les romains à limiter l'objet essentiel du bail à la translation de la possession et non pas à la translation du contrat. Si le bail n'avait pas été conçu ainsi, il n'aurait pu être accessible dans les relations des romains avec des pérégrins et non plus à l'égard des fonds provinciaux. Car à Rome, seuls les citoyens romains pouvaient acquérir la propriété des biens et non pas les pérégrins, d'autant plus que la propriété des fonds provinciaux n'était pas transmissible.

398. Malgré l'omniprésence dans le droit français de l'adage romain *dura lex sed lex*⁷²⁴, la majorité des textes législatifs et réglementaires tendent à la protection de l'individu⁷²⁵. En effet, l'ensemble des normes juridiques participent à l'élaboration d'un ordre juridique qui assure, par son respect, l'ordre social et, en conséquence, toute l'organisation institutionnelle et fonctionnelle de la société⁷²⁶. Cet ordre juridique évolue au fil des décennies⁷²⁷ pour s'adapter aux besoins et aux aspirations de la Nation⁷²⁸. Ainsi, l'État français et son ordre juridique ont été profondément bouleversés par la gravité des crises résultant des deux grandes guerres.

2) Raison d'ordre juridique : « Certains auteurs en trouvent le fondement dans la manière de penser la logique juridique dominante à cette époque. Influencés par le vieux droit civil de la République »⁷²⁹, les romains mesuraient la portée d'un contrat à partir de la dénomination qu'il avait dans la langue scientifique. En conséquence, « comme rien dans les formules ordinaires et dans la qualification du contrat du bail n'impliquait précisément l'obligation de transférer de propriétaire du fonds, comme ce contrat avait un sens réel et un but positif, à part toute nécessité de rendre locataire incommutable, on avait pensé qu'il fallait

⁷²³En ce sens: M. ALTER, L'obligation de délivrance dans le bail et la vente de meubles corporels, Th., Grenoble, LGDJ., 1972, n° 2, p.9 ; BEUDANT, T. 11, vente, op. Cit., n° 13, p. 10 ; COLIN et CAPITANT, op. Cit., n° 823, p. 547 ; GIFFARD – VILLERS, op;cit., n° 82, p.56 ; GROSS – BIHR, op. Cit., loc. Cit. ; LEPOINTS et MONIER, op. Cit., p.246.

⁷²⁴ROLLAND H. et BOYER L., Adages de droit français, 4^{ème} éd., éd. Litec, 1999, p. 186 *Dura lex sed lex*.

⁷²⁵E. S. DE LA MARNIERE, Les législations de protection : D. 1950,, chron., p. 93.

La protection de la partie la plus faible dans les rapports contractuels : Centre du droit des obligations de Paris I et Université Catholique de Louvain, Bibliothèque de droit privé, t. 261, LGDJ 1996.

⁷²⁶Ph. JESTAZ, Le Droit, éd. Dalloz, coll. Connaissances du droit, 4^{ème} éd., nov. 2001, p. 40 et suiv.

⁷²⁷G. DEL VECCHIO, Philosophie du droit, éd. Dalloz, nov. 2003, v. spéc. Caractères de l'évolution juridique du droit p. 396 et suiv.

⁷²⁸G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, 2^{ème} éd., éd. LGDJ, févr. 1994, voir spéc. p. 27, n° 10, ainsi que p. 71 et suiv. Sur l'évolution nécessaire du droit et la création du droit.

⁷²⁹Sh. Mohammad zadeh, Collection d'études de cas (Majmoe motaleatte moredi), Dans une telle perspective, le droit Iranien se trouve naturellement à côté du droit Français, PUF, 2008, p. 21.

se tenir en dehors de cette nécessité, à fin de ne pas faire dire aux mots ce qu'ils n'exprimaient pas directement »⁷³⁰.

399. Le transfert de contrat, quoi qu'il ne soit pas l'élément essentiel du contrat de louage en droit romain, en reste pourtant le but final et rationnel qu'il doit atteindre lorsqu'il est possible⁷³¹. Tel est le cas quand le bailleur est propriétaire de la chose, ne s'agissant pas de fonds provinciaux, est susceptible d'être transférée. Dans pareil cas, la bonne foi exige que le bailleur ne se contente pas de la translation de son pouvoir de fait et qu'en exécutant son obligation de livrer, transmette également tout son pouvoir sur la chose, faute de quoi le locataire a le droit de l'exiger par l'action⁷³². L'obligation principale du contrat de bail, comprend ainsi une autre obligation : celle de transférer la propriété du bailleur.

400. Le bail romain n'est donc pas tout à fait vide de l'obligation de transférer la propriété, mais sa particularité réside dans ce fait qu'elle n'a pas toujours une telle obligation et que même si elle l'avait, elle serait une obligation accessoire et secondaire se cachant derrière l'obligation principale de ce contrat, c'est-à-dire l'obligation de livrer⁷³³ c'est ainsi que Pothier écrit : « la livraison à laquelle le contrat de la chose louée s'est engagé est une livraison par laquelle le contrat doit transférer, s'il est possible, au locataire tout le droit qu'il a

⁷³⁰ TROPLONG, op. cit. loc. cit. Il est, tout de même, curieux d'entendre que dans l'échange ils admettaient que les parties devaient se rendre respectivement propriétaire des choses louées échangées (encore Troplong, *ibid.*). V. également : POTHIER, op. cit., loc. cit.

⁷³¹ BAUDRY – LACANTINERIE et SAIGNANT, op., cit., n° 5, p.4 ; COLIN et CAPITANT, op. cit., n° 823, p. 548 ; GROSS – BIHR, op. cit., p. 37 ; T. HUC, Commentaire théorique et pratique du Code civil, T. 10, Art. 1582 à 1831, 1897, n° 3, pp. 11-12. Et c'est bien la raison pour laquelle certains textes romains refusent de considérer comme vente une convention avec clause que l'acheteur ne deviendra pas propriétaire il en est de même pour cession du contrat en cours de bail : V. BEUDANT, op. cit., n° 13, p.9, note n°1 ; MONIER, op. cit., n° 114, p. 185.

J. -Cl. Bail à loyer, Fasc. 1270, nos 128 et s. ; P. Biasca, Le droit des constructions édifiées par le locataire : Gaz. Pal. 1976, 2, doctor. p. 530.

⁷³² BEUDANT, op. cit., n° 13, p.10 ; COLIN et CAPITANT, op. cit., loc. cit. ; GIFFARD – VILLERS, op., cit., n° 82, p.56 ; LEPOINTE et MONIER, op. cit., p. 247 ; POTHIER, op. cit., p.2.

⁷³³ V. COLLART DUTILLEUL – DELEBEQUE, op. cit., n° 186, p. 156 ; MONIER, op. cit., n° 114, p.185. ET c'est en ce sens qu'il faudrait entendre certains textes français qui à le bail romain attribuent-ils, apparemment pour simplifier, l'obligation de transférer la propriété d'un fonds de commerce. Il en est ainsi les textes suivants :

– « Le bail (romain) impose au bailleur l'obligation de *dare* » (BEUDANT, Cours de droit civil français, T.8, les contrats et les obligations, 2^{ème} éd., Par R.Beudant et P.Lerebours – P.Lerebours – Pigeonnière, Avec la collaboration de Gaston Lagard, Lagard, 1936, n° 315, p.230), alors qu'ailleurs il écrit que le bail n'impliquait pas inévitablement l'idée du transfert de la propriété (T.11, La vente – le louage des choses, op. cit., n° 13, p.10).

– « Il (le bail) faisait seulement naître des obligations à la charge des parties dont celle de transférer la propriété qui se réalisait ultérieurement par un mode approprié » (GROSS – BIHR, op. cit., pp. 163-164), alors qu'ailleurs il a déjà écrit que sur le bailleur pèse en premier lieu l'obligation de livraison (*ibid.* P. 37).

– « Le droit romain obligeait le bailleur à transférer la propriété » (MALAURIE – AYNES, Contrats spéciaux, op. cit., n° 172).

– « Le contrat ne transférait pas par lui-même la propriété, il créait à la charge du bailleur l'obligation de procéder au transfert » (P. GHIHO – A. ROBERT, Droit civil, Les biens, L'hermès, 1994, n° 119, p. 65).

sur la chose ». Le bail, en droit romain, a aussi une autre particularité : même lorsqu'elle aboutit à un transfert de propriété, elle ne le réalise pas par elle-même ; le transfert se réalise par l'accomplissement d'une opération juridique distincte et supplémentaire.

§2 - Le bail n'entraîne pas par lui-même la cession du contrat en cours de bail⁷³⁴.

401. Deux principes sont clairs pour les romains : d'une part, par le contrat, y compris le bail, on s'oblige, on ne peut pas transmettre du contrat d'une chose. La translation du contrat peut, au plus, être l'objet d'une obligation contractuelle mais non celui du contrat lui-même⁷³⁵. D'autre part, on ne peut pas être propriétaire d'une chose sans en avoir la possession ; la notion de propriété est ainsi intimement liée et voir confondue avec celle de possession⁷³⁶.

⁷³⁴COLIN et CAPITANT, cours élémentaire de dr. Civ., T.2, op. cit., n° 823, p. 547.

⁷³⁵BAUDRY – LACANTINRIE et SAIGNANT, op. cit., n°4, P.3 ; BEUDANT, T 8, Contrat et obligation, op. cit., n° 315, pp.230-231 ; C. BUFNOIR, Propriété et contrat, Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations, Rousseau, 1900, p.40 ; J. CARBONNIER, Droit civil, T.3, Les biens, 19^{ème} éd., PUF, 2000, n° 108, pp. 186-187 ; COLLART DUTILLEUL – DELEBECQUE, op. cit., n° 186, pp. 156-157 ; GHIHO – ROBERT, op. cit., n° 119, p.65 ; GIFFARD – VILLERS, op. cit., n° 80, p.54 ; G. MARTY – P. RAYNAUD – P. JOURDIN, Droit civil, Les biens, Dalloz, 1995, n° 52, p.67 ; H.L.J. MAZEAUD – F. CHABAS, Leçon de droit civil, T.2, Vol.2, Biens, 8^{ème} éd., Par F. Chabas, Montchrestien, 1994, n° 1613, p. 347 ; R. MONIER, Manuel élémentaire de droit romain, T.2, Les obligations, 3^{ème} éd., Domat-Montchrestien, 1944, n° 112, p. 183 ; POTHIER, op. cit., n° 318 ; F. SURVILLE, Eléments d'un cours de droit civil français, T. 1, Rousseau, 1904, n° 807, p.426 ; F. TERRE – P. SIMLER, Droit civil, Les biens, 5^{ème} éd., Dalloz, 1998, n° 386, p.273 ; TROPLONG, op. cit., n° 36-37, p. 43.

⁷³⁶Doneau affirmait, tel que Laurent le cite : « le locataire ne saurait être propriétaire avant la tradition, parce qu'il n'a pas la chose en sa puissance c'est le propriétaire qui la possède et qui, par conséquent, en peut disposer » : F. LAURENT, Principes de droit civil français, T. 16, 2^{ème} éd., Bruxelles, 1876, n° 354, p. 417, faisant référence à Donelli commentarii, IV, 17, 3, T. 2, p. 393. V. aussi : C. LARROUMET, Droit civil, T. 2, Biens, 3^{ème} éd., Economica, 1997, n° 368, pp. 209-210 ; Y. LOUSSOUARN (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de), Cours de droit civil, Le transfert de propriété par l'effet des contrats, Paris, 1969-70, pp. 5 à 8 ; MAZEAUD – CHABAS, Biens, op. cit., loc. cit. ; P. OURLLAC – J.L. GAZZANIGA, Histoires du droit privé français de l'an mil au code civil, Albin Michel, 1985, p. 218.

A côté de ces deux raisons, certains auteurs (Mazeaud, Biens, op. cit., loc. cit.) en ont ajouté une autre. Pour eux, si les romains, et certaines législations modernes, ont résisté à l'égard de l'effet translatif du contrat c'est parce que le transfert de propriété accompli en dehors de la remise de la chose demeure occulte et qu'il risque alors de compromettre les intérêts des tiers. Pour nous, il est vrai qu'en droit romain la gravité du transfert d'un droit de propriété, le droit réel absolu, et les effets qui en découlent exigent que cette opération soit, en principe, apparente aux yeux de tous, ce qui permet la protection des intérêts des tiers. Mais dire que l'opération du transfert de propriété doit être apparente ne contredit pas que le contrat puisse être translatif ; la remise de la chose n'est pas le seul moyen par lequel un acte juridique devient apparent : un contrat peut être translatif et en même temps apparent par n'importe quel moyen d'information. Les romains n'admettent pas que le contrat soit translatif, non pas pour la question de la protection des tiers et de l'apparenté mais parce que le contrat, par sa nature, ne peut pas être translatif et que la propriété, par sa nature, ne peut pas accepter un tel transfert abstrait. Certes, une telle conception du droit romain aboutit en fait à ce que l'opération du transfert soit toujours apparente, par la remise matérielle de la chose, mais cela est la conséquence du système et non pas son fondement.

Ceci étant, le contrat de bail ne peut réaliser une cession de bail, sauf s'il est accompagné d'une autre opération constituant la remise matérielle de la chose au cessionnaire⁷³⁷. Ainsi, dans la conception romaine, tant que cette opération supplémentaire n'a pas été faite, le bailleur demeure le propriétaire de la chose louée. En conséquence⁷³⁸, premièrement, il garde juridiquement la maîtrise du bien et peut en disposer librement. Et s'il loue la même chose à un second locataire, en lui livrant cette chose, ce second locataire sera préféré au premier.

402. Deuxièmement, le locataire n'a qu'une action personnelle contre son bailleur, parce qu'il est seulement créancier de la chose. Troisièmement, la chose louée peut être l'objet d'une saisie par les créanciers du bailleur.

403. Tout au long du droit romain, le principe reste le même : pour transférer la propriété, il faut avoir recours à une opération distincte du contrat. Mais la forme de cette opération n'est jamais restée la même. La conception matérialiste romaine est au début beaucoup plus exigeante et formaliste qu'à la fin. Elle va, en effet, d'une période de rigueur vers une période de souplesse.

1) La période de rigueur : Pendant cette période, pour la cession, il faut nécessairement avoir recours aux modes formalistes : soit à l'*in jure cessio*, soit à la *mancipatio*. La tradition, c'est-à-dire la simple remise matérielle de la chose ne suffit pas, ou si elle suffit, son efficacité se borne aux *res nec Mancipi* : les biens moins importants⁷³⁹.

404. L'*in jure cessio*, la forme la plus ancienne, est un procès fictif selon lequel les parties comparaissent devant le magistrat avec la chose : le locataire s'en prétend propriétaire et le bailleur ne le contredit pas ; le magistrat déclare donc le premier propriétaire. L'*in jure cessio* est indifféremment applicable aux *res nec Mancipi* et aux *res Mancipi*. Ces derniers sont les biens les plus importants, ceux qui se louent uniquement entre les citoyens romains,

⁷³⁷ L'opération du transfert de bail, bien que se réalisant et se manifestant par la remise matérielle de la chose, ne doit pas, à notre sens, être analysée comme le résultat d'un acte purement matériel. A côté de l'élément matériel apparent, il existe en fait un élément volontaire et abstrait mais qui se présente également par le même acte matériel. Et c'est bien cela la spécificité du droit romain: la volonté de cession de bail se présente par un acte matériel, ce qui entraîne la translation simultanée de la chose. Les évolutions ultérieures mettent plus en évidence cet aspect volontaire de l'opération. Comme on verra, au fil du temps cette opération se dématérialise et devient de plus en plus abstraite et intellectuelle. Si au début c'est l'élément matériel qui absorbe l'élément volontaire, à la fin, au contraire, c'est l'élément volontaire qui va absorber l'élément matériel.

⁷³⁸ V. : C. AUBRY et C. RAU, Cours de droit civil français, T.2, 6^{ème} éd., Par E. Bartin, 1935, § 207, p. 389 ; BEUDANT, T.8, Contrats et obligations, op. cit., n° 315, p. 230 ; L. LAROMBIERE, Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres 3 et 4, livre 3 du Code Napoléon, Art. 1101 à 1386, T., 1857, Durand, n° 2, p. 420 ; LAURENT, T. 16, op. cit., n° 354, p. 417 ; MAZEAUD – CHABAS, Biens, op. cit., n° 1614, p. 347 ; MONIER, T. 1, op. cit., p. 405 ; POTHIER, op. cit., n° 151 – 152 ; TROP LONG, op. cit., n° 37, p.44.

⁷³⁹ Sur l'ensemble V. : COLLART DUTILLEUL – DELEBEQUE, op. cit., n° 186, p. 156 ; GHIHO – ROBERT, op., cit., n° 119, p. 65 ; MARTY – RAYNAUD – JOURDIN, Bien, op. cit., n° 52, p. 67 ; MONIER, T.1, op. cit., n° 294 à 298 , pp. 405 à 412 ; F. ZENATI, Les biens, PUF, 1988, n° 136 , p. 151.

tels que les immeubles, les esclaves, les tombes, les perles et les animaux domptés par l'homme⁷⁴⁰.

La *mancipatio* est une procédure extrajudiciaire applicable aux *res Mancipi*, selon laquelle le locataire prononçant certaines paroles rituelles devant des témoins déterminés par la loi s'en affirme propriétaire. Il frappe, ensuite, une balance avec un lingot de cuivre qu'il remet à titre de prix⁷⁴¹.

2) La période de souplesse : Pendant cette période, d'abord, la tradition devient, à côté de l'*in jure cessio* et la *mancipatio*, un mode général du transfert de la propriété, pour les *res nec Mancipi* comme pour les *res Mancipi*. Ensuite, au fil du temps, l'*in jure cessio* et la *mancipatio* disparaissent l'un après l'autre et la tradition devient le seul mode de transfert. Enfin, en dernière phase, la tradition elle-même se simplifie progressivement et, avec l'admission des formes suivantes, devient de plus en plus irréaliste et immatérielle⁷⁴²:

– Tradition de longue main⁷⁴³: la tradition est réputée faite, sans la remise effective de la chose, lorsque le bailleur donne au locataire les moyens d'entrer en possession, par exemple, il lui donne les clés de l'immeuble du bail commercial.

– Tradition de brève main : la tradition est réputée faite, sans nouveau déplacement, lorsque, la locataire est déjà en possession de la chose à un autre titre, comme cessionnaire par exemple.

– *Constitut* possessoire : La tradition est réputée faite, sans déplacement de la chose, à partir du moment où le bailleur, par une clause contractuelle, possède à un autre titre, tel que l'acheteur ou dépositaire, pour le compte de locataire.

⁷⁴⁰COLLART DUTILLEUL – DELEBEQUE, op., cit., loc. cit. ; ZENATI, ibid.

⁷⁴¹ZENATI, ibid.

⁷⁴²Sur la tradition et son évolution : BAUDRY – LACANTINERI et SAIGNANT, op. cit., n° 5, p.4 ; BUFNOIR, op. cit., p. 41 ; CARBONNIER, Biens, op. cit., n° 112, pp. 193-194 ; COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de dr. Civ., T. 1, op. cit., n° 1282, pp. 1008-1009 ; traité de dr. Civ., T. 2, op. cit., n° 518, p. 281 ; GHIHO – ROBERT, op. cit., n° 119, p. 65 ; C. LARROUMET, T. 2, Biens, op. cit., n° 366, pp. 208-209 ; LOSSOUARN, op. cit., pp. 20 à 22 ; MALAURIE – AYNES, Contrats spéciaux, op. cit., n° 252, p. 194 ; MONIER, op. cit., n° 298-299, pp. 412-416-417 ; MARTY – RAYNAUD – JOURDIN, Biens, op. cit., n° 52, p. 67 ; MAZEAUD – CHABAS, Biens, op. cit., n° 1614, p. 347 ; A. M. PATAULT, Introduction historique au droit des biens, PUF, 1989, n° 173, p. 202 ; M. PLANIOL – G.RIPERT, Traité pratique du droit civil français, T. 3, Biens, 2^{ème} éd., Par M. Picard, L.G.D.J., 1952, n° 619, p. 627 ; G. RIPERT – J. BOULANGER, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, T. 2, Obligations – Droits réels, L.G.D.J., 1957, n° 2441, pp. 855 ; SURVILLE, op. cit., pp. 426-427 ; ZENATI, op. cit., n° 136, p. 165.

⁷⁴³ Nommée par certains auteurs « la tradition symbolique » : MAZEAUD – CHABAS, Biens, op. cit., loc. cit.

Mais malgré ces assouplissements, plutôt de forme, l'impuissance du bail à transférer par lui, reste le trait caractéristique du droit romain⁷⁴⁴.

Sous section 2 - Ancien droit français.

405. Dans l'ancien droit français, ce sont les mêmes idées qui dominent⁷⁴⁵. D'une part, le cession de bail ne constitue pas l'essence du contrat du bail ; l'essentiel est la possession de la chose du bail de la chose d'autrui est-elle encore considérée comme valable. D'autre part, ce transfert de bail ne se réalise que par la tradition et non par le contrat lui-même. Cette tradition, de plus, au début et surtout dans certaine régions, est très formaliste ; elle implique généralement l'intervention d'un officier public : un seigneur, un juge, ou un notaire, selon le cas et l'époque⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴Ces cas ne devraient pas être considérés en réalité comme exceptions à la règle générale du droit romain. Car, dans ces cas, le transfert de propriété est toujours dissocié du contrat et lié à la tradition et à la possession.

Dans la tradition de longue main rien n'a changé, sauf que la notion de la possession a trouvé un étendu plus large : le pouvoir de possession a été considéré comme la possession elle-même.

Dans la tradition dite de brève main aussi, le transfert bail est tout à fait lié à la tradition mais comme locataire est déjà en possession de la chose, l'élément matériel de l'opération du transfert est automatiquement réalisé et suivant le bon sens il n'y a besoin de le refaire. Il reste seulement l'élément volontaire du transfert qui se fait abstraitement (à cet égard, Colin et Capitant – op. cit., loc. cit.- écrivent que dans ce cas-là le bailleur – vendeur – déclare renoncer à la propriété, mais Mazeaud – op. cit., loc. cit.- sans faire référence à une telle déclaration écrivent que dès le locataire, la vente cesse de posséder pour autrui, il possède pour lui en tant sous-locataire ; son titre est interverti).

Dans le dernier cas, où l'évolution semble plus importante, le transfert de bail n'est pas dissocié de la possession, mais cette fois la locataire prend possession de la chose par le bailleur lui-même, qui possède désormais pour le premier. Là, bien que convoquant le bon sens, on puisse théoriquement dire que l'élément matériel est comme fait, il serait préférable d'accepter que l'opération de transfert est cette fois-ci dépourvue de son élément matériel et que la tradition est devenue tout à fait abstraite.

⁷⁴⁵Il est ainsi que pour POTHIER, le bail renferme l'obligation de livrer la chose mais elle ne renferme pas l'obligation précise de lui en transférer la propriété et que "les contrats ne peuvent que former des engagements personnelles entre les contrats, ce n'est que la tradition qui peut transférer la propriété": op. cit., n° 1-7-48-318, pp. 1-2, 8-9, 46-47. V. : BEUDANT, T.11, op. cit., n° 14, p. 11 ; BUFNOIR, op. cit., p. 40 ; COLIN et CAPITANT, Traité de dr. Civ., T. 2, op. cit., n° 519, p. 281 ; LOUSSOUARN, op. cit., pp. 22-23 ; MAZEAUD – CHABAS, Biens, op. cit., n° 1615, p. 348 ; TROP LONG, op. cit., n°38, p. 44 ; ZENATI, op. cit., n° 136, p. 166.

⁷⁴⁶ « Dans le droit France, le transfert de la propriété se réalise publiquement devant témoins, par la remise de la chose... au moyen de gestes très concrets qui montrent à tous que le bien a changé de mains.... A partir du 9^{ème} siècle,...l'investiture prend une forme légale : elle s'opère désormais en présence du roi ou de son représentant... le puis souvent, le cérémonie est judiciaire, elle a lieu au *mallus* tribunal présidé par le compte, mais elle peut aussi se dérouler devant l'église ou au marché public...l'essentiel est la présence d'une autorité légale, d'un large

406. Cependant, sous l'influence des praticiens, la tradition se simplifie progressivement comme en droit romain, jusqu'à ce qu'en perdant sa substance matérielle elle devienne tout à fait abstraite. La clause de « *dessaisine – saisine* » illustre bien le point de perfectionnement de cette évolution⁷⁴⁷. Ni la remise effective de la chose, ni la mise en possession de la chose par des moyens d'y entrer, ni même le changement de titre possessoire⁷⁴⁸ tel qu'il se fait dans le constitut possessoire, ne sont plus nécessaires. Au lieu de procéder effectivement à la tradition, les parties insèrent dans le contrat une clause suivant laquelle elles affirment mensongèrement avoir accompli la tradition. Elle fait foi la tradition, et donc le transfert de propriété, est réputée faite, au même moment que le contrat, bien qu'en réalité la chose reste toujours en la possession du bailleur. Cette clause devient même une clause de style des contrats du bail. Elle est même considérée comme sous-entendue lorsque les contractants oublient de l'insérer. On conçoit bien que dans une telle opération tout est abstrait et qu'il n'existe aucun élément matériel. Si la volonté n'est pas encore capable de transférer directement et à travers le contrat la propriété de la chose, elle peut y procéder indirectement par une autre opération qui est désormais, à son tour, intellectuelle et volontaire. Mais encore, de toute façon, la tradition, bien qu'imaginaire, demeure l'élément indispensable pour la translation de la propriété⁷⁴⁹.

public, en principe les notables du lieu » : PATAULT, op. cit., n° 12, p.27. V. également: P. BESNIER, Le transfert du bail dans les pays de Nantissement à la fin de l'ancien régime, in *Mélanges dédiés à la mémoire de R. MONIER*, Montchrestien, 1958, pp. 195 à 199 ; MAZEAUD – CHABAS, Biens, op. cit., n° 1615, p. 348 ; FR. OLIVIER – MARTIN, Histoire du droit français des origines à la révolution, C.R.N.S., 1984, n° 210, p.277 ; MARTY – RAYNAUD – JOURDIN, Biens, op. cit., n° 52, p.67 ; ZENATI, op. cit., n° 136, p. 166.

⁷⁴⁷ Sur cette clause nommée par certaines des clauses de "tradition feinte", V. : BAUDRY – LACANTINERI et SAIGNANT, op. cit., n° 5, p.4 ; BUFNOIR, op. cit., p. 41 ; COLLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de dr. Civ., T. 1, op. cit., n° 1282, pp. 1008-1009 ; C. DEMOLOMBE, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, T. 1, Durant - Achette, 1868, n° 416, p. 395 ; GHIHO – ROBERT, op. cit., n° 66, p. 65 ; LOUSSOUARN, op. cit., p.23 ; MARTY – RAYNAUD – JOURDIN, op. cit., n° 52, p. 68 ; MAZEAUD – CHABAS, Biens, op. cit., n° 1615, p. 348 ; TERRE – SIMLER, Biens, op. cit., n° 386, p. 273 ; ZENATI, op. cit., n° 137, p. 167.

⁷⁴⁸ MARTY – RAYNAUD – JOURDIN, Biens, op. cit., loc. cit. ; M. PLANIOL – G. RIPERT, Traité pratique du droit civil français, T. 3, Biens, 2^{ème} éd., Par M. Picard, LGDJ., 1952, n° 619, p. 627.

⁷⁴⁹ CARBONNIER, Biens, op. cit., n° 112, p. 209. On aperçoit bien que pour les auteurs français, l'évolution faite dans la procédure du transfert de propriété est une évolution effectuée dans la manière de procéder à la tradition et non pas dans la notion même de tradition : la tradition a eu toujours un sens réel, c'est-à-dire la remise matérielle de la chose. Ce qui a changé c'est qu'au début, la tradition s'opère effectivement mais à la fin se fait mensongèrement. Ces auteurs, s'ils utilisent les mots « tradition abstraite et intellectuelle » (Collart Dutilleul – Delebeque, op. cit., n° 186) veulent en fait dire « tradition fictive et mensongère ».

Une réflexion plus profonde nous amène, tout de même à nous demander si cette évolution pourrait être interprétée d'une autre manière? Pourrait-on dire que cette évolution était en fait une évolution de la notion même de tradition plutôt que de la manière de sa réalisation? Une réponse affirmative pourrait se justifier ainsi : En droit romain, le transfert de propriété se croise avec le transfert de possession pour deux raisons : (1) Le contrat ne peut transférer la propriété, il fait naître l'obligation de transférer la propriété. (2) Le transfert de

407. Une telle conception romaniste du bail et la cession de contrat ne convainc, toutefois, pas tous les juriconsultes de l'ancien droit. Certains, dont le nombre s'augmente vers la fin de l'ancien droit, la critiquent en s'inspirant des données de l'école de la nature et du droit des gens⁷⁵⁰. Pour eux :

a) Le bail doit avoir pour objet de transférer la propriété d'un fonds de commerce de la chose bailleur et non pas simplement d'en transférer la possession : « Le principe des juriconsultes romains, que le bailleur n'est pas censé s'obliger précisément à transférer à locataire la propriété de la chose louage, est un principe purement arbitraire qui n'est point pris dans la nature, et qui ne doit point être suivi dans notre pratique française »⁷⁵¹.

b) La tradition ne doit pas être nécessaire pour cession de la propriété.

Pour cela, la seule volonté des parties doit suffire : « La propriété est transférée par testament, par succession, sans que le légataire ni l'héritier aient besoin d'une délivrance quelconque⁷⁵². Si la volonté expresse ou tacite de l'homme suffit pour cession la propriété de tous ces biens, pourquoi cette volonté n'aurait-elle pas la puissance la cession de contrat d'une chose entre-

propriété est dépendant du transfert de possession, car on peut pas être propriété d'un bien sans en avoir la possession. Aussi, pour transfert de propriété d'un bien faut-il une translation de la chose et une translation de la propriété ; la première nécessite un acte matériel tandis que la deuxième nécessite une manifestation de la volonté. La tradition ou plus exactement la « *traditio* » est composition de deux traditions: une tradition matérielle par laquelle le bailleur livre la chose à locataire, une tradition abstraite et juridique par laquelle le bailleur livre – transférer – le droit de propriété sur la chose. Au fil du temps, ces deux éléments composant de la « *traditio* » se séparent, car le transfert de propriété se délie du transfert de possession. Pour quoi? Parce que la notion de propriété se dégage de la notion de possession, et la conception romaniste perd sa deuxième raison. Désormais, pour transférer la propriété, il faut deux actes: le contrat qui reste toujours producteur de l'obligation, et la tradition, mais cette fois une tradition pure abstraite par la quelle le bailleur, en manifestant sa volonté, exécute son obligation de transférer la propriété. Il n'y a plus besoin de tradition matérielle de la chose, car le transfert de propriété n'en dépend plus. La conception demeure donc dualiste mais non pas matérialiste. Ainsi quand on utilise les mots « tradition abstraite et intellectuelle », on les prend bien dans leur sens véritables.

Une telle analyse, quoi qu'elle soit peut-être plus cohérente avec les changements ultérieurs faits par le Code civil, compte tenu des réalités historiques ne pourrait pas être convainquante d'autant plus que l'expression « *dessaisine-saisine* » ayant un sens réel, montre que c'est bien la réalisation mensongère de la tradition matérielle qui est en cause.

⁷⁵⁰V. CARBONNIER, Biens, op. cit., n° 112, pp. 193-194 ; LAURENT, T. 16, op. cit., n° 355, p. 417 ; T. 24, n° 3, p. 8 ; LOUSSOUARN, op. cit., pp. 22 à 25 ; MAZEAUD – CHABAS, Biens, op. cit., n° 1615, p. 348 ; RIPERT – BOULANGER, T. 2, Obligation – Droits réels, op. cit., n° 2443, p. 856 ; TROPLONG, op. cit., p. 11.

⁷⁵¹GAILLET, cité par POTHIER, op. cit., n° 48, p. 47. BOURJON, juriconsulte de cette époque écrit: « Le principal effet du bail d'un immeuble est de faire passer la propriété et la jouissance d'icelui dans la personne de locataire ; cette translation est sa fin » : Dr. Commun de France, liv. III, ch. IV, sec. I, n. I : Cité par BAUDRY – LACANTINERIE et SAIGNANT, op. cit., n° 6, p. 5 et par TROPLONG, op. cit., p.11.

⁷⁵²Dans ces deux cas, les romains avaient été déjà accepté exceptionnellement et pour des raisons particulières que la propriété se transférait indépendamment de la possession ; V. : TROPLONG, op. cit., pp. 46 – 47.

vifs ? Serait-ce parce que le bailleur conserve l'empire sur la chose tant qu'il n'aura pas fait la tradition ? C'est confondre le fait avec le droit »⁷⁵³.

408. La conception de l'ancien droit français reste, en tous cas, jusqu'à la fin de ce droit une conception dualiste fondée sur la nécessité d'une tradition, même imaginaire. Mais, la pratique constante des clauses de « *dessaisine-saisine* », liant pratiquement le transfert de propriété au contrat, jointe aux dites critiques doctrinales prépare, toute de même, le terrain pour des changements ultérieurs en droit moderne français⁷⁵⁴.

Section 2 - DROIT MODERNE FRANÇAIS.

409. La défaillance juridique de la conception romaniste, constatée par des praticiens et théoricien de l'ancien droit, a conduit les rédacteurs du Code civil français à effectuer une réforme importante à propos de la notion du bail et du mécanisme de la cession. A la suite de cette réforme, la cession constitue l'essence du contrat du bail commercial (Sous section1), et la suppression de la dérogation elle-même au profit du droit civil (Sous section2).

Sous section1 - La cession constitue l'essence du contrat du bail commercial⁷⁵⁵.

410. En renonçant à la conception romaniste, le Code civil français modifie la notion historique du bail⁷⁵⁶. Il intègre la cession dans la notion du bail et en fait un élément

⁷⁵³GRATIUS, cité par LAURENT, op. cit., loc. cit. ; PUFFENDORF disait aussi : « Si la tradition, acte matériel, est nécessaire pour transférer la possession, qui est un fait, la propriété, qui est une qualité morale, pouvait très bien passer d'une personne à une autre par une simple convention » : cité par RIPERT – BOULANGER, T. 2, Obligations – Droits réels, op. cit., n° 2443, p. 856.

⁷⁵⁴J. GHESTIN – B. DESCHE, op. cit., n° 16, p. 16 ; V. aussi: ALTER, Th. Préc., n° 4, p. 12 ; MAZEAUD – CHABAS, Biens, op. cit., n° 1615, p. 349 ; MONIER, T. 1, op. cit., p. 405.

⁷⁵⁵COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de dr. Civ., T. 2, op. cit., n° 823, pp. 547 – 548.

⁷⁵⁶PLANIOL – RIPERT, T. 10, Contrats civil, op. cit., n° 9, p. 10.

essentiel. Le bail sans transfert de contrat n'est plus un bail. Car le bail n'est plus un contrat par lequel le bailleur s'oblige seulement à livrer la chose, il est celui par lequel le bailleur ancien s'oblige à transmettre la chose louée au nouveau locataire ; la translation de la propriété est ainsi devenue, à la place de la translation de la possession, l'objet principal du contrat du bail⁷⁵⁷.

411. Ainsi, dans cette nouvelle conception : premièrement, le bail comporte une obligation précise de cession et implique nécessairement et toujours le transfert de contrat⁷⁵⁸. Deuxièmement, lorsque ce dernier est impossible le contrat devient nul en tant que bail, c'est la raison pour laquelle le bail de la chose d'autrui ne peut pas être valable⁷⁵⁹. Troisièmement, l'obligation de transférer le bail et celle de livrer échange leur place ; la première devient l'obligation principale du contrat du bail commercial alors que la deuxième en devient l'obligation accessoire.

412. Le locataire peut céder son droit au bail à l'acquéreur de son fonds de commerce sans que le bailleur puisse « en principe » s'y opposer (art. L.145-16 du Code de Commerce). Pour qu'il y ait cession du fonds de commerce, il faut que l'acquéreur exploite la même clientèle, donc qu'il reprenne l'activité de l'ancien locataire. Le locataire qui cède ainsi son droit au bail en même temps que le fonds de commerce doit veiller à notifier cette cession au bailleur. Toutefois, même en cas de cession du droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce, le bailleur peut imposer au locataire-cédant une clause d'agrément et l'accomplissement de certaines formalités.

413. Le Code civil ne contient aucune disposition générale sur la cession de contrat, qui consiste en « la transmission de la situation de partie à un contrat avec les droit et obligation

⁷⁵⁷V. : C. AUBRY et C. RAU, Cours de droit civil français, T. 7, § 349, p.1, note n° 1 ; BAUDRY – LACANTINERI et SAIGNANT, op. cit., n° 14, p.9 ; BEUDANT, T. 11, op. cit., n° 13, p. 9 ; F. JACQUOT, Du contrat de vente au droit de la vente, th., Nancy II, 1988, n° 62, pp. 110 – 111 ; PLANIOL – RIPERT, T. 10, op. cit., n° 2, p. 4 ; TROP LONG, vente, op. cit., p. 8.

⁷⁵⁸ Art 145-16 du code de commerce.

⁷⁵⁹V. : BAUDRY – LACANTINERI et SAIGNANT, op. cit., n° 9, p. 7 ; LAURENT, T. 24, op. cit., pp. 6 à 8 ; PLANIOL – RIPERT, T. 10, Contrats civils, op. cit., n° 2 et 45, pp. 4 et 45 ; TROP LONG, op. cit., p. 9.

qu'elle comporte »⁷⁶⁰. Pendant longtemps elle est apparue comme une double cession de créance et de dette⁷⁶¹. Or, le refus du droit positif d'admettre la cession de dette⁷⁶² occasionna au XIX^e siècle la négation tant doctrinale que jurisprudentielle de la cessibilité des contrat en général. Cette difficulté n'aurait pas dû se trouver dans la transfert du louage de chose. L'article 1717 du Code civil permet en effet expressément au preneur de céder librement son contrat, sauf stipulation contraire. Pourtant, certains prirent le parti de nier l'existence même de la cession de bail en assimilant l'opération en cause à une sous-location⁷⁶³. Cette correspondance est apparue rapidement inexacte. La doctrine reconnaît, en effet, depuis la fin du XIX^e siècle qu'il existe une différence de nature entre ces deux concepts⁷⁶⁴. Selon P. Esmein la distinction est nette : « Le locataire, créancier de la jouissance de la chose peut transmettre son droit à un tiers, comme tout créancier dont le droit n'est pas considéré comme strictement personnel... Mais on peut aussi le présenter comme transmettant son droit à titre de bailleur. Pour jouer le rôle de bailleur, il n'est pas indispensable d'être propriétaire : il suffit d'avoir droit à la jouissance pour une certaine durée, il suffit d'avoir le droit qu'il s'agit de conférer au preneur. En pareil cas le sous-bail sera régi par les mêmes règles qu'un bail, quant à ses conditions et ses effets ». ⁷⁶⁵En définitive, le transfert du contrat de louage de chose est une opération autonome qui n'a pas besoin du concours d'une autre notion⁷⁶⁶.

⁷⁶⁰P. Raynaud, les contrat ayant pour objet une obligation, DEA. De Droit privé, Paris II, 1977-1978, les Cours de droits, p. 89, cité par J. Ghestin, M. Billiau, et C. Jamin, op. cit., n° 1024, p. 1113.

⁷⁶¹V. sur le sujet, J. Ghestin, M. Billiau, et C. Jamin, op. cit., n° 1036, p. 1121 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 1310, p. 1216.

⁷⁶²V. par exemple, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette (op. cit., n° 1304, p. 1210), pour qui « ...la personne du débiteur, ses qualités, ses activités, la situation de son patrimoine, sont autant d'éléments déterminants pour le créancier, auquel on ne saurait imposer, à la suite d'une cession de la dette, un autre débiteur ».

⁷⁶³R.-J. Pothier (op. cit., n° 280, p. 98) procédait lui-même à la confusion de la cession de bail et de la sous-location.- V. aussi, M. Planiol, note sous, CA Paris, 18 mars 1892 : DP 1892, 2, p. 521 ; M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, T. II, 5^e éd., LGDJ. 1909, n° 1751, p. 580.

⁷⁶⁴L. GUILLOUARD, op. cit., n° 310, p. 367 ; P. Esmein, Cession de bail et sous-location : RTD cic. 1924, p. 253 ; R. Savatier, L'interdiction de sous-louer ou de céder le bail, ses degrés divers, ses effets : DH 1928, p. 29 ; Robert-Martin et R. Maus, Traité théorique et pratique de baux commerciaux et industriels, Dalloz, 1928, n° 32, p. 23 ; M. Planiol et G. Ripert, op. cit., n° 551, p. 764 : « Les auteurs et la jurisprudence moderne ont établi une distinction toute différente entre les deux contrats... La sous-location est un louage, c'est-à-dire une opération de même nature que la convention principale intervenue entre le bailleur et le premier preneur. La cession de bail est un transport de créance : c'est la vente ou la donation d'un droit au bail, avec la condition d'en supporter les charges ». Cependant, en pratique ce contrat ne sont pas toujours faciles à distinguer. A. Colin et H. Capitant (Cours élémentaire de droit civil français, T. II, 4^e éd., Dalloz, 1924, p. 537) ont mis en lumière un certain nombre d'indices distinctifs. Pour eux, « en général, un prix versé une fois indique une cession de bail ; un prix versé par annuités, un sous-location ». En outre, « la cession de bail se rencontre presque toujours comme accessoire à une vente de fonds de commerce ».

⁷⁶⁵Art. Préc., p. 253.

⁷⁶⁶V. en ce sens, L. Guillouard, De la sous-location et de la cession de bail : Rev. Critique, 1882, p. 201.- V. cependant, F. Laurent, op. cit., n° 211, p. 239 ; T. Huc, Traité théorique et pratique du transfert et de la transmission des créances, T. I, Librairie Cotillon, 1891, n° 207, p. 298.

414. Afin de pallier l'excessive rigueur de la prohibition conventionnelle, qui avait pour conséquence d'affaiblir la valeur du fonds de commerce⁷⁶⁷, la loi du 24 mai 1951 renversa la situation. Les clauses interdisant les cessions consenties à l'acquéreur du fonds de commerce furent prohibées. Cette solution fut par la suite reprise par le décret du 30 septembre 1953, et figure actuellement dans l'article L. 145-16 du Code de commerce. Il dispose : « Sont également nulles, 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 ». Le transfert du bail commercial⁷⁶⁸ semble donc distincte de la cession organisée par l'article 1717 du Code civil pour le droit commun du louage de choses, qui lui admet l'interdiction.

415. Cette affirmation doit être relativisée. La suppression de la dérogation elle-même au profit du droit civil : les entraves contractuelles à la liberté de céder le bail à l'acquéreur du fonds, provoquant ainsi un retour vers l'application de l'article 1717 du Code civil (§ 1). Ainsi d'étudier précisément cette situation, il convient au préalable d'observer que l'article L. 145-16 du Code de commerce apporte lui-même des limites à la dérogation qu'il entend poser (§ 2).

§1 - L'application de l'article 1717 du Code civil en cas d'absence de vente du fonds de commerce au cessionnaire du bail.

416. L'article L. 145-16 du Code de commerce appelle une distinction. Il prohibe les clauses d'interdiction de céder son bail à l'acquéreur du fonds de commerce. *A contrario*, la simple transmission du bail exclusive de toute vente du fonds au cessionnaire peut comporter une telle stipulation, conformément au droit commun du louage de chose.

⁷⁶⁷Pour L. Jossierand (note sous, CA Paris, 29 janvier 1921, Trib. Civ. Du Havre, 1^{er} juillet 1922, CA Rennes, 5 décembre 1922, CA Nancy, 12 janvier 1923 : DP 1923, 2, p. 170) « l'incessibilité de son bail entraînera pratiquement l'incessibilité du fonds, dont la valeur se trouvera ainsi diminuée et peut être même réduite à néant ». La Cour d'appel de Paris du 29 janvier 1921 (précité) déclare de même que « retirer au locataire le droit de ... céder son bail équivaut à le priver, dans une large mesure, de ses espoirs de propriété commerciale et d'augmenter la valeur de son fonds... ». On peut également citer un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 19 décembre 1921 (DP 1922, 4, P. 79) selon lequel « l'acheteur est considéré avoir un titre nu et sans valeur s'il n'a pas le droit de céder son bail. ; l'en priver c'est porter atteinte à la liberté des transactions ».

⁷⁶⁸Certains auteurs utilisent l'expression de cession de droit au bail. J. Viatte (La cession du droit au bail : Rev. Loyers, 1980, p. 232) préfère employer ces termes « car... ce qui est cédé n'est que le droit que le preneur tient du bail : la créance de jouissance qu'il possède contre le bailleur ». pour notre part, nous emploierons l'expression de cession de bail, car cette opération opère transfère de l'entité contractuelle elle-même avec les droits et obligations qui lui sont afférents.

417. L'article L. 145-16 du Code de commerce doit être interprété strictement. Toute opération ne combinant pas une cession de bail avec une vente du fonds de commerce au cessionnaire est soumise au droit commun du louage de choses et donc à l'article 1717 du Code civil. Cette disposition pose un principe simple. Elle accorde au preneur le droit de céder son contrat. Toutefois, elle énonce immédiatement une exception puisque la convention peut interdire toute cession. En conséquence, une clause d'interdiction est juridiquement valable⁷⁶⁹. La jurisprudence reconnaît d'ailleurs qu'une telle stipulation crée un véritable droit discrétionnaire au profit du propriétaire, excluant par-là même toute recherche d'un abus de sa part⁷⁷⁰.

418. En pratique, la plupart des baux commerciaux contiennent une clause d'interdiction de céder, stipulée le plus souvent en ces termes, « le preneur ne pourra céder son bail qu'à l'acquéreur de son fonds de commerce » ou encore plus nettement par l'expression « la cession du présent bail est strictement interdite »⁷⁷¹. Ce type de clause est conforme à l'article 1717 du Code civil, même si leur fréquence accrue dans les baux commerciaux tend à atténuer le principe de la liberté de céder reconnue par cette disposition.

⁷⁶⁹V. par exemple, Cass. 3^E civ., 19 mars 1974 : Rev. Loyers, 1974, p. 340 ; AJPI. 1975, p. 10, note R. Lehmann.- CA Paris, 25 mars 1988 : JCP. 1989, N, II, p. 36, note G. Guérin.

⁷⁷⁰Req., 31 octobre 1922 : DP 1923, 1, p. 205.- Trib. Civ. Lyon, 19 novembre 1924 : Gaz. Pal. 1925, 1, p. 263.- CA Paris, 16 mai 1927 : Gaz. Pal. 1927, 2, p. 140.- CA Alger, 7 mars 1928 : Gaz. Pal. 1929, 2, p. 422. Selon M. Planiol et G. Ripert (op. cit., n° 552, p. 768), « le droit du bailleur de s'opposer à... une cession est un droit arbitraire,... le juge n'a pas à rechercher si ce refus de consentir à la cession... repose ou non sur un motif légitime ».- V. aussi sur l'abus de droit, infra. N° 539.

⁷⁷¹La jurisprudence s'est interrogée sur la portée de certaines clauses de prohibition. De nombreuses stipulations interdisent au preneur de céder le bail sauf à un « successeur dans son commerce ». Selon la Cour de cassation (Cass. Com., 18 novembre 1963 : Gaz. Pal. 1964, 1, p. 168.- Cass. Com., 6 octobre 1966 : Bull. Civ. III, n° 383.- Cass. 3^E civ., 28 avril 1971 : Bull. Civ. III, n° 264 ; JCP. 1971, G, IV, p. 227.- Cass. 3^E civ., 8 février 1984 : Bull. Civ. III, n° 32 ; JCP. 1985, G, II, 20377, note B. Boccara.- Cass. 3^E civ., 15 octobre 1991 : Loyers et copr. 1992, n° 219, obs. P.-H. Brault.- CA Paris, 5 juillet 2002 : AJDI. 2002, p. 766) il faut entendre par-là qu'il est interdit au preneur de céder son droit au bail, sauf à l'acquéreur du fonds. Cette clause est donc particulièrement restrictive. Par opposition, face à une clause qui prohibe la cession sauf au « successeur dans le même commerce » (Cass. 3^E civ., 11 janvier 1978 : JCP. 1978, G, II, 18944, note B. Boccara) ou « si ce n'est à un successeur dans son activité » (Cass. 3^E civ., 15 décembre 1999 : Rev. dr. Imm. 2000, p. 613, obs. J. Derruppé ; Rev. Administrer, juillet 2000, p. 21, note J.-D. Barbier), la Cour de cassation déclare libre la transmission du bail à celui qui n'acquiert pas le fonds mais exerce la même activité que le preneur. Le choix des mots paraît donc essentiel dans la rédaction de la clause d'interdiction de céder (V. aussi sur la notion de successeur, J. Aubert, Cession de bail commercial : successeur et cession partielle : Rev. Loyers, 1992, p. 432). En outre, face à une clause qui prohibe toute cession même à l'acquéreur du fonds, ce qui est contraire aux règles d'ordre public du statut, la jurisprudence procède par distinction et déclare nulle seulement cette partie, mais valide la clause dans les autres cas (Cass. 3^E civ., 19 mars 1974 : Rev. Loyers, 1974, p. 340 ; AJPI. 1975, p. 10, note R. Lehmann).

419. Une règle spécifique du statut devrait tendre à limiter la cession isolée du bail. En effet, l'article L. 145-8, al. 1 du Code de commerce lie expressément la propriété du fonds exploité dans les lieux et le droit au renouvellement. Deux situations peuvent se produire. D'une part, le preneur cédant peut parfaitement vendre son fonds de commerce à une autre entité que le cessionnaire du droit au bail. La jurisprudence admet en effet la cession « bicéphale ». Selon la Cour de cassation⁷⁷², la cession d'un fonds de commerce n'inclut pas nécessairement celle du bail de l'immeuble dans lequel il est exploité. Elle admet tout de même une exception : « La cession d'un fonds de commerce exploité dans un local essentiel à cette exploitation et pris à bail emporte nécessairement cession de ce bail »⁷⁷³. Mais cette situation est assez rare, en pratique.

420. Certains cessionnaires ont soutenu que la cession du bail devait s'accompagner nécessairement de la clientèle attachée à l'emplacement, et cela même en cas de cession du fonds de commerce à une autre entité. Ils procédaient ainsi à une distinction entre l'achalandage, ce dernier étant caractérisé par la clientèle exclusivement attachée au lieu d'exploitation du commerce⁷⁷⁴, et la clientèle proprement dite, qui elle, en est détachée.

421. La Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement, qui en pratique semble difficile à mettre en œuvre⁷⁷⁵. Il n'y a donc pas transmission de plein droit d'un hypothétique achalandage avec la cession du bail. Cette cession place alors le cessionnaire dans une situation ambiguë. Il est titulaire du bail d'un local mais privé de la clientèle qui lui était attachée. Il va donc devoir en constituer une nouvelle, afin de pouvoir bénéficier du renouvellement conformément à l'article L. 145-8, al. 1 du Code de commerce. Cependant, la création d'un nouveau fonds ne suffira pas pour obtenir le renouvellement. Aux termes de

⁷⁷²Cass. 3^e civ., 17 décembre 1996 : D. 1997, p. 387 note M.-H. Monserié ; Rev. dr. Imm. 1997, p. 301, obs. J. Derruppé ; RJDA. 1997, n° 574 : « Attendu que la cession d'un fonds de commerce n'inclut pas nécessairement celle du bail des locaux dans lesquels ce fonds est exploité ». - Cass. Com., 29 avril 2003 : Rev. Loyers 2003, p. 504, obs. P.-M. Le Corre, En effet, par cession de fonds de commerce il faut entendre cession de l'élément principal, à savoir la clientèle (V. sur le sujet, O. Barret, les contrats portant sur le fonds de commerce, LGDJ. 2001, n° 108, p. 64.). De même il a été jugé qu'il ne saurait y avoir de cession de fonds lorsque le vendeur conserve la marque à laquelle la clientèle est attachée (Cass. Com., 28 février 1956 : Bull. Civ. III, n° 88).

⁷⁷³Cass. Com., 26 octobre 1993 : Bull. Civ. III, n° 362 ; D. 1994, Somm. p. 54, obs. L. Rozès ; Loyers et copr. 1994, n° 76, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet ; JCP. 1994, N, II, p. 65, note C. Destame ; RJDA. 1994, n° 152.- V. aussi, A. Rosignol, La cession de droit au bail assimilée à la cession d'un fonds de commerce : JCP. 1977, N, Prat. 6596 ; M.-H. Monserié, note sous, Cass. 3^e civ., 17 décembre 1996 : D. 1997, p. 387.

⁷⁷⁴Pour MM. Reinhard et Chazal, « l'achalandage serait constitué de la clientèle de passage, attiré par la commodité ou la proximité de l'établissement » (Droit commercial, 6^e éd., Litec, 2001, n° 488, p. 374). v. sur le sujet, J. Derruppé, Clientèle et achalandage, in Les orientations sociales du droit contemporain, Mélanges J. Savatier, PUF, 1992, p. 167.

⁷⁷⁵Cass. 3^e civ., 31 mai 1988 : Bull. Civ. III, n° 180 ; RTD com. 1988, p. 609, obs. J. Derruppé.- Cass. 3^e civ., 3 mai 1995 : Rev. Administrer, octobre 1995, p. 25.- Cass. Com., 27 février 1996 : D. Aff. 1996, p. 448.- V. aussi sur l'appréciation et les ambiguïtés de cette jurisprudence, J. Derruppé, art. Préc., p. 169.

l'article L. 145-8, al. 2 du Code de commerce « le fonds... doit avoir fait l'objet d'une exploitation effective au cours des trois années qui ont précédé la date d'expiration du bail ou de sa reconduction »⁷⁷⁶. La cession pour être profitable au cessionnaire devra donc intervenir suffisamment en amont de l'arrivée du terme⁷⁷⁷. Il est vrai que la nouvelle rédaction de l'article L. 145-8, al. 2 du Code de commerce par la loi du 16 juillet 1971, ayant remplacé l'expression « exploitation personnelle » par celle « d'exploitation effective » pourrait laisser croire à un assouplissement de la situation du nouveau preneur⁷⁷⁸, mais cette réforme n'a que peu d'intérêt dans la présente situation en raison de la nécessité pour le cessionnaire de créer un nouveau fonds. En effet, la jonction des exploitation du cédant et du cessionnaire permise par le statut, pour le calcul de la durée des trois ans⁷⁷⁹, est impossible car le cessionnaire n'a pas acquis le fonds du cédant, puisque dans notre hypothèse il a été transmis à un tiers⁷⁸⁰, et cela même si le cessionnaire exerce la même activité que le précédant preneur⁷⁸¹. Il reste donc à la merci du bailleur s'il n'a pas exploité son propre fonds pendant au moins trois ans avant la fin du bail.

⁷⁷⁶V. par exemple, certaines décisions ayant fait perdre au preneur son droit au renouvellement, Cass. 3^E civ., 6 octobre 1981 : Bull. Civ. III, n° 148 ; Rev. Loyers 1981, p. 526 ; JCP. 1983, G, II, 19951, obs. B. Boccara.- Cass. 23 février 1983 : Rev. Loyers 1983, p. 273.- Cass. 3^e civ., 6 novembre 1991 : Gaz. Pal. 1992, 1^{er} p. 80, note J.-D. Barbier.- Cass. 3^e civ., 15 avril 1992 : Loyers et copr. 1993, n° 354.- CA Paris, 27 mars 2002 : Loyers et copr. 2002, n° 206, obs. P.-H. Brault : « Le preneur qui ne rapporte pas la preuve de l'exploitation effective du fonds durant les trois années précédant le congé visant la dénegation du droit au statut selon l'article L. 145-8 du Code de commerce, ne peut prétendre au renouvellement sans que le bailleur ne soit tenu à délivrer une mise en demeure préalable ».

⁷⁷⁷V. en ce sens, J. Viatte, L'exploitation du fonds de commerce et le renouvellement du bail : Rev. Loyers, 1980, p. 526.

⁷⁷⁸V. P.-H. Brault, Baux commerciaux : le droit au renouvellement du preneur et l'exploitation effective du fonds de commerce : Loyers et copr. Octobre 1993, p. 1.

⁷⁷⁹V. sur le sujet, R; Maus, art. Prèc., p. 149. La réforme de la loi du 16 juillet 1971 n'a pas repris textuellement la possibilité de joindre les exploitations, mais elle reste applicable.

⁷⁸⁰Selon la Cour de cassation (Cass. 3^E civ., 11 décembre 1979 : Rev. Loyers, 1980, p. 152, note J. Viatte.- Cass. 3^e civ., 4 mai 1994 : Loyers et copr. 1994, n° 291, obs. p.-H. Brault et C. Mutelet) la cession isolée de droit au bail interdit au cessionnaire de joindre la durée de son exploitation à celle du cédant.- V. aussi, un arrêt tout à fait significatif de la Cour d'appel de Nancy du 7 novembre 1979 (Rev. Loyers, 1980, p. 203) : « Lorsqu'un preneur exploite un fonds de commerce depuis moins de trois ans, et n'a pas acquis ce fonds de ceux qui lui ont cédé le droit au bail, il ne peut joindre la durée de son exploitation à celle de ces derniers, et n'a pas droit au renouvellement du bail ».

⁷⁸¹ En effet « l'exploitation d'un fonds de commerce, dont une certaine durée est exigée par l'article 4 du décret du 30 septembre 1953 (art. L. 145-8 du Code de commerce), s'entend de l'exploitation d'un même fonds » (Cass. Com., 10 février 1960 : JCP. 1960, G, II, 11643, note B. Boccara). De même, encourt la cassation l'arrêt « qui accueille une demande d'indemnité d'éviction alors même que le fonds de commerce du locataire n'avait pas été cédé, au motif que la société cessionnaire avait néanmoins exercé la même activité que celle de la société cédante, alors que la cession intervenue ne concernant que le droit au bail et non le fonds de commerce, la Cour d'appel a violé » l'article 4 du décret du 30 septembre 1953 (Cass. 3^e civ., 19 juillet 1995 : Rev. Administrer, décembre 1995, p. 62).

422. D'autre part, une deuxième situation est envisageable, il s'agit de celle où le cédant décide de conserver le fonds. Il peut en effet s'installer dans un autre local afin de l'exploiter. Dans ce cas précis, la situation du cessionnaire est identique à celle décrite plus haut. En outre, il peut arriver que le cédant refuse non seulement de vendre le fonds, mais aussi de l'exploiter. Le cessionnaire va-t-il pouvoir par un moyen quelconque procéder à son accaparement? En principe, en l'absence de vente, le fonds reste la « propriété » du cédant. La « propriété » ne se perdant pas en principe par le non usage, le cessionnaire ne pourra donc se l'approprier. Pourrait-il en alléguer la possession ? Elle n'aurait pour lui aucune utilité, car l'article L. 145-8, al. 2 du Code de commerce exige la « propriété » du fonds. Il est vrai que le fonds de commerce en tant que bien meuble devrait être régi par l'article 2279 du Code civil selon lequel « la possession vaut titre ». Mais la Cour de cassation⁷⁸² refuse d'appliquer cette disposition au fonds de commerce. Ainsi, la situation du cessionnaire semble être dans l'ensemble de ces situations particulièrement préoccupante et il convient de déconseiller toute cession disjointe.

423. Lorsque le cessionnaire n'acquiert pas conjointement le bail et le fonds de commerce, l'article 1717 du Code civil régit entièrement la situation. Si le statut ne modifie en rien la règle posée par cette disposition, il faut cependant avoir égard aux conditions du renouvellement si le cessionnaire désire poursuivre la relation contractuelle avec le bailleur.

§2 - Le rapprochement du régime de la cession de l'article 1717 du Code civil et de celui de la cession de l'article L. 145-16 du Code de commerce.

424. La doctrine et la jurisprudence s'accordent sur un point, la cession d'un contrat peut être réalisée alors même qu'aucun texte ne l'autorise expressément. La doctrine s'oppose cependant sur le choix de la conception à adopter. De nombreuses théories ont en effet vu le jour. Le problème se noue autour du rôle du consentement du cédé. Selon la conception choisie ce consentement peut avoir plus ou moins d'utilité, étant entendu qu'il peut avoir deux effets principaux, à savoir, la validation même de l'opération et la libération du cédant. Ainsi c'est autour de ces aspects qu'il faudra étudier la cession du bail commercial. Nous observerons que

⁷⁸² Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1960 : Bull. Civ. I, n° 141 : « Un fonds de commerce est une universalité mobilière de nature incorporelle ; qu'il en résulte que les dispositions de l'article 2279 du Code civil ne sont pas applicables aux ventes successive d'un fonds ».

si elle n'est pas en harmonie avec le régime de la cession de contrat en général, elle l'est en revanche avec celui de la cession de l'article 1717 du Code civil.

A- Le consentement du cédé et la validation de la cession.

425. Pour comprendre les solutions dégagées pour le bail commercial. Il est nécessaire de s'appesantir quelques instants sur les différentes conceptions de la cession de contrat. Dans une première conception dite dualiste⁷⁸³ la cession de contrat est assimilée à une double cession de créances et de dettes⁷⁸⁴. Il est admis qu'en principe le cédé n'a pas à apporter son consentement pour valider l'opération⁷⁸⁵. La transmission peut s'opérer sans son intervention. Toutefois cette théorie a fait l'objet de vives critiques⁷⁸⁶. On lui reproche surtout de ne pas pouvoir intégrer la cession des droits potestatifs⁷⁸⁷ dont fait partie à bien des égards le droit au renouvellement du bail commercial.

426. Une seconde conception dite moniste⁷⁸⁸ a été développée principalement par M. L. Aynès⁷⁸⁹. Selon cet auteur la cession de contrat n'est pas assimilée à une double cession de créance ou de dette, mais elle permet de transmettre « le contrat lui-même »⁷⁹⁰. Ce dernier est alors considéré comme un bien qui peut être valablement transmis sans le consentement du cédé. En effet, « le consentement du cédé est ... inutile à la réalisation de la cession, dès lors que le cessionnaire est l'ayant cause du cédant, parce que la cession de contrat n'a pour effet ni la libération du cédant, ni la création d'une obligation. Il suffit donc que le cédé ait connaissance de l'acquisition, par le cessionnaire, de la qualité d'ayant cause »⁷⁹¹. Cette connaissance étant organisée par l'article 1690 du Code civil. La théorie de M. L. Aynès permet la transmission des droits potestatifs.

⁷⁸³Vocabulaire employé par, J. Ghestin, M. Billiau, et C. Jamin, op. cit., n° 1034, p. 1121.

⁷⁸⁴V. par exemple, C. Larroumet, th. Prèc., n° 111, p. 275.

⁷⁸⁵J. Ghestin, M. Billiau, et C. Jamin, op. cit., n° 1036, p. 1121 : « Reposant sur une vision partiellement dépersonnalisée des rapports contractuels, la conception dualiste de la cession de contrat permet en définitive de céder de manière indivisible les obligations nées du contrat, c'est-à-dire les créances et les dettes, par le seul accord du cessionnaire et du cédant ».

⁷⁸⁶V. J. Ghestin, M. Billiau, et C. Jamin, op. cit., n° 1037, p. 1123.

⁷⁸⁷Il s'agit du « pouvoir par lequel son titulaire peut influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale », C. Saint-Alary-Houin, Le droit de préemption, LGDJ. 1979, préface P. Raynaud, n° 508, p. 462 (l'auteur reprend la définition proposée par I. Najjar, Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, LGDJ. 1969, préface P. Raynaud).

⁷⁸⁸Vocabulaire employé par, J. Ghestin, M. Billiau, et C. Jamin, op. cit., n° 1034, p. 1121.

⁷⁸⁹La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica, 1984, préface P. Malaurie.

⁷⁹⁰Th. Prèc., n° 6, p. 15.

⁷⁹¹L. Aynès, th. Prèc., n° 236, p. 170.

427. Enfin, MM. Ghestin, Billiau, et Jamin⁷⁹² ont élaboré une autre théorie, selon laquelle il n'y aurait pas transmission de contrat mais création d'une nouvelle convention entre le cédé et le cessionnaire, qui serait identique à celle existante antérieurement entre le cédé et le cédant. Dans cette hypothèse le consentement du cédé serait évidemment nécessaire pour créer ce nouveau lien d'obligation.

428. Quelle est la conception choisie par la jurisprudence ? Dans un arrêt du 6 mai 1997, la Cour de cassation a considéré que le cédé ne pouvait être condamné au paiement de factures émises par le cessionnaire car il n'avait pas donné son consentement à la substitution de contractant⁷⁹³. La doctrine a diversement interprété cette décision. Pour certains, elle confirmerait la théorie selon laquelle il n'y aurait pas cession d'un même contrat, mais création d'une nouvelle convention⁷⁹⁴. M. L. Aynès conteste cette approche et considère qu'il y a toujours cession du même contrat. Le cédé n'interviendrait que pour autoriser la transmission⁷⁹⁵. Il n'est pas inconsidéré de penser que le droit français accepte les cessions conventionnelles des contrats⁷⁹⁶. Lorsque le cédé donne son consentement, ce n'est pas pour créer une nouvelle convention, mais pour accepter le changement de contractant. Si on envisage la formation d'un nouveau contrat, il faudrait alors considérer que le cédé et le cédant ont donné leur accord à la cessation de l'acte existant entre eux. Or, leur consentement est plutôt tourné vers l'abandon de la qualité de partie.

429. À quelle conception peut-on rattacher la cession du bail commercial ? La validité de l'opération n'est pas subordonnée au consentement du bailleur cédé, et cela même après

⁷⁹² Op. cit., n° 1046, p. 1131.

⁷⁹³ Bull. Civ. IV, n° 117, et n° 118 : D. 1997, p. 588, note M. Billiau et C. Jamin ; Contrats, Conc., Consom., 1997, n° 146, obs. L. Leveneur ; Rép. Defrénois, 1997, p. 977, note D. Mazeaud ; JCP. 1998, E, I, p. 614, obs. M.-L. Izorche ; D. 1998, Somme. p. 136, obs. B. Le Nabasque ; Quot. Jur., 23 septembre 1997, n° 76, p. 6, note P. M.-V. Aussi, Cass. Com., 31 mars 1998 : RJDA. 1998, n° 973.- Cass. 3^E civ., 12 décembre 2001 : D. 2002, p. 984, note M. Billiau et C. Jamin ; Rev. Administrer, juillet 2002, p. 16, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccara : « Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher si, dans le contrat conclu... cette... société avait donné son consentement à la substitution de sa cocontractante, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁷⁹⁴ C. Jamin et M. Billiau, Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé : D. 1998, p. 145 ; J. Ghestin, M. Billiau, et C. Jamin, op. cit., n° 1055, p. 1136.

⁷⁹⁵ Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé : D. 1998, p. 25.

⁷⁹⁶ C. Lachièze, L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat : D. 2000, n° 24, p. 189.

l'arrêt précité du 6 mai 1997. En effet, dans une décision du 13 mai 1998⁷⁹⁷ la Cour de cassation n'a pas exigé le consentement du cédé pour valider l'opération⁷⁹⁸. En conséquence la cession de bail commercial ne correspond pas à la conception jurisprudentielle de la cession de contrats. Comment expliquer cette divergence? Pour répondre à cette question MM. J. Ghestin, M. Billiau, et C. Jamin⁷⁹⁹ procèdent à une distinction entre la cession conventionnelle et la cession légale de contrat. Selon ces auteurs, cette dernière diffère de cette première car il n'y a plus alors création d'un nouveau contrat, mais véritablement transmission de la convention. « En autorisant la cession de contrat, ou en l'imposant parfois le législateur a certainement envisagé la transmission même du contrat ». Ils ajoutent que « la dispense légale du consentement de contractant cédé fait nécessairement obstacle à un quelconque échange des consentements, si bien que l'on ne peut analyser les cas de cession légale comme conduisant à la création d'un nouveau contrat entre les cédé et cessionnaire ». Ce faisant, la cession de l'article 1717 du Code civil et la cession de l'article L. 145-16 du Code de commerce se rejoignent sur un point fondamental, celui de l'absence de nécessité du consentement du cédé pour valider l'opération. Il n'y a pas en ce domaine de spécificité du droit des baux commerciaux par rapport au droit commun du louage de choses.

B- L'acceptation par le transférer et la libération du cédant.

430. Si l'on conçoit comme MM. J. Ghestin, M. Billiau, et C. Jamin et les arrêtés précités de la Cour de cassation du 6 mai 1997, que le consentement du cédé est nécessaire pour valider l'opération, il est certain qu'il l'est tout autant pour libérer le cédant des obligations nées postérieurement à la transmission⁸⁰⁰. Or, dans le bail commercial la situation est originale, puisque le cédant est libéré, sans que le cédé ait à donner son consentement. Avant d'expliquer cette solution particulière (b), il faut rechercher quelles sont les obligations dont le cédant peut être libéré (a).

⁷⁹⁷ Cass. 3^e civ., 13 mai 1998 : RJDA. 1998, n° 955.- V. aussi un arrêt de la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 21 novembre 2001 (AJDI. 2002, p. 32, obs. M.-P. Dumont).

⁷⁹⁸ V. en ce sens, C. Larroumet, La cession de contrat : une régression du droit français ? Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, n° 2, p. 153.

⁷⁹⁹ Op. cit., n° 1075, p. 1155.

⁸⁰⁰ V. J. Ghestin, M. Billiau et C. Jamin, op. cit., n° 1050, p. 1135 : « Pour que la cession de contrat ne soit pas qu'imparfaite, c'est-à-dire qu'elle libère le cédant à l'égard du cédé tout en autorisant le cessionnaire à agir contre le cédé, il faut ... que ce dernier donne son accord à la cession du contrat que le cessionnaire a conclu avec le cédant ».

a- Analyse des obligations respectivement dues par le cédant et le cessionnaire dans le bail commercial.

431. Il est certain que le cédant n'est pas libéré de ses obligations nées antérieurement à la cession⁸⁰¹. Le bailleur pourra donc lui en demander l'exécution, et même obtenir la résiliation judiciaire, ou encore mettre en œuvre la clause résolutoire, et cela même postérieurement à la cession réalisée. Cette solution ne soulève guère de contestation pour le bail commercial en tant que contrat à exécution successive. La cession ne fait pas disparaître le lien d'obligation entre le cédant et le cédé. La position contraire reviendrait à admettre que le preneur puisse rompre unilatéralement le contrat en le cédant et se dégager ainsi de ses obligations passées. Il y aurait en conséquence atteinte à l'article 1134, al. 2 du Code civil selon lequel les conventions ne peuvent être révoquées que par le consentement mutuel des parties ou pour une cause autorisée par la loi.

432. Toutefois, si le lien contractuel entre le preneur et le bailleur existe encore il est figé dans le temps. La Cour de cassation a décidé par plusieurs arrêts, concernant spécifiquement le bail commercial, que le cédant était libéré des obligations nées postérieurement à la cession, et cela même en l'absence du consentement du bailleur cédé. Dans deux décisions du 12 juillet 1988 et du 15 janvier 1992⁸⁰² elle a admis que les loyers postérieurs à la cession ne pouvaient être mis à la charge du cédant. Dans un arrêt du 12 avril 1995⁸⁰³ elle a adopté la même solution pour les réparations locatives et le paiement de l'indemnité d'occupation. Ce faisant, si le cédant est redevable des obligations nées antérieurement à la cession, il n'a pas à exécuter les obligations nées postérieurement, même en l'absence de consentement du bailleur cédés. Seul le cessionnaire en est redevable.

Ce dernier quant à lui, « sauf convention contraire, n'a pas à supporter les impayés du cédant »⁸⁰⁴. En effet, il recueille les obligations du cédant uniquement pour l'avenir.

⁸⁰¹V. à propos de l'obligation d'entretien du preneur, Cass. 3^{ème} civ., 3 octobre 1969 : AJPI. 1970, p. 1215, note J. Viatte.

⁸⁰² Cass. 3^e civ., 12 juillet 1988 : Bull. Civ. III, n° 125 ; RTD Com. 1989, p. 217, obs. M. Pédamon ; Rev. Loyers, 1988, p. 119.- Cass. 3^e civ., 15 janvier 1992 : Gaz. Pal. 1992, 2, p. 654, note J.-D. Barbier ; JCP. 1993, E, I, p. 160, obs. M.-L. Izorche : « L'arrêt (de la Cour d'appel) retient que la cédante demeure légalement tenue avec le cessionnaire des obligations qui découlent du bail, sauf manifestation expresse de la volonté du bailleur de décharger le preneur précédent de la garantie à laquelle il est tenu avec le cessionnaire ; qu'en statuant ainsi, tout en constatant que le bail ne comportait pas de clause de solidarité... pour le paiement des loyers postérieurs à la cession, la Cour d'appel a violé le texte susvisé (art. 1134 du Code civil) ».

⁸⁰³ Cass. 3^e civ., 12 avril 1995 : Bull. Civ. III, n° 107 ; Rev. dr. Imm. 1995, p. 605, obs. J. Derruppé ; Rev. Administrer, octobre 1995, p. 25.

⁸⁰⁴F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 1312, p. 1219.

Cependant, selon la jurisprudence⁸⁰⁵, il est redevable des travaux qui étaient nécessaires avant son entrée en jouissance, car il est censé les accepter avec la cession.

b- Interprétation du particularisme de la cession du bail commercial.

433. Avant l'arrêt précité du 12 juillet 1988, la jurisprudence, s'interrogeant sur la cession des baux commerciaux, considérait que le cédant n'était pas libéré par la cession de contrat en l'absence du consentement du cédé⁸⁰⁶. Pour elle, il s'agissait d'un effet propre de la cession. Tout a changé avec la décision de 1988. Comment expliquer ce particularisme ? Selon Mme M.-L. Izorche⁸⁰⁷, « le texte visé était l'article 1134 du Code civil : c'est donc bien la loi contractuelle qui, éventuellement par ses silences, s'impose aux parties ; en l'absence de clause la prévoyant, point d'obligation, le cédant est libéré ». Cette explication est inadaptée. Il est en effet difficile d'admettre que le silence du cédé puisse valoir consentement à la libération du cédant⁸⁰⁸.

434. Selon M. W. El-Masari⁸⁰⁹ « la cession de bail, en tant que contrat synallagmatique, ne vise pas à imposer au bailleur un nouveau débiteur ; il s'agit plutôt d'un changement de cocontractant dû à la cession de l'ensemble du contrat en tant qu'unité

⁸⁰⁵Cass. 3^e civ., 27 octobre 1993 : Rev. Loyers, 1994, p. 147.- Cass. 3^E civ., 13 juin 2001 : AJDI. 2002, p. 28, obs. P. Briand : « Le cessionnaire est, à défaut de toute stipulation contraire dans l'acte de cession, tenu envers le bailleur en sa qualité d'ayant cause du cédant, des dégradations causées par celui-ci, sauf celles pour lesquelles ce dernier s'était engagé à effectuer les réparations lors de l'établissement de l'état des lieux de sortie ». - CA Paris, 7 novembre 2001 : Rev. Administrer, février 2002, p. 29, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccara : « Vainement serait-il reproché au jugement attaqué d'avoir condamné la société cessionnaire au paiement d'une somme représentative des travaux et charges résultant du bail au motif que les engagements pris par le locataire d'origine sont des engagements de nature personnelle et non réels, qu'il appartenait dès lors à la bailleuse, lorsqu'elle a reçu notification de la cession du droit au bail, soit d'exiger du cédant le respect des obligations par lui contractées, soit au moins d'avertir le cessionnaire que lesdites obligations n'avaient pas été respectées. En effet, les premiers juges ont rappelé à juste titre que la cession du bail emporte acceptation par les cessionnaires des clauses et conditions du bail, que dès lors doit recevoir application la clause selon laquelle le preneur acceptait de prendre les lieux en l'état et d'y faire des travaux de remise en état exigibles en conformité avec la réglementation en vigueur ». - Cass. 3^e civ., 9 juillet 2003 : JCP. 2003, E, pan. 1338 ; Loyers et copr. 2003, n° 197, obs. P.-H. Brault et P. Pereira ; Rev. Administrer, octobre 2003, p. 40, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccara ; Rev. Loyers, 2003, p. 593, obs. S. Guilluy-Friant ; AJDI. 2003, p. 756, obs. M.-P. Dumont.

⁸⁰⁶Selon la Cour de cassation « la cession d'un bail (commercial) n'a pas pour effet de dégager le cédant de ses obligations envers le bailleur » (Cass. Civ., 7 janvier 1947 : JCP. 1947, G, II, 3510, note J. Becqué ; RTD civ. 1947, p. 201, obs. J. Carbonnier).- V. en ce sens, Req., 13 mars 1872 : DP 1872, 1, p. 254.- Cass. Soc., 9 novembre 1956 : Gaz. Pal. 1957, 1, p. 120.- Cass. 3^{ème} civ., 19 mai 1971 : Bull. Civ. III, n° 237 ; AJPI. 1971, p. 1224 ; JCP. 1971, G, IV, p. 163.- CA Paris, 17 mars 1983 : Gaz. Pal. 1984, 1, Somm. p. 23.

⁸⁰⁷Obs. Sur, Cass. 3^E civ., 15 janvier 1992 : JCP. 1993, E, I, p. 160.

⁸⁰⁸V. en ce sens, W. El-Masari, La libération du locataire cédant en cas de cession de bail (commercial) : RTD civ. 1995, n° 5, p. 739.

⁸⁰⁹Art. Préc., n° 9, p. 741.

structurale indivisible. La cession de bail englobera donc, outre le droit au bail... les dettes qui en découlent ». Toutefois, il n'explique pas pourquoi le consentement du cédé n'est pas exigé pour libérer le cédant. Un problème de cette doctrine est que très souvent une des critères de propriétaire pour sélectionner son locataire est la capacité et sa notoriété. Dans le cas où ce locataire cède le bien à quelqu'un d'autre, ce nouveau locataire peut ne pas être à la hauteur des attentes du propriétaire. Par exemple le contrat initial était conclu avec un magasin d'une grande notoriété comme Carrefour alors que le transfert peut se faire à une entreprise mal connu, ou financièrement plus faible, etc...

435. Il est nécessaire pour comprendre cette spécificité, d'avoir à l'esprit que le consentement du cédé, tant pour le bail commercial, que pour le bail soumis au droit commun du louage de choses, n'est pas nécessaire pour valider la transmission de ces contrats. En procédant par contagion, il est en effet possible de raisonner de même pour la libération du cédant. Cette solution serait alors un effet de l'article 1717 du Code civil, qui serait repris par l'article L. 145-16 du Code de commerce. En reconnaissant la liberté de céder le législateur rendrait inutile tout consentement du cédé, non seulement pour valider l'opération, mais aussi pour libérer le cédant.

436. MM. J. Ghestin, M. Billiau et C. Jamin⁸¹⁰ ont poussé plus avant le raisonnement en mettant l'accent sur le contrat en tant que source d'obligations. Selon ces auteurs, « une dissociation peut ... se produire entre le contrat et les obligations qu'il engendre. Autrement dit, si on admet que la date de naissance de toutes les obligations est contemporaine de la conclusion du contrat, la transmission de celui-ci implique aussi leur transmission et le cessionnaire est tenu des obligations de son auteur qu'il a recueillies dans son patrimoine. Si, en revanche, on retient que les obligations naissent au fur et à mesure de l'exécution, leur source, c'est-à-dire le contrat, est transmise et oblige le cessionnaire, mais les obligations postérieures à la cession ne résultent pas d'une transmission ; elles naissent du seul chef du cessionnaire, ce qui implique une limitation de l'effet translatif de la cession de contrat ». ils ajoutent que « selon le parti retenu, le cédant peut demeurer tenu ou, à l'inverse, être libéré. Si l'obligation naît après la cession, le cédant n'est plus obligé et le cessionnaire n'a aucune action contre lui. En revanche, si l'obligation est née avant la cession, le cédant

⁸¹⁰Op. cit., n° 1075, p. 1155.

demeure tenu ». Cette analyse est particulièrement bien adaptée au bail commercial, en tant que contrat à exécution successive⁸¹¹ .

437. En effet, ce contrat est lié à l'exploitation d'un fonds de commerce, et si le cédant n'était pas libéré, il serait redevable des obligations du cessionnaire malgré le fait qu'il n'exerce plus aucune activité dans les lieux loués et qu'il n'a plus d'emprise sur cette dernière. Il exécuterait des obligations sans bénéficier de la protection du statut. Mais cette solution n'est pas propre à ce contrat. Elle l'est tout autant pour le bail soumis à l'article 1717 du Code civil⁸¹² . Ainsi, le consentement du cédé revêt une utilité restreinte lorsque la liberté de céder est reconnue par le législateur et que le contrat en cause est successif. Il existe donc encore une fois un point de convergence entre le bail commercial et le louage de choses de droit commun. Pour répondre à cette opinion on peut dire qu'il faut que la responsabilité soit dissociée. Si l'engagement est attaché au bien, l'engagement est transféré au propriétaire suivant. Par contre, si l'engagement n'est pas en lien avec le bien comme une dette, ceci ne doit pas être transféré. Il semble donc que cette opinion ne soit pas logique.

438. En conséquence, si la cession du bail commercial s'éloigne des règles applicables à la cession de contrat en général, en revanche, elle est toujours en correspondance avec le droit commun du louage de choses.

⁸¹¹Ces auteurs donnent d'ailleurs l'exemple du bail commercial. Le fondement qu'ils posent a été repris postérieurement par Mme I. Lemaire (Les garanties offertes aux créanciers lors de la cession isolée du bail commercial : Rev. dr. Et pat. Décembre 2001, p. 33). Selon cet auteur « cette position se justifie par le fait que le locataire n'a contracté des obligations envers le bailleur que pour une période déterminée et, lorsqu'il cède le droit au bail, il transmet ses obligations à un tiers pour l'avenir ». Mais elle critique la solution dégagée par la jurisprudence : « l'évolution... est... en totale contradiction avec la protection des droits du bailleur mais aussi des grands principes qui régissent le droit français. En effet, selon l'article 1275 du Code civil, un débiteur ne peut pas transférer ses obligations à un tiers sans l'accord du créancier qui doit accepter la délégation. On ne peut donc contraindre le bailleur à se voir imposer le cessionnaire comme débiteur des loyers ».

⁸¹²V. en ce sens, J. Ghestin, M. Billiau et C. Jamin, op. cit., n° 1075, p. 1156 : « S'agissant d'un bail relevant du droit commun de l'article 1717 du Code civil, si la dette de loyer naît après la cession de contrat, le preneur initial (cédant) n'est pas obligé envers le bailleur (cédé) qui n'a aucune action contre lui. En revanche, si l'obligation est née avant la cession, il demeure tenu envers le bailleur puisque le principe d'incessibilité des dettes ne lui permet pas de se libérer sans le consentement de son créancier ».

Sous section 2 - la suppression de la dérogation au profit du droit civil : les entraves contractuelles à la liberté de céder le bail à l'acquéreur du fonds.

439. Il convient de rappeler les termes de l'article L. 145-16 du Code de commerce : « Sont également nulles, quelles 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 ». Cette disposition est-elle fondamentalement différente de l'article 1717 du Code civil ? Il faut nuancer l'opposition de ces deux dispositions. Elles posent en effet le même principe, à savoir le droit pour le preneur de céder son bail. La divergence provient seulement des exceptions qu'il convient à y apporter. Si le Code civil autorise les clauses d'interdiction de céder le bail, le statut des baux commerciaux n'admet pas cette possibilité. Ainsi l'article L. 145-16 du Code de commerce pose le même principe que l'article 1717 du code civil, mais ne permet aucune exception lorsque la cession est réalisée au profit de l'acquéreur du fonds de commerce. Selon l'article 474 du code civil iranien, le même titre existe dans les droits iraniens. Cet article avait autorisé le transfert alors que l'article 10 du décret de loi 1977 l'interdit sauf dans le cas où le propriétaire avait donné son accord. Actuellement, comme le décret de 1997 a reconnu les lois du code civil comme prioritaire, le transfert peut être fait sauf dans le cas où ce transfert a été interdit clairement dans le contrat de bail commercial.

440. Pourtant, de nombreuses stipulations sont insérées dans les baux commerciaux afin de limiter ou de restreindre la liberté de céder du preneur. Pour valider celles-ci, la jurisprudence semble raisonner par un syllogisme qui n'est pas sans faille. L'article L. 145-16 du Code de commerce prohibe les clauses d'interdiction⁸¹³. Les clauses limitatives ou restrictives du droit de céder ne sont pas des clauses d'interdictions. Donc le statut n'invalide pas ces stipulations. La jurisprudence justifie l'existence de ces clauses en énonçant qu'elles

⁸¹³V. par exemple, Cass. Com., 28 février 1956 : Bull. Civ. III, n° 88 ; Rev. Loyers, 1956, p. 241.- CA Paris, 10 décembre 1997 : Loyers et copr. 1998, n° 95, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet. Par ailleurs, les clauses du bail ayant pour effet d'interdire les cessions partielles du fonds à l'acquéreur sont, elles aussi, sanctionnées par la nullité, Cass. Com., 14 octobre 1959 : Bull. Civ. III, n° 344 ; D. 1960, p. 78 ; JCP. 1960, G, II, 11417, note B. Boccara. La définition de la cession partielle a d'ailleurs posé quelques difficultés. Il faut soit transmettre un élément essentiel du fonds, soit céder l'un des fonds exploité dans le local (V. sur le sujet, G. Guérin, note sous, Cass. 3° civ., 24 novembre 1987 : JCP. 1988, N, II, p. 152 ; Nouvelles possibilités offertes au preneur de céder tout ou partie de son activité commerciale : JCP. 1987, N, Prat. N° 308, p. 551 ; Vers la libération de la cession des baux commerciaux ? : JCP. 1988, N, Prat. N° 731, p. 593 ; Cession partielle et indivisibilité du bail commercial : JCP. 1990, N, Prat. N° 1337, p. 185).

permettent au bailleur de contrôler la moralité, la solvabilité et les compétences du cessionnaire⁸¹⁴.

441. Ces stipulations n'ont-elle pas cependant pour effet d'affaiblir le principe de libre cession posée par l'article L. 145-16 du Code de commerce ? Une réponse affirmative à cette question aurait une conséquence importante, celle de rapprocher la cession du bail commercial de celle de l'article 1717 du Code civil. Si cette solution se confirmait, il y aurait un effacement du droit spécifique du statut au profit du droit civil. Il est donc nécessaire d'analyser l'ensemble de ces stipulations⁸¹⁵ afin de rechercher si elles permettent le retour du droit civil au sein de ce contrat.

§1- Les clauses limitatives de forme.

442. Il est de jurisprudence⁸¹⁶ ancienne et constante que la cession du louage de choses de droit commun est soumise aux formalités de l'article 1690 du Code civil⁸¹⁷.

⁸¹⁴V. un arrêt significatif, Cass. 3^{ème} civ., 14 avril 1982 : JCP. 1982, G, IV, p. 217 ; Gaz. Pal. 1982, 2, pan. p. 291.

⁸¹⁵V. Pour le bail de droit commun : L. Josserand, note sous, CA Paris, 29 janvier 1921, Trib. Civ. du havre, 1^{er} juillet 1922, CA Rennes, 5 décembre 1922, CA Nancy, 12 janvier 1923 : DP 1923, 2, p. 169 ; P. Esmein, Les clauses des baux à loyer relatives à la faculté de sous-louer ou de céder le bail : JCP. 1927, p. 1105 ; P. Lagarde, Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession de droits : Rev. Critique, 1928, p. 59 ; R. Savatier, L'interdiction de sous-louer ou de céder le bail, ses degrés divers, ses effets : DH 1928, p. 29 ; R. Patel et G. Azema-Meunier, Les clauses restrictives ou prohibitives de la faculté de céder ou de sous louer : droit commun et législation sur les loyers : Rev. Loyers, 1952, p. 420 ; M. Planiol et G. Ripert, op. cit., n° 553, p. 769 ; D. Denis, La cession du bail immobilier : D. 1976, p. 270 ; J. Viatte, La cession du droit au bail : Rev. Loyers, 1980, p. 232.

Pour le bail commercial : Robert-Martin et R. Maus, op. cit., n° 39, p. 26 ; J. Brault et G.-G. Barbier, Étude sommaire sur les limitations légales à la cession des baux commerciaux en cours ou prorogés : Gaz. Pal. 1953, 2, p. 4 ; R. Maus, art. Préc., p. 147 ; J. Voulet, La cession d'un bail commercial et les clauses restrictives : Rev. Loyers, 1959, p. 148 ; J. Viatte, La clause imposant le concours du bailleur à l'acte de cession d'un bail commercial : Rev. Loyers 1960, p. 272 ; J. Viravaud, th. Préc., n° 70, p. 81 ; J. Brackers d'Hugo, La cession et la sous-location des baux commerciaux : Ann. Loyers, 1960, p. 240 ; C. Bequignon-Lagarde, Propriété commerciale et propriété culturelle, Mélanges J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 333 ; J. Archevêque, J. Legrand, P. de Belot, op. cit., n° 209, p. 170 ; J. Derruppé, R. Maus, G. Brière de l'Isle et P. Lafarge, op. cit., n° 169, p. 94 ; P.-H. Brault, Cession de bail : validité et portée des clauses restrictives imposant au preneur un agrément préalable ou des conditions diverses : Loyers et copr. Mai 1992, p. 1 ; J.-M. Gélinet, Clauses d'agrément, clauses d'intervention et cession de bail commercial : Rev. Administrer, janvier 1995, p. 2 ; F. Auque, op. cit., n° 153, p. 161 ; J.-P. Blatter, op. cit., n° 2, p. 317 ; C. Proost et P. Brisard, Repenser le statut des baux commerciaux : Rev. Loyers, 2002, n° 11, p. 266.

⁸¹⁶Req., 4 mai 1925 : DP 1925, 1, p. 141.- Cass. Com., 22 octobre 1952 : Bull. Civ. III, n° 314.- Cass. 3^{ème} civ., 13 février 1974 : Bull. Civ. III, n° 75.- Cass. 3^E civ., 2 février 1977 : Bull. Civ. III, n° 58.- Cass. 3^E civ., 6 février 1974 : Bull. Civ. III, n° 34.

⁸¹⁷ Survivance d'un passé où la cession de contrat était analysée simplement en une double transmission de créance et de dette.

La transmission du bail commercial doit, elle aussi, respecter les prescriptions imposées par cette disposition contraignante⁸¹⁸. Elle n'est en principe soumise à aucune autre formalité légale⁸¹⁹. Mais en Iran, concernant les lieux commerciaux, le transfert du bien au créancier peut se faire uniquement avec l'arrêté du tribunal. Malgré cela, le propriétaire a la priorité pour récupérer le bien en payant la dette du locataire. Cependant, conformément à l'article 1134 du Code civil, le bail peut prescrire des formalités spécifiques qui devront être respectées impérativement par le preneur⁸²⁰. Ainsi, certaines clauses prévoient que la cession ne pourra intervenir que par acte authentique⁸²¹, ou encore que le contrat sera rédigé par le conseil ou le notaire du bailleur⁸²².

443. Certains baux commerciaux exigent parfois le concours du bailleur à l'acte de cession. La jurisprudence ne fait aucune difficulté pour valider les stipulations en cause⁸²³. Il

⁸¹⁸Req., 27 décembre 1933 : DP 1934, 1, p. 13 ; Gaz. Pal. 1934, 1, p. 479.- Req., 19 janvier 1948 : *Rev. Loyers*, 1948, p. 356.- Cass. Com. 22 octobre 1952 : Bull. Civ. III, n° 240.- Cass. Com., 13 mars 1966 : Bull. Civ. III, n° 157.- Cass. 3^{ème} civ., 29 octobre 1970 : *Rev. Loyers*, 1971, p. 90.- Ass. Plén., 14 février 1975 : D. 1975, p. 349.- Cass. 3^{ème} civ., 13 février 1974 : Bull. Civ. III, n° 75.- Cass. 3^{ème} civ., 6 mai 1981 : *Rev. Loyers*, 1981, p. 375.- Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 1983 : *JCP*. 1984, G, II, 20156, obs. B. Petit.- Cass. 3^E civ., 12 juin 2001 : *AJDI*. 2001, p. 881. Le non respect de ces exigences entraîne l'inopposabilité de la cession aux tiers, à savoir principalement le bailleur cédé. Ce dernier pourra alors considérer le cessionnaire comme occupant sans titre et obtenir ainsi l'expulsion.V. sur cette sanction, J. Derruppé, R. Maus, G. Brière de l'Isle et P. Lafarge, op. cit., n° 161, p. 89, et la jurisprudence citée (Cass. Com., 26 février 1952 : Bull. Civ. III, n° 74.- Cass. Com., 20 janvier 1954 : *JCP*. 1954, G, II, 8047.- Cass. Com., 13 février 1963 : D. 1963, Somm. p. 53).- V. aussi, Cass. Com., 14 janvier 1958 : Bull. Civ. III, n° 19.- Cass. 3^{ème} civ., 6 février 1979 : D. 1979, IR. p. 297.- Cass. 3^E civ., 11 février 1981 : *Rev. Loyers*, 1981, p. 235.- Cass. 3^{ème} civ., 6 mars 1996 : Bull. Civ. III, n° 61 ; *D. Aff.* 1996, p. 511 ; *Loyers et copr.* 1997, n° 17, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet.

⁸¹⁹V. en ce sens, J. Derruppé, R. Maus, G. Brière de l'Isle et P. Lafarge, op. cit., n° 157, p. 87. Ces auteurs débent leur exposé sur les formalités de la cession du bail commercial par cette affirmation : « *L'acte de cession d'un bail n'est légalement soumis à aucune forme particulière. Il peut être authentique ou sous seing privé. La seule exception étant la publicité organisée par l'article 1690 du Code civil. A l'inverse de la vente du fonds de commerce, soumis à une publicité spécifique en vertu de la loi du 17 mars 1909, le statut n'impose aucune formalité propre à la cession du bail commercial* ». Certains ont essayé de proposer l'application des formes prescrites par la loi de 1909, mais sans grand succès (M. Dagot, « La publicité de la cession isolée du droit au bail » : *JCP*. 1992, N, I, p. 197).

⁸²⁰V. par exemple, Cass. 3^{ème} civ., 9 mars 1994 : *Loyers et copr.* 1994, n° 248, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet). Par exemple, J. Derruppé (L'obligation de constater par acte notarié la cession d'un bail commercial : *Rép. Defrénois*, 1996, p. 145) met en avant la possibilité d'imposer la conclusion de la cession sous la forme d'un acte authentique afin, entre autres, de profiter davantage des procédures d'exécution réformées par la loi du 9 juillet 1991.

⁸²¹Cass. Com., 12 juin 1963 : Bull. Civ. III, n° 291.- Cass. 3^{ème} civ., 19 juillet 1984 : *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. p. 20.- CA Paris, 3 novembre 1992 : *Loyers et copr.* 1993, n° 142.- Cass. 3^{ème} civ., 9 mars 1994 : *Loyers et copr.* 1994, n° 248.- CA Versailles, 11 septembre 1997 : *Loyers et copr.* 1999, n° 43, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet.- Cass. 3^E civ., 1^{er} avril 1998 : *RJDA*. 1998, n° 690.

⁸²²Cass. 3^{ème} civ., 16 juillet 1970 : *Rev. Loyers* 1970, p. 446.- CA Paris, 24 mai 1991 : *Loyers et copr.* 1992, n° 215.- Cass. 3^{ème} civ., 24 juin 1998 : *D. Aff.* 1998, p. 1387, obs. Y. Rouquet ; *Rev. Administrer*, octobre 1998, p. 46, obs. B. Boccara, D. Lipman-Boccara et M.-L. Sainturat.- CA Paris, 26 janvier 2001 : *AJDI*. 2001, p. 338.- CA Paris, 27 septembre 2002 : *Loyers et copr.* 2003, n° 131, obs. P.-H. Brault et P. Pereira-Osouf.

⁸²³Cass. 3^{ème} civ., 11 février 1981 : *Rev. Loyers*, 1981, p. 235.- Cass. 3^{ème} civ., 16 février 1982 : *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. p. 220.- CA Rennes, 25 septembre 1990 : *Loyers et copr.* 1992, n° 216, obs. P.-H. Brault.- Cass. 3^{ème} civ., 10 mai 1991 : *Loyers et copr.* 1992, n° 122, obs. P.-H. Brault.- CA Paris, 14 novembre 1992 : *Loyers et copr.*

s'agit là d'une simple exigence de forme détachée de tout agrément du bailleur sur le principe de la cession. La Cour de cassation, dans une décision du 11 février 1981⁸²⁴, énonce « *que la clause du bail relative à la cession par le preneur n'exigeait pas l'accord des bailleurs au cas de cession à un successeur dans le commerce et prévoyait seulement dans ce cas le concours des bailleurs à l'acte (...)* ».

444. Il est vrai qu'un arrêt plus ancien de la Cour de cassation du 2 décembre 1954⁸²⁵ a jugé que si le bailleur était appelé à concourir cela « *ne saurait s'entendre d'une simple présence exclusive de toute manifestation d'opinion et se borner à une formalité sans objet ; qu'elle suppose au contraire, un concours matériel du bailleur à la cession et une adhésion à son contenu et a pour but de lui permettre, s'il a des motifs légitimes à faire valoir, de s'opposer à la cession projetée* ». Cette divergence peut cependant être expliquée. De nombreuses clauses peuvent être qualifiées de mixtes, car elles prescrivent des limites à la fois de forme, mais aussi de fond, en exigeant l'agrément du bailleur cédé à la cession. Mais lorsqu'une clause exige exclusivement le concours du bailleur, son agrément à la cession n'est pas exigé, cette stipulation servant seulement à informer le propriétaire sur le contenu précis de l'opération réalisée⁸²⁶. D'ailleurs, sa méconnaissance ne permet pas toujours d'obtenir la résiliation du bail en vertu de l'article 1184 du Code civil⁸²⁷.

445. Les clauses prévoyant une formalité spécifique pour la conclusion de la cession de bail commercial limitent-elles la liberté de céder du preneur ? La réponse ne saurait être qu'affirmative en raison de la sanction attachée à la méconnaissance des stipulations en cause. En effet, la cession qui ne respecte pas les formalités est inopposable au bailleur⁸²⁸ et, ce faisant, à l'arrivée du terme, il pourra refuser le renouvellement pour un motif grave et

1992, n° 217, obs. P.-H. Brault.- CA Toulouse, 26 mai 1993 : *Loyers et copr.* 1994, n° 27, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet.

⁸²⁴Cass. 3^{ème} civ., 11 février 1981 : précité.

⁸²⁵Cass. Com., 2 décembre 1954 : Bull. Civ. III, n° 373 ; *D.* 1955, Somm. p. 52.

⁸²⁶La Cour d'appel de Paris, dans une décision du 6 novembre 1962, (*Rev. Loyers*, 1964, p. 67) a mis l'accent sur cet aspect informatif.

⁸²⁷V. Par exemple, Cass. 3^{ème} civ., 11 février 1981 : précité.

⁸²⁸La régularisation postérieure est d'ailleurs en principe inopérante (Cass. 3^{ème} civ., 13 octobre 1976 : Bull. Civ. III, n° 344.- Cass. 3^{ème} civ., 16 février 1982 : Bull. Civ. III, n° 48.- Cass. 3^{ème} civ., 17 juillet 1996 : *Rev. Huissiers*, 1996, p. 1414 ; *Rev. Administrer*, janvier 1997, p. 25, note J.-D. Barbier).

légitime⁸²⁹ car ce n'est plus le preneur qui exploite le fonds dans le local loué. Il pourra même parfois obtenir la résiliation du contrat de bail commercial⁸³⁰.

§2- Les conditions restrictives du fonds de commerce.

A- La condition de ratification

446. La plupart des baux commerciaux stipulent que la cession du contrat à l'acquéreur du fonds devra recevoir la ratification⁸³¹ du bailleur ou bien son autorisation expresse⁸³². La jurisprudence ne fait aucune difficulté pour valider l'ensemble de ces clauses. En effet selon la Cour de cassation, « *la prohibition des clauses d'interdiction de céder le bail à l'acquéreur du fonds de commerce ne s'applique qu'à une interdiction absolue et générale de toute cession et non à de simples clauses limitatives ou restrictives* »⁸³³. De la même manière, en Iran, plusieurs arrêts ont été émis par la cour d'appel⁸³⁴ qui confirment cette interdiction. Ainsi, il est donné raison au propriétaire qui expulse le locataire moyennant

⁸²⁹Cass. 3^{ème} civ., 17 janvier 1969 : Bull. Civ. III, n° 56.- CA Versailles, 11 septembre 1997 : *Loyers et copr.* 1999, n° 43, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet.- Cass. 3^{ème} civ., 21 novembre 2001 : *AJDI.* 2002, p. 127, obs. M.-P. Dumont.

⁸³⁰CA Paris, 3 novembre 1992 : *Loyers et copr.* 1993, n° 142.- CA Paris, 6 janvier 1993 : *Loyers et copr.* 1993, n° 313.- Cass. 3^{ème} civ., 17 juillet 1996 : précité.- CA Paris, 26 janvier 2001 : *AJDI.* 2001, p. 338.

⁸³¹Selon la Cour de cassation (Cass. 3^{ème} civ., 14 avril 1982 : *JCP.* 1982, G, IV, p. 217 ; *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. p. 291), « *est licite la clause figurant à un bail commercial qui ne tend pas à interdire absolument au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise, convention frappée de nullité en vertu des dispositions de l'article 35-1 du décret du 30 septembre 1953, mais qui constitue une clause d'agrément permettant au bailleur un contrôle de la régularité de la cession, de la moralité, de la solvabilité et de la compétence de l'acquéreur éventuel* ». - V. aussi, Req., 16 novembre 1927 : *DP* 1928, 1, p. 61.- CA Paris, 6 mars 1959 : *Ann. Loyers*, 1960, p. 148.- CA Paris, 10 novembre 1988 : *Loyers et copr.* 1989, n° 193.- CA Paris, 6 janvier 1989 : *Loyers et copr.* 1989, n° 139.- CA Paris, 26 février 1999 : *AJDI.* 1999, p. 342.- CA Paris, 15 mai 2002 : *JCP.* 2002, G, IV, 1617 ; *Rev. Administrer*, novembre 2002, p. 22, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccara.

⁸³²CA Paris, 3 janvier 1957 : *Rev. Loyers*, 1957, p. 232 ; *Ann. Loyers*, 1958, p. 339.- Cass. Com., 14 janvier 1958: Bull. Civ. III, n° 19; *Ann. Loyers*, 1958, p. 250- Cass. Com., 14 février 1959: Bull. Civ. III, n° 81- CA Paris, 3 mars 1959: *Ann. Loyers*, 1960, p. 118- Cass. Com., 4 janvier 1961 : Bull. Civ. III, n° 1.- CA Aix-en-Provence, 7 février 1991 : *Loyers et copr.* 1992, n° 214, obs. P.-H. Brault.- CA Paris, 29 août 1991 : *Loyers et copr.* 1992, n° 213, obs. P.-H. Brault.- CA Paris, 26 novembre 1991 : *Loyers et copr.* 1992, n° 212, obs. P.-H. Brault.- CA Aix-en-Provence, 26 mai 1994 : *Loyers et copr.* 1994, n° 437, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet.- CA Paris, 25 avril 2001 : *AJDI.* 2001, p. 521.- CA Paris, 8 mars 2002 : *AJDI.* 2002, p. 688 ; *RJDA.* 2002, p. 688 ; *RJDA.* 2002, n° 992.- Cass. 3^{ème} civ., 2 octobre 2002 : Bull. Civ. III, n° 192 ; *RJDA.* 2002, n° 1244 ; *JCP.* 2002, G, IV, 2815 ; *AJDI.* 2003, p. 30, obs. M.-P. Dumont ; *Gaz. Pal.* 31 janvier et 1^{er} février 2003, p. 10, note P.-H. Brault ; *Rev. Administrer*, avril 2003, p. 38, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccara.

⁸³³Cass. 3^{ème} civ., 2 octobre 2002 : précité.

⁸³⁴ CA téhéran, ch. 28, 16 Nov. 1993, n° 72-461.

un paiement de la moitié de la valeur du fonds de commerce, pour le cas où le propriétaire n'accepte pas le transfert du contrat de bail à d'autrui.

447. L'ensemble de ces stipulations n'a qu'un seul but : celui de permettre au bailleur de contrôler l'opération en se réservant la possibilité de s'y opposer. Il n'a pas à apporter son consentement⁸³⁵, mais seulement son autorisation. Si d'aventure une stipulation du bail commercial exigeait le consentement du bailleur à la cession, elle devrait subir la sanction de la nullité pour violation de l'article L. 145-16 du Code de commerce, car elle se rapprocherait sans aucun doute des clauses d'interdiction⁸³⁶. En effet, une telle stipulation consiste à placer la cession sous la dépendance quasi-absolue du bailleur, puisqu'en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, il est libre de donner ou non son consentement.

448. La clause dite de consentement entrave-t-elle la liberté de céder du preneur ? Il faut d'emblée relever qu'elle diffère de la clause d'interdiction. Elles ont en effet toutes deux une finalité distincte. Selon L. Josserand⁸³⁷, « *si la clause a une teneur strictement prohibitive, si elle défend au preneur en terme absolu, sans plus, de sous-louer et de céder ses droits : c'est alors l'interdiction intégrale, l'interdiction de principe, sans dérogations, qui ne laisse au locataire aucune porte de sortie (...). En laissant sans réserve la faculté de substitution que lui conférait la loi, le preneur a fait du bailleur le maître de la situation ; il devra s'incliner devant un refus qui n'aura pas besoin d'être étayé sur des raisons valables, ni même sur des raisons quelconques(...)* ». En revanche, « *les clauses simplement limitatives instituent une situation très différente : au preneur, elles laissent, en principe, le droit de se substituer quelqu'un ; au bailleur, elles ouvrent une option. Il peut, soit accueillir, soit*

⁸³⁵Selon le vocabulaire philosophique de M. A. Lalande (V. Consentement, in *Vocabulaire technique et critique de philosophie*, coll. Quadrige, PUF. 1991, vol. 1, p. 117), consentir, c'est admettre, donner son assentiment. Ainsi, le terme employé par les contractants pourrait induire que le bailleur participe à la création même du contrat de cession, et qu'il est alors obligé par ce dernier.

⁸³⁶Selon R. Savatier (art. Préc., p. 29), dans les clauses d'agrément « *le principe est le droit (...) de céder, la nécessité de l'autorisation du bailleur n'intervenant que sous la forme de réserve (...)* » mais, à l'inverse, certaines stipulations « *se présentent fréquemment sous une forme plus sévère, déclarant que le preneur ne pourra (...) céder le bail sans le consentement du bailleur. La règle semble être ici l'interdiction (...), l'éventualité d'une autorisation du bailleur y apportant seulement une réserve* ». Cette distinction a été reprise par J.-E. Vrabiesco (th. Préc., p. 9) : « *Les clauses de consentement, qui interdisent au preneur de (...) céder son bail sans le consentement exprès (...) du bailleur, la règle semble être ici l'interdiction* ». Alors que dans « *les clauses d'agrément, qui spécifient que le preneur ne pourra transmettre la jouissance de son droit de bail qu'à des personnes agréées, par le bailleur (...)* le principe, c'est le droit, l'autorisation sous forme de réserve ». Cependant, cet auteur observe que cette distinction est fort « *subtile* » (p. 53), et donc difficile à appréhender. De même, pour P. Lagarde (art. Préc., n° 12, p. 89), « *la distance est bien faible* » entre ces deux types de clauses.

⁸³⁷Note sous, CA Paris, 29 janvier 1921, Trib. Civ. du Havre, 1^{er} juillet 1922, CA Rennes, 5 décembre 1922, CA Nancy, 12 janvier 1923 : DP 1923, 2, p. 173.

repousser la demande de substitution ; et, quelle que soit sa décision, elle intervient toujours en exécution du contrat de bail »⁸³⁸.

449. Cependant, si ces clauses s'opposent par leur finalité, il convient de se demander si elles ne peuvent se rapprocher par leurs effets. Selon J. Derruppé, R. Maus, G. Brière de L'Isle, et P. Lafarge⁸³⁹, « *il n'est pas douteux qu'une clause d'agrément peut constituer un obstacle à la cession parfois aussi sérieux qu'une clause d'interdiction. Si le propriétaire refuse l'agrément, le locataire aura certes un recours pour faire juger le refus injustifié (...), mais il n'est pas sûr que le cessionnaire soit disposé à attendre l'issue du procès pour être certain de ses droits* ». Le bailleur peut ainsi s'opposer à la cession en refusant de donner son autorisation. Dans ces circonstances, le preneur ne peut passer outre, et conclure le contrat de cession sous peine de sanction⁸⁴⁰.

450. Il devra nécessairement saisir le tribunal pour obtenir une autorisation judiciaire. Il est donc entravé dans la conclusion du contrat de cession. Selon l'article 19 de la loi votée en 1997, le locataire n'a pas le droit de transférer le bail dès lors que le propriétaire lui refuse son accord et ne souhaite pas payer la valeur du fonds de commerce. Cependant, le locataire peut obtenir cette autorisation de transfert auprès du tribunal. Ce transfert, validé par-devant notaire, doit avoir lieu dans les six mois suivant cette autorisation. Passé ce délai, cette autorisation n'est plus valable. Ceci est un exemple de la similitude entre les droits français et iranien.

451. En validant sans distinction aucune les clauses limitatives et restrictives, la jurisprudence contribue à affaiblir l'article L. 145-16 du Code de commerce. Cela a pour

⁸³⁸Note sous, CA Paris, 29 janvier 1921, Trib. Civ. du Havre, 1^{er} juillet 1922, CA Rennes, 5 décembre 1922, CA Nancy, 12 janvier 1923 : précité.

⁸³⁹Op. cit., n° 172, p. 97.

⁸⁴⁰Lorsque la cession d'un bail commercial est réalisée en contravention avec les stipulations du contrat, il risque d'être résilié judiciairement (CA Paris, 3 avril 1991 : *Loyers et copr.* 1992, n° 218.- CA Paris, 26 janvier 2001 : *AJDI.* 2001, p. 338.- CA Paris, 19 juin 2002 : *AJDI.* 2002, p. 690.- Cass. 3^E civ., 10 juillet 2002 : *RJDA.* 2002, n° 1120 ; *Gaz. Pal.* 31 janvier et 1^{er} février 2003, p. 9, note P.-H. Brault) ou conventionnellement, et le renouvellement pourra même être refusé sans indemnité d'éviction, puisque cette situation peut caractériser un motif grave et légitime au sens de l'article L. 145-17 du Code de commerce (Cass. 3^E civ., 13 février 1973 : *Gaz. Pal.* 1973, 1, Somm. p. 67.- Cass. 3^E civ., 25 juin 1975 : *Gaz. Pal.* 1975, 2, pan. p. 223.- CA Paris, 3 novembre 1989 : *D.* 1990, Somm. p. 261), une mise en demeure n'étant pas nécessaire (CA Versailles, 11 septembre 1997 : *Loyers et copr.* 1999, n° 43, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet). Cependant, la jurisprudence ne sanctionne pas toujours l'irrespect de la clause (V. par exemple, pour le refus de la résiliation judiciaire, CA Paris, 15 mars 2002 : *D.* 2002, AJ. p. 2605, obs. E. Chevrier ; *Rev. Administrer*, novembre 2002, p. 22, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccaro.- pour l'inapplication de la clause résolutoire, Cass. 3^E civ., 27 mars 2002 : *RJDA.* 2002, n° 606). V. aussi une solution déjà ancienne (Req., 2 mai 1919 : S. 1920, 1, p. 214) : « *Le cessionnaire d'un bail est sans droit vis-à-vis du bailleur pour exercer la faculté de renouvellement inscrite dans le bail au profit du locataire, si la cession de bail dont il se prévaut lui a été consentie sans l'assentiment du bailleur, en violation d'une clause du bail* ».

conséquence de limiter la liberté de céder le bail à l'acquéreur du fonds de commerce. Ainsi, la situation se rapproche considérablement de celle de l'article 1717 du Code civil qui permet lui aussi d'entraver les cessions. Nous sommes alors en présence de l'effacement d'un droit spécifique au profit du droit civil, c'est-à-dire de l'article 1717 du Code civil, qui, lui, admet les entraves à la liberté de céder. Il semble que les codes civils français et iranien acceptent le principe de la liberté contractuelle. Pour résoudre les problèmes créés à cause du transfert par le locataire, et afin de protéger les droits du propriétaire quant au choix de son locataire, une loi particulière concernant les baux commerciaux a été votée, en 1977, en Iran.

B- La condition dite de préemption.

452. Un autre type de clause est parfois stipulé dans les baux commerciaux. Il s'agit de la clause dite de « préemption », qui permet au bailleur de se voir proposer avant tout autre personne la cession envisagée par le preneur⁸⁴¹. Au premier abord, il semble qu'elle ne soit pas en contradiction avec l'article L. 146-16 du Code de commerce. Cependant, il faut convenir qu'elle restreint le preneur dans le choix du cessionnaire. Il ne peut plus, en effet, céder son contrat à qui bon lui semble. La liberté de céder est donc partiellement entravée⁸⁴².

453. La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 juillet 2000, a considéré que de telles stipulations étaient valables : « *Ayant exactement retenu qu'aucun texte ne prohibe l'insertion, dans le bail de locaux à usage commercial d'une clause prévoyant un droit de préemption au profit du bailleur en cas de cession de ce contrat (...) la cour d'appel (...) a justement déduit que la clause instituant le droit de préemption était valable* »⁸⁴³.

⁸⁴¹V. l'exemple d'une stipulation : « *En cas de cession du bail par le preneur, soit à l'acquéreur de son fonds de commerce, soit selon les modifications qui pourraient être apportées aux dispositions en vigueur et à la jurisprudence qui en découle, le bailleur bénéficiera d'un droit de préemption* ».

⁸⁴²V. en ce sens, S. Germain et G. Hittinger-Roux, *Le bail commercial expliqué aux commerçants*, Les Éditions du Site, 1997, p. 79 : « *il convient en revanche d'en limiter les excès (de la clause de préemption) : le bailleur est souvent tenté d'en profiter pour maîtriser totalement la cession* ».

⁸⁴³Cass. 3^e civ., 12 juillet 2000 : Bull. Civ. III, n° 138 ; D. 2000, AJ. p. 406, obs. Y. Rouquet ; *Rev. Loyers*, 2000, p. 432, obs. C.-H. Gallet ; *JCP*. 2001, E, II, p. 371, note L. Leveneur.- V. aussi, CA Dijon, 14 décembre 2000 : *JCP*. 2001, E, pan. p. 1305.

454. En déclarant que le bailleur dispose d'un droit de préemption, et donc en laissant supposer que cela lui permet de se substituer au cessionnaire, la liberté du preneur est affaiblie, ce qui rapproche encore une fois la cession du bail commercial de la cession organisée par le droit commun du louage de choses.

C- La condition de garantie solidaire.

455. Une stipulation est particulièrement fréquente dans les baux commerciaux : il s'agit de la clause de garantie solidaire. Aux termes de cette dernière, le cédant va s'engager à garantir au profit du cédé l'exécution d'une ou plusieurs obligations mises à la charge du cessionnaire⁸⁴⁴. Seulement, ce règlement semble ne pas être logique car aucun tribunal ne peut demander ou obtenir une caution suffisante pour garantir les intérêts du propriétaire. Il est possible de dédommager le propriétaire pour les loyers impayés mais, lorsque les dommages s'étendent au-delà du non-paiement des loyers, qui est le responsable ? Locataire principal ? Nouveau locataire ? Tribunal ? S'il s'agit du premier, aucun locataire n'accepte de prendre un tel risque, et ne fournit donc les garanties nécessaires. Si est en cause le nouveau locataire, qui n'a aucun contrat avec le propriétaire car le bail lui a été transféré par l'arrêt du tribunal, est-ce que le tribunal peut garantir un dédommagement complet au propriétaire ?

456. Si cette stipulation n'est pas contraire au principe de la liberté de céder prévue par l'article L. 145-16 du Code de commerce⁸⁴⁵, elle risque de freiner singulièrement le preneur originaire lorsqu'il décidera de céder son bail et son fonds de commerce⁸⁴⁶ puisque, afin d'éviter que sa garantie ne soit recherchée, il s'appliquera à choisir un cessionnaire dont il est

⁸⁴⁴V. par exemple, TGI Seine, 4 décembre 1961 : *JCP*. 1962, II, 12663, note B. Boccara.- Cass. 3^E civ., 17 juillet 1968 : Bull. Civ. III, n° 350.- Cass. 3^E civ., 15 mai 1996 : *Rev. Loyers*, 1996, p. 350, note J.-C. Berthault.- CA Paris, 26 janvier 2001 : *AJDI*. 2001, p. 338. V. plus précisément sur la solidarité, infra. N° 441.

⁸⁴⁵La clause de garantie solidaire ne fait pas obstacle à la cession et, en conséquence, elle est conforme aux dispositions de l'article L. 145-16, al. 1^{er} du Code de commerce (V. En ce sens, R. Maus, art. Préc., p. 149 ; G. Teilliais, Cession de bail commercial et clause de solidarité : *AJPI*. 1997, p. 28). Son 2nd alinéa prévoit d'ailleurs qu'en « cas de cession, de fusion ou d'apport, si l'obligation de garantie ne peut plus être assurée dans les termes de la convention, le tribunal peut y substituer toutes garanties qu'il juge suffisantes ». La Cour d'appel de Paris, dans une décision du 14 janvier 2000 (*Rev. Administrer*, juin 2000, p. 46, obs. B. Boccara et D. Lipman-Boccara), a d'ailleurs précisé qu'il « ne résulte pas de cette disposition que c'est au cessionnaire ou au cédant de faire diligence afin d'obtenir une garantie de substitution alors que c'est le propriétaire qui a intérêt à l'obtenir ».

⁸⁴⁶Mme C. Gaudry (« La clause de solidarité entre preneurs et cessionnaires successifs » : *JCP*. 1999, N, I, p. 280) trouve cette stipulation particulièrement dangereuse pour le cédant.

certain qu'il accomplira l'ensemble des obligations contractuelles, d'où l'allongement des périodes de négociation.

Ce type de stipulation est d'autant plus avantageux pour le bailleur que la jurisprudence considère que si le cédant ne peut plus apporter sa garantie, par exemple parce qu'il est en liquidation judiciaire, le bailleur peut légitimement refuser de donner son agrément à l'opération⁸⁴⁷.

457. Prises isolément, les stipulations étudiées restreignent sensiblement la liberté de céder prévue par l'article L. 145-16 du Code de commerce. Il en va ainsi particulièrement de la clause d'agrément, en tant qu'elle met la cession sous la dépendance du bailleur. Mais les baux commerciaux ne se contentent pas le plus souvent de stipuler l'une ou l'autre de ces clauses. Ils cumulent celles-ci. Ainsi, le principe de la liberté de céder à l'acquéreur du fonds de commerce, que le statut avait conçu comme absolu puisque d'ordre public, tend à disparaître par l'accroissement du nombre des limites créées par la pratique et reconnues par la jurisprudence. Cette situation caractérise alors le retour du droit commun du louage de choses, à savoir l'article 1717 du Code civil, dans la mise en œuvre de la cession de bail commercial, et donc l'effacement progressif de la spécificité posée par le statut.

Chapitre 2 – Le principe du contrat de bail et la cession du contrat de bail commercial selon le droit iranien.

458. Contrairement au droit français où le principe de la cession de contrat n'a été reconnu que depuis la rédaction de son Code civil et par un dérivé de la conception romaine, en droit iranien, ce principe est ancien puisant ses racines dans le droit imamat.

Pour étudier la cession en Iran, il faudra d'abord définir la signification du contrat dans le Code civil et ses éléments. Ensuite, on étudiera les principes de transfert. Donc on parlera en même temps de la cession de la jouissance: Une condition essentielle du contrat du bail

⁸⁴⁷CA Paris, 26 février 1999 : *Gaz. Pal.* 1999, 2, Somm. p. 387, note P.-H. Brault. La jurisprudence a même parfois admis la résiliation du bail commercial, Cass. Com., 27 janvier 1953 : *D.* 1953, p. 236.V. aussi pour une cession de créance, Cass. 1^{re} civ., 31 octobre 1962 : *Bull. Civ.* III, n° 455.V. sur le sujet, J.-P. Blatter, *op. cit.*, n° 32, p. 333.

commercial (Section 1). La cession de contrat est l'effet direct du contrat de bail (Section2). Le transfert de contrat a ainsi, en droit iranien, deux caractères communs avec la cession de contrat du bail commercial en droit français et un caractère propre à lui.

Section 1 - Principe de contrat inspiré de la charia et de la cession de jouissance : Une condition essentielle du contrat de bail commercial.

459. Le législateur en annulant la loi de 1977, en particulier ce qui concernait le fonds de commerce, a décrété une nouvelle loi en 1997 qui se base sur la charia. En effet elle est inspirée, en ce qui concerne le pas de porte, de la jurisprudence religieuse et du livre « tahrir-al-vasileh » de l'Ayatollah Khomeyni. Ci-dessous, afin d'introduire le contexte, une partie de sa doctrine est citée.

460. Ayatollah Khomeyni a écrit 8 articles dans son livre « tahrir-al-vasileh » et par exemple le premier est le suivant. La location ne crée aucun droit pour le locataire, même s'il était dans les lieux depuis longtemps ou même si grâce à sa réputation le lieu se valorise d'avantage. Tout ceci ne créera aucun droit pour le locataire. Alors si la durée de location arrive à son terme, le locataire doit « *vajeb* » libérer les lieux et les rendre à son propriétaire. S'il reste dans les lieux sans l'autorisation du propriétaire, il est considéré comme un usurpé pécheur « *ghaseb gonahkar* » et il est responsable du bien⁸⁴⁸. En étudiant les lois du 1997, on constate qu'après la révolution islamique en Iran, la législation est complètement inspirée par la doctrine religieuse. Nous allons parler des opinions du législateur iranien par la suite « Définition du contrat de bail » (Sous section 1) et « la cession de jouissance » (Sous section 2).

⁸⁴⁸ Rohallah, Mousavi Khomeyni, Tahrir-al-vasile, Entesharat Eslamyeh, T.1, 1984, pp. 614 et 615.

Sous section1 - Définition du contrat de bail.

461. On peut définir l'obligation comme une nécessité juridique par l'effet de laquelle une personne est astreinte envers une autre à une prestation soit positive, soit négative, c'est-à-dire à un fait ou à une abstention ou, comme le dit le code, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. On appelle « créancier » celui auquel appartient le pouvoir d'exiger cette prestation et débiteur celui qui est astreint à l'exécuter.

Les éléments qui engendrent les obligations sont, d'après la tradition classique, les contrats, les délits et les quasi-délits. Nous étudierons plus loin ces sources d'obligations. Un principe est à dégager dès le début de ce chapitre, c'est que les contrats se forment par le seul consentement des parties, par le simple accord de leurs volontés.

462. On entend par contrats ou conventions l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de produire des effets juridiques. Le principe qui domine cette matière est celui de la liberté: les parties peuvent librement organiser les obligations qu'elles créent entre elles. Cependant, il ne faut pas oublier que dans la plupart des contrats, les parties se contentent de prévoir les grandes lignes, c'est pourquoi le législateur a dû édicter des règles supplétives; d'autre part, il y a très souvent une grande inégalité économique entre les deux contractants, de telle sorte que l'un d'eux est plus ou moins obligé d'accepter les conditions fixées par l'autre (contrat d'adhésion).

§ 1 - Règles générales.

463. Pour que tout acte soit légalement réalisé, il faut d'abord vérifier les conditions de deux parties contractantes avant de constater les conditions spéciales de tout acte.

A - Accord de deux volontés.

464. Comme nous venons de dire, le bail est un acte juridique. Pour qu'il soit réalisé, il est nécessaire qu'il s'agisse de deux volontés indépendantes. En réunissant ces deux volontés, on trouve une unité qui, grâce à l'accord des consentements, crée un contrat auquel les deux

parties en échangeant leur consentement, seront tenues à l'exécuter, de sorte que, dans le cas de refus d'une des deux parties, l'autre puisse avoir un recours devant une juridiction civile. Par conséquent, pour former un contrat il faut d'abord constater l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit.

465. C'est pourquoi l'article 191 du Code civil iranien a prescrit que : Pour constater la véracité de tout contrat, les conditions ci-dessous sont nécessaires : 1- Accord des volontés des parties contractantes et les consentements. Il s'ensuit que sans volonté, aucun contrat ne peut être formé. Donc la seule intention de former ce que les deux parties ont décidé, ne suffit pas, mais la volonté doit être accompagnée par le consentement de l'autre partie à former un contrat. Une volonté viciée n'aura aucun effet. Ce qui a été créé par une pareille volonté est une forme apparente d'un contrat vide. Cette volonté viciée annule le contrat. En d'autres termes, c'est l'accord des volontés des parties contractantes qui forme un acte (article 191 et 194 du Code civil iranien). Pour que l'acte soit formé il faut que la volonté soit déclarée. Cette déclaration de la volonté se fait par la partie ou par son représentant légal ou contractuel.

B- Capacité de contracter.

466. Le bail est un acte bilatéral et synallagmatique qui oblige réciproquement deux ou plusieurs personnes les unes envers les autres. Cela nécessite donc que la partie contractante possède effectivement son bien. Cette possession nécessite une capacité à contracter qui commence dès la naissance et finit à la mort (article 957 du Code civil iranien). Tout homme jouit de droits civils. Cependant, toute personne ne peut exercer son droit qu'avec une capacité légale. Par conséquent, la seule capacité de jouissance ne suffit pas pour que l'homme puisse exercer son droit, mais il est nécessaire qu'il ait la capacité d'exercice. Cette capacité se réalise quand on arrive à un âge déterminé sans avoir besoin d'être prouvée. Personne ne peut être privé d'exercer ses droits quand il arrive à un âge déterminé, sauf dans le cas où sa démence ou son état de non discernement sont prouvés ³⁸⁴⁹. Cette aptitude à

⁸⁴⁹La loi établie sur le discernement date le 04.09.1935 : A partir de l'application de cette loi et sauf dans le cas du mariage et di divorce , Tous les tribunaux , les juridictions, les administrations publiques et les officies notariaux sont tenus de ne pas connaître les personnes physiques âgées moins de 18 ans civilement capables et émancipés à moins que son discernement ne soit approuvé par le tribunal compétent ainsi d'une action intentée avant avoir plocéidé à un acte ou un contrat unilatéral ou bilatéral.

acquérir et à exercer de droit est nécessaire pour les deux parties contractantes, car le propriétaire donne le droit de jouir d'un bien au preneur, et met les choses louées à la disposition du preneur. Celui-ci transfère réciproquement au bailleur une somme déterminée ou un bien par mois ou par an. Par conséquent, les deux parties contractantes doivent avoir la capacité de contracter. Si l'une d'entre elles est mineure ou atteinte d'un trouble mental, elle doit être représentée à l'acte par une personne légalement désignée à cet effet. Le représentant a nécessairement cette capacité. Si, par exemple, un bien appartient à un mineur, son père ne peut le représenter que si lui-même jouit de cette capacité de contracter.

C- Objet du bail.

467. D'après la partie 3 de l'article 190 du Code civil iranien, « l'objet du bail doit être déterminé ». C'est le troisième élément du bail constituant ainsi la condition principale de l'acte. Car le motif principal du bail c'est le transfert d'usufruit au preneur qui lui offre l'usage et la jouissance de la chose.

L'existence du bien et de ses usages est nécessaire pour que le transfert soit réalisé. L'objet du bail doit être un bien qui soit durable dans son usage. Ainsi, les biens dont l'usage aboutit à leur perte ne peuvent être loués (Article 471 du Code civil iranien). C'est pourquoi, selon la loi et la coutume, ce sont les biens immobiliers qui constituent généralement l'objet du bail. Naturellement, les biens mobiliers peuvent également constituer l'objet du bail mais offrent moins de sécurité en raison de leur nature notamment parce qu'ils sont susceptibles d'être déplacés ou encore anéantis.

Les biens immobiliers peuvent rester plus longtemps. Si le preneur décide de les utiliser contrairement à la coutume, le bailleur peut empêcher le preneur d'utiliser des choses louées contrairement au contrat et à la coutume.

468. Selon l'article 470 du Code civil iranien : « Pour que le bail soit valablement conclu, il faut que le bailleur mette l'objet du bail à la disposition du preneur ». Car la première condition aux engagements contractuels c'est l'obligation de l'exécuter. Le bailleur a l'obligation de mettre la chose louée à la disposition de preneur de sorte qu'il puisse la

Toutes les personnes physiques âgées à 18 ans adéquats seront considérées civilement capables devant les juridictions, les administrations publiques et les offices notariaux à moins que leur incapacité soit prouvée devant un tribunal compétent. Le critère en est l'acte de naissance à moins qu'il ne soit prouvé le contraire.

posséder de façon effective. Et se saisir d'une chose c'est la mettre à sa propre disposition⁸⁵⁰. La délivrance se réalise quand la chose vendue est mise à la propre disposition de l'acquéreur même si celui-ci n'est pas encore entré en possession⁸⁵¹.

469. Si le bailleur ne peut mettre à la disposition du preneur qu'une partie des choses louées, le bail sera valable sur la partie délivrée et nul sur l'autre partie.

D'après l'Article 477 du Code civil iranien : Le bailleur doit mettre les choses louées à la disposition du preneur dans un état tel que celui-ci pourra en jouir de façon favorable, sinon le bail sera nul. Le critère en est la coutume qui s'y applique d'une façon générale, mais si la non-délivrance émane du preneur, on peut l'obliger à le faire.

Si l'obliger n'est pas possible, le preneur pourra résilier le contrat du bail.

Selon l'article 473 du Code civil : « Il n'est pas nécessaire que le bailleur soit propriétaire du bien immeuble ou meuble, mais il doit être propriétaire des fruits que la chose produit par l'effet de la nature ou fruits civils ou en argent » car tout acte juridique sur un bien nécessite que l'on en soit propriétaire.

Principalement, personne n'a de pouvoir (ou de droit) sur les biens d'autrui à moins qu'il ne soit conféré par la loi ou un contrat. Par conséquent, on ne peut posséder un bien qui appartient à autrui. L'entrée en possession n'est valable qu'après le consentement du propriétaire. Elle dépend de sa décision.

470. La propriété du bien et de ses fruits est une exigence du contrat de vente. Dès la formation du contrat de vente, la propriété du bien vendu et de ses fruits sera réalisée. Mais dans le contrat du bail où le motif, c'est le transfert de jouissance du bien et donc ce qui est transféré, ce sont les fruits. En effet, selon le Code civil iranien, la propriété se divise en deux parties, l'une correspondant à la propriété du bien et l'autre à celle des fruits, c'est-à-dire les fruits naturels comprenant ceux que la chose donne par l'effet de la nature seule, les fruits industriels donnés par la chose à l'aide du travail de l'homme, fruits civils ou en argent produits par la chose sous la forme de loyer, fermage, intérêts et dividendes des actions. On suppose que l'on peut être propriétaire de la chose louée mais la propriété de ses fruits appartient à autrui. En droit français, il n'y a aucune définition autre que celle tirée du droit intellectuel, mais il existe des différences. Par conséquent, la propriété même dans cette

⁸⁵⁰ Article 367 du Code civil iranien.

⁸⁵¹ Article 368 du Code civil iranien.

mesure suffit à réaliser l'acte. C'est pourquoi, le preneur peut donner à bail la chose louée à autrui car la propriété des fruits du bien appartient à lui et son droit de propriété des fruits de la chose louée est complet, sauf dans le cas où on prévoit le contraire au contrat du bail⁸⁵².

471. D'après l'article 475 du Code civil iranien : « On peut donner à bail un bien commun, mais la délivrance de la chose louée n'est valable qu'avec le consentement du copropriétaire. ». En effet, la propriété peut être commune entre deux ou plusieurs personnes, chacune possédant une quote-part du bien. La mise en possession du bien commun par un copropriétaire n'est valable qu'avec le consentement des copropriétaires⁸⁵³. Le bien loué doit être déterminé, le bail d'un bien indéterminé est nul⁸⁵⁴.

D- La condition de détermination de la chose mobilière ou immobilière, objet du contrat de bail.

472. Cela veut dire que l'objet du bail ne doit pas être confus entre deux biens, sauf dans le cas où cette confusion existe entre les choses semblables, fongibles. Les choses qui, n'étant déterminées que par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être louées indifféremment l'une pour l'autre dans un contrat du bail. La détermination doit être faite par le bailleur.

473. En outre, la nature du fruit d'un bien doit être déterminée pour savoir l'usage du bien loué, car le contrat de bail a pour objet les fruits et non le bien lui-même. Pour que l'objet du bail soit déterminé, il faut que les fruits du bien loué soient déterminés. Par exemple, si le preneur est un ouvrier qui tisse des tapis et en même temps fait des vêtements, il faut déterminer l'art de cet ouvrier en tant qu'objet du contrat du bail, sinon celui-ci sera indéterminé entre les deux.

S'agissant des biens fongibles, il est possible de les déterminer en fonction de leur nature et de leur proportion⁸⁵⁵. La durée du bail et la profession envisagée peuvent être déterminées par la

⁸⁵² Article 474 du Code civil iranien.

⁸⁵³ Article 43 du Code civil iranien.

⁸⁵⁴ Article 472 du Code civil iranien.

⁸⁵⁵ N. Katouzian, Droit civil, contrats payés, contrats de transfert de propriété, publication Enteshar , édition 7, 1999, n° 190. p.328.

coutume et les deux parties contractantes (bailleur et preneur) ne seront plus obligées de les déterminer par le contrat du bail. De manière générale, on peut dire que la détermination de la nature des fruits par la coutume sera suffisante, en d'autres termes, la détermination de l'objet du contrat du bail peut être mentionnée dans le contrat au lieu de l'objet du bail.⁴⁸⁵⁶

E- Durée du bail.

474. La durée du bail doit être déterminée dans le contrat car le bail est un acte à durée déterminée⁸⁵⁷. A l'expiration de la durée du bail, l'acte sera sans effet juridique sauf dans le cas où la durée du bail serait prorogée par un consentement mutuel des parties contractantes au sein d'un contrat ou renouvelée par un autre contrat. La durée du bail est une condition essentielle car elle agit sur la détermination du montant du loyer. Si, par exemple, la durée du bail est déterminée pour un an, cela est différent dans un contrat du bail pour cinq ans, car le bailleur sait bien qu'avant cinq ans, il ne pourra ni résilier ou annuler le contrat du bail ni augmenter le loyer. C'est pourquoi, les parties précisent l'augmentation ou la réduction de loyer en proportion du pouvoir d'achat ; elles y insèrent ces clauses. La durée du bail commence à la date déterminée par les deux parties contractantes ou à défaut de stipulation de leur part, à partir de la date de la conclusion du contrat du bail.

F- Les vices du bien loué.

475. Selon l'article 478 du Code civil iranien « Si l'on découvre que le bien loué comportait des vices au moment de la conclusion le preneur aura droit de résilier le contrat de bail ou de l'accepter moyennant un loyer déterminé par rapport à cela. Mais si le bailleur relève les défauts de sorte que le preneur ne subisse aucun dommage, celui-ci ne pourra plus le résilier ». Car le motif du preneur à signer le contrat de bail, c'est de pouvoir jouir du bien loué, et non d'accéder à sa propriété. Si cet empêchement de jouir, soit le vice existant au bien

⁸⁵⁶N. Katouzian, Droit civil, contrats payés, contrats de transfert de propriété, publication Enteshar , édition 7, 1999, nos 261-292, p. 382.

⁸⁵⁷Article 2 de la Loi du bail votée en 1997 « Dans tous les contrats du bail, la durée doit être déterminée signé par le bailleur et le preneur et certifié par de témoins connus par les deux parties contractantes. Le Doctrine no. 1039517- 22.01.2010 estime que le contrat conclu sans respecter l'article 2 de la Loi du bail votée en 1997 n'est pas soumis à l'article 2 de cette loi pour les boutiques objet de l'article unique de la loi du bail établi sur la cession de l'usage et de la livraison, votée le 22.02.2000 en seront soumises.

loué, n'existe plus, on n'a plus besoin de résilier le contrat de bail. Si on peut exécuter le contrat, la résiliation n'est ni nécessaire ni conforme à la volonté commune des deux parties. En tout cas : Le vice qui donne droit de résilier le contrat du bail, c'est un vice qui diminue la jouissance ou rend difficile le bien loué à jouir. (Article 479 du Code civil iranien).

476. Si la volonté des deux parties doit être respectée, le motif que le preneur suit et qui est mentionné au contrat de bail est important. Si le vice existant au moment de la conclusion du contrat rend difficile la jouissance du bien loué par le preneur ou s'il a un effet négatif sur la jouissance de sorte que la balance entre l'actif et le passif se trouve déséquilibrée, le preneur aura donc droit de le résilier. Le vice qui paraît après la date de conclusion du contrat et avant la possession du bien loué par le preneur, donne une option de résiliation⁸⁵⁸. Car il sera considéré comme un ancien vice, et c'est le preneur qui doit le restituer au bailleur. Si le vice paraît à la durée du bail le preneur aura droit de résilier le contrat pour la suite de la durée du bail. Le bail est un acte provisoire, mais la jouissance dépend du temps qui passe. Par conséquent, si les conditions parues empêchent le preneur de jouir du bien, on ne l'oblige à continuer le contrat, et il aura donc la faculté de résilier le contrat.

477. Si le bien loué sort de la jouissance à cause du vice et on ne peut relever ce vice, le contrat de bail est nul⁸⁵⁹. Naturellement, s'il sort de la jouissance au moment de la conclusion du contrat, le contrat du bail sera nul. Un facteur essentiel et si l'on ne peut le relever, le contrat sera nul. Si le bien loué s'est anéanti en totalité ou en partie, pendant la durée du bail, le contrat sera nul pour la partie anéantie et le preneur aura faculté de résilier le contrat pour la suite, ou demander la réduction du loyer⁸⁶⁰.

Bien sûr, si le bien s'est totalement anéanti, il n'y aura plus de possibilité d'en jouir et le bail sera donc nul.

Mais si une autre partie est susceptible d'être jouie, le preneur aura la faculté de résilier le contrat ou de réduire le loyer en proportion de cette partie. Mais si le bien loué n'est pas partageable, le preneur ne peut que le résilier.

⁸⁵⁸ Article 480 du Code civil iranien.

⁸⁵⁹ Article 481 du Code civil iranien.

⁸⁶⁰ Article 483 du Code civil iranien.

478. Dans le cas où l'objet du bail est une chose fongible qui se consomme par l'usage et qui peut être remplacée par une chose analogue comme une denrée, si la chose louée est viciée, le preneur n'aura pas le droit de résilier le contrat de bail mais il peut obliger le bailleur à la remplacer par une chose analogue. C'est seulement si ce remplacement est impossible que le preneur aura faculté de résilier le contrat du bail⁸⁶¹ car pour les choses fongibles, l'option d'en déterminer une appartient au bailleur. Mais celui-ci sera tenu d'en mettre à la proposition une qui soit susceptible d'être jouie conformément au motif du preneur et du bailleur. S'il ne peut obliger le bailleur à en donner une qui est susceptible pour le preneur, il ne pourra donc que résilier le contrat du bail.

§ 2 – Théorie générale des obligations.

479. On peut définir l'obligation comme une nécessité juridique par l'effet de laquelle une personne est astreinte envers une autre à une prestation soit positive, soit négative, c'est-à-dire à un fait ou à une abstention ou, comme le dit le Code, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. On appelle « créancier » celui auquel appartient le pouvoir d'exiger cette prestation et débiteur celui qui est astreint à l'exécuter.

480. Les faits juridiques qui engendrent les obligations sont, d'après la tradition classique, les contrats, les délits et les quasi-délits. Nous étudierons ces sources d'obligations. Un principe est à dégager dès le début de ce chapitre, c'est que les contrats de bail se forment par le seul consentement des parties, par le simple accord de leurs volontés.

A- Légitimité du motif.

481. Selon la partie 3 de l'article 190 du Code civil, le motif du contrat de bail doit être légitime car il doit être conforme à la religion et la législation. Dans une société religieuse, les

⁸⁶¹ Article 482 du Code civil iranien.

actes et les contrats pour être obligatoires doivent être conformes aux instructions islamiques, sinon ils ne peuvent pas être obligatoires. Le motif doit être donc légitimement valable.

Le motif est un mobile que chacune des deux parties contractuelles suit. Etant d'ordre psychologique, il peut rester secret et ne pas être relevé au moment de la conclusion de l'acte, mais si on le déclare, il faut qu'il soit légitime, sinon l'acte sera nul⁸⁶².

482. Si on trouve que l'acte a été conclu formellement pour éviter le paiement d'une dette, le contrat sera nul⁸⁶³. C'est bien l'expression de l'illégitimité du motif du contrat. Il était bien sûr nécessaire que le législateur mette une différence entre un contrat conclu pour éviter le paiement d'une dette et celui conclu sans volonté réelle, c'est-à-dire un contrat formel sans l'intention. Car un contrat conclu pour éviter le paiement d'une dette est un contrat réel non formel avec une intention et volonté. Mais le motif est illégitime lorsqu'il porte atteinte aux droits des créanciers en ne leur permettant pas de saisir les biens du débiteur pour obtenir le recouvrement de leurs créances exigibles.

483. Ou les créanciers d'atteindre à ses créances exigibles, pour qu'ils ne puissent saisir les biens du débiteur pour en prendre leurs créances exigibles. Ce qui a été fait c'est un contrat comprenant les éléments essentiels mais faits pour nuire aux créanciers⁸⁶⁴. C'est pourquoi le législateur leur a donné la faculté de demander la nullité de cet acte. Il s'agit d'un droit offert exclusivement aux créanciers de demander l'annulation ou la résiliation de ce contrat conclu formellement.

484. L'intention et la volonté de conclure un acte y existent mais le motif en est illégitime, il peut donc être ratifié ou confirmé. C'est une confirmation ou ratification contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision. Dans un acte formel, il n'y a pas une volonté définitive, ce qui a été conclu est une forme d'un acte sans motif réel à conclure un

⁸⁶² Article 217 du Code civil iranien.

⁸⁶³ Article 218 du Code civil.

⁸⁶⁴ Selon l'article 242 du Code de commerce: « Si dans une action civile qui a été intentée par le Directeur de liquidation judiciaire ou par un des créanciers qui a fait un contrat avec un commerçant, ou par leur suppléants, on prouve que ledit commerçant a fait ce contrat avant sa cessation des paiements afin de ne pas payer ses dettes dues ou dans l'intention de nuire aux créanciers, et le dommage subi excède du quart du prix, ledit contrat sera résiliable sauf dans le cas où la partie contractante paie la différence avant la résiliation du contrat. L'action sur la résiliation sera acceptée à juger dans un délai de deux ans à partir de la date de conclusion du contrat ».

acte. C'est pourquoi le législateur n'a pas donné de validité à ce pareil contrat. A défaut d'une intention, le contrat ne peut être conclu et ce qui a été conclu n'est pas obligatoire⁸⁶⁵.

B- Engagements du bailleur.

485. A la base du contrat du bail et suivant la règle selon laquelle tout contrat par les deux parties contractantes, le législateur a imposé d'obligations au bailleur qui est tenu et lié par elles et qui ont la force d'obliger.

C- Délivrer l'objet du bail.

486. Selon l'article 476 du Code civil iranien le bailleur est tenu de délivrer la chose louée au preneur, à défaut, il pourra y être contraint. Si cela n'est pas possible, le preneur aura la faculté de résilier le contrat du bail. Selon l'article 477 du Code civil iranien : le bailleur doit délivrer la chose louée au preneur dans un état favorable à la jouissance. La non possibilité de cette délivrance entraîne la nullité de l'acte.

Cependant, si le bailleur refuse de délivrer la chose louée dans un état où le preneur puisse favorablement en jouir, on peut l'obliger conformément aux articles 219, 220 et 237 du Code civil iranien. Il sera donc tenu d'honorer son engagement légal et de dédommager le preneur⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Selon l'article 426 du Code de commerce : « Si l'on prouve que le contrat a été conclu formellement ou par une complicité, le contrat sera automatiquement nul. Les intérêts issus du bien sera restitué avec l'objet du contrat et la partie contractante aura sa part. »

Selon l'article 4 de la loi des condamnations financières votée le 01.11.1998 « Quiconque transmet son bien dans le but d'éviter à payer ses dettes et ses obligations mentionnées aux titres exécutoires ou aux condamnations financières, de sorte que le solde ses biens ne soient pas suffisants pour payer ses dettes, son action sera considérée comme une infraction et il sera condamné à quatre mois jusqu'à deux ans emprisonnement. Si le cessionnaire a signé ce contrat sachant cette décision du cédant, il sera considéré comme le complice et devra restituer le bien lui ainsi transmis ou sa valeur ».

⁸⁶⁶ Selon l'article 219 du Code civil iranien « les contrats conclus conformément la loi sera obligatoires pour les deux parties contractantes, à moins qu'ils ne soient résiliés par les deux parties contractantes ou par la loi ».

Article 220: « Les contrats obligent non seulement les deux parties contractantes, mais ils s'engagent également à tous les effets issus du contrat par coutume ».

Article 237 : « si on stipule une condition de fait contre une personne qui s'en oblige, celle ci sera tenue de l'exécuter sinon, la partie intéressée peut se présenter devant le tribunal et y demande la condamner à exécuter la condition de fait ».

D- Réparations.

487. Une des responsabilités imposées légalement au bailleur, issue du principe de la liberté de volonté et de l'obligation contractuelle, c'est la nécessité de remettre en bon état l'objet du bail. C'est un droit et en même temps une responsabilité imposée au bailleur. Etant un acte bilatéral à titre onéreux, le contrat de bail exige que le bailleur, moyennant le loyer qu'il reçoit, exécute ses engagements contractuels et remettre l'objet du bail de sorte que le preneur puisse l'utiliser conformément à leur accord mutuel . Le droit de propriété exige que le bailleur remette l'objet du bail dans un état convenable pour qu'il puisse la donner à bail dans une durée ordinairement utile. C'est un droit.

Mais il devient un devoir, parce que tout droit nécessite un devoir, surtout que, selon le contrat du bail, le bailleur s'engage à exécuter certains engagements issus d'un contrat conclu entre les deux.

488. D'autre part, il reçoit un loyer, prix que doit payer le preneur en contrepartie de la jouissance de la chose louée, ce qui est équivalent à ses engagements. Comme précédemment dit, tout droit exige un devoir. Ces deux existent aussi pour le preneur. Celui-ci s'engage, selon le contrat, à ne pas commettre d'abus et de gaspillage, et il a droit de demander au bailleur d'exécuter ses propres responsabilités et il peut, si nécessaire, l'obliger à les faire. L'article 485 du Code civil iranien prévoit que : « Si, pendant la durée du bail, la chose louée a besoin de certaines réparations dont le retard dans l'exécution produirait des dommages au détriment du bailleur, le preneur ne pourra les empêcher, même s'il lui sera impossible d'utiliser la chose louée pendant les réparations, mais il aura droit de résilier le contrat du bail ».

489. Cet article consacre un droit, mais il énonce aussi un devoir, devoir du preneur. Si celui-ci empêche les réparations, il y sera obligé⁸⁶⁷ et devra dédommager. Mais si la durée des réparations est longue ou si le preneur ne peut l'utiliser pendant les réparations, il lui est possible de demander une indemnité ou encore de résilier le contrat du bail. Cet article nous dit donc les droits et les responsabilités des deux parties du contrat du bail : le bailleur et le

⁸⁶⁷ Article 237 du Code civil iranien.

preneur. C'est pourquoi, selon l'article 486 du Code civil : « Les réparations et tous les frais nécessaires à la jouissance de la chose louée sont à la charge du propriétaire, sauf dans les cas où le contrat ou la coutume prévoient autrement. C'est aussi pour les instruments nécessaires à la jouissance de la chose louée. C'est donc à la charge du bailleur d'exécuter les grosses réparations ou celles nécessaires pour la jouissance. Le preneur peut intenter une action civile devant le tribunal compétent et faire obliger le bailleur à exécuter les réparations mentionnées ci-dessus. Si le preneur fait lui-même lesdites réparations, il ne pourra en réclamer les frais du bailleur. Article 502 du Code civil déclare que les réparations et les frais pour mieux utiliser la chose louée ainsi que les réparations locales sont à la charge du preneur car ils concernent la jouissance paisible de la chose louée, et dépendent du goût du preneur⁸⁶⁸.

490. Selon l'article 484 du Code civil : « Le bailleur ne peut modifier la chose louée pendant la durée du bail contre la volonté du preneur. « Car la jouissance de la chose louée appartient au preneur pendant la durée du bail. On ne peut donc faire aucun changement à la chose louée contrairement à la volonté du preneur, au risque de l'empêcher d'en jouir. Ce changement peut être fait sur l'immeuble ou sur son usage. De toute façon, si ce changement ne peut être refusé, le preneur pourra résilier le contrat du bail.

E - Engagement du preneur.

491. Une conduite conforme à la coutume. Selon l'article 490 du Code civil : « Le preneur doit jouir de la chose louée d'un usage courant et habitue », selon l'article 951 de même Code : « L'abus, c'est l'usage excessif de l'autorisation ou de la coutume sur un bien ou un droit appartenant à autrui, et le contraire c'est la cessation de toute action nécessaire au maintien du bien d'autrui conformément au contrat ou à l'usage. Car, ce que le contrat exige, c'est de respecter la volonté de la partie contractante et exécuter le contrat conclu. Si le contrat stipule expressément la méthode ou la nature de la jouissance de la chose louée, le preneur s'engage à les respecter. A défaut de stipulations expresses, il faut renvoyer le problème à la volonté du bailleur à la base de laquelle le contrat a été conclu, ou encore

⁸⁶⁸L'article 10 de la Loi du bail (Loi des relations du bailleur et du preneur) votée en 1983 prévoit que : « Les réparations en gros qui concernent le bâtiment ou les établissements installés comme chauffage centrale, l'appareil d'aération et l'ascenseur sont à l'engagé du bailleur. Les réparations locatives ainsi que la décoration et toute réparation concernant l'utilisation de la chose louée sont à l'engagé du preneur, sauf dans le cas où on a stipulé d'autres dispositions (Art.20 de la loi du preneur et du bailleur votée en 1977) ».

s'adresser à la coutume⁸⁶⁹. Si le preneur commet des abus et gaspillages à la chose louée et que le bailleur ne peut l'empêcher, il pourra résilier le contrat du bail.

F- Utilisation.

492. Le preneur ne peut utiliser la chose louée que dans limites du contrat du bail, car c'est la volonté de deux parties contractantes qui régit leurs relations. Le respect de cette volonté exige que les deux parties respectent leur accord. Mais si cette utilisation et ses limites n'ont pas été mentionnées au contrat, il faut les déduire des circonstances régissant les deux et de leur volonté tacite (partie 2 de l'article 490 du Code civil)⁸⁷⁰.

493. Si l'utilisation de la chose louée est déterminée au contrat de bail sans limite, le preneur peut l'utiliser de sorte que l'utilisation soit équivalente au moins à celle mentionnée. (Article 491 du Code civil)⁸⁷¹. Mais si aucune utilisation n'a été déterminée dans le contrat de bail, le preneur sera libre de l'utiliser conformément à la coutume. Il sera considéré donc comme un homme de confiance et devra respecter l'intérêt du bailleur, sinon celui-ci aura droit de résilier le contrat du bail (Article 492 du Code civil)⁸⁷².

G- Paiement du loyer.

494. Le locataire à bail est dans l'obligation de payer le prix du bail dans le délai qui lui est accordé par le contrat et qui est l'objet d'accord. D'alinéas 3 de l'article 490 du code civil iranien traite de l'échéance du paiement et a limité l'obligation du locataire au paiement du loyer à l'échéance déterminée. Les obligations du locataire concernant le prix du bail ne sont pas limitées à cette seule issue. Certes, cet alinéa concerne aussi, implicitement, l'obligation de payer et de plus elle le dispose. Au cas où il y aurait aussi un contrat portant

⁸⁶⁹ Articles 224, 225 du Code civil iranien.

⁸⁷⁰ Article 952 : « Dissipation dans le sens légal, c'est abandonner l'action étant nécessaire à la protection d'un bien appartenant à l'autrui conformément le contrat ou la coutume ».

⁸⁷¹ Article 220: « Les actes conclus entre les deux parties contractantes engagent non seulement les deux parties à les respecter, mais aussi à tous les effets issues de l'acte conformément la loi ou la coutume ».

⁸⁷² Article 224: « Les mots employés par les actes sont traduits selon le sens coutumier .

La conformité d'une chose avec la coutume de sorte que l'acte s'y retourne sans la mentionner expressément, c'est comme la mentionner à l'acte ».

sur la manière ou le mode du paiement, il faudrait bien sûr réaliser cette obligation; autrement dit, de même que le paiement devrait se faire.

H- Engagements et responsabilités du preneur.

495. Responsabilité : Selon l'article 493 du Code civil iranien : le preneur n'est pas garant de la chose louée. Si la chose louée a subi une perte sans que le preneur ait commis un abus ou une dissipation, celui-ci n'en sera pas responsable. Mais si cette perte de la chose louée est à cause de l'abus ou de la dissipation du preneur, celui-ci sera responsable même si cette perte n'est pas produite ni par dissipation ni par l'abus. » Dans les relations entre le bailleur et le preneur, celui-ci est donc un homme de confiance pour maintenir la chose louée et il sera tenu, comme tous les hommes de confiance, de faire attention au maintien de la chose louée. Cet engagement se distingue de celui relatif à un contrat de dépôt car le motif de mettre quelque chose en dépôt, c'est seulement de la conserver sans donner l'autorisation de l'utiliser (Article 607 et 612 du Code civil iranien)⁸⁷³.

496. Le contrat de bail n'exige pas nécessairement cet engagement de maintenir le bien loué, mais c'est une responsabilité du preneur. Car le motif du contrat du bail, c'est d'utiliser le bien loué qui doit être légalement mis à la disposition du preneur.

L'utilisation du bien loué exige nécessairement la possession du preneur. Celui-ci est donc tenu de faire attention pour que le bien loué soit dans un état utilisable comme il l'était au jour de la conclusion du contrat. Excepté l'amortissement naturel de la chose louée car tout bâtiment à une vie utile dont le couronnement va en se réduisant progressivement ; ceci dépendant de la nature de l'utilisation, de la durée de possession et de l'ancienneté de l'édifice, c'est bien naturel que le loyer soit le prix que le preneur doit payer en contrepartie de la jouissance de la chose.

497. Selon l'article 953 du Code civil, la faute comprend l'abus et la dissipation. Le preneur est considéré comme un homme de confiance pendant toute la durée pour laquelle il n'a commis ni abus ni dissipation, c'est-à-dire pendant qu'il utilise la chose louée dans les

⁸⁷³ Article 607 du Code civil : « Le nantissement est un contrat par lequel une personne remet son bien à l'autrui pour le garder gratuitement ».

Article 612 : « L'homme à qui un bien a été confié est tenu de le garder conformément le contrat conclu, sinon il le gardera conformément la coutume, sous réserve qu'il en sera garant ».

limites de l'autorisation donnée par le bailleur ou pendant qu'il l'utilise conformément à la coutume. Si, en respectant ces dispositions, la chose louée se réduit à un état non utilisable, par exemple par un fait naturel ou par un tiers, le preneur n'en sera pas responsable. La perte d'une partie de la chose louée est soumise au même régime que celui prévu pour la perte totale.

498. Si le preneur commet un abus ou une dissipation, il sera considéré comme un fautif et il sera donc responsable de tout défaut de la chose louée, même si ce défaut a été fait par un tiers. Cela ne peut empêcher le preneur à d'intenter une action contre celui qui l'a causé. Il n'est pas nécessaire que la perte ou le défaut soient produits directement par la violation des engagements acceptés par le preneur. La seule violation du preneur suffit pour lui engager sa responsabilité. Après avoir vérifier les principes du contrat de bail selon la loi iranienne, nous allons à présent nous intéresser à la cession jouissance en raison de l'existence de plusieurs difficultés pendant la cession de contrat du bail commerciale.

Sous section 2- la cession de jouissance.

499. La cession d'une obligation peut se faire entre vifs, ou à cause de mort. Entre vifs, la cession de créance est l'acte juridique par lequel un créancier, le cédant, transfère à un autre, le cessionnaire, la créance qu'il avait contre un tiers, le débiteur cédé. Entre les parties, le transfert est fait par la remise du titre de créance ; à l'égard des tiers, la cession ne devient opposable qu'à l'accomplissement des formalités de publicité (signification par huissier faite au débiteur cédé).

500. La cession transmet au cessionnaire la créance, telle quelle, c'est-à-dire pour son montant nominal, et quel que soit le prix que le cessionnaire l'ait acheté (en quoi elle diffère de la subrogation) avec les garanties accessoires qui l'accompagnent (en quoi elle diffère de la novation) et sous réserve des exceptions qui auraient pu être opposées au cédant, car personne ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même (en quoi elle diffère de la délégation). L'idée de la cession de dette n'existe pas dans la loi iranienne. Mais cette définition, dans un

transfert de contrat de bail commercial, comporte des différences dans les éléments et les conditions du contrat, qui seront étudiées.

§1- La dérogation au principe telle que posée par l'article 10 de la loi iranienne de 1997.

501. Selon ce principe, un simple accord des volontés suffit pour que deux personnes puissent transférer la propriété d'un bien entre elles.

Ce principe est au fond le reflet de cette idée que la volonté est toute puissante, à elle-seule, pour créer un effet de droit quelconque.

Le principe a été reconnu en droit français aussi bien qu'en droit iranien, mais pas exactement de la même manière.

502. En référence à la conception de la charia, le Code civil iranien modifie la notion historique du bail. Il intègre la cession dans la notion du bail et en fait un élément essentiel. Le bail sans transfert de contrat n'est plus un bail. Car, le bail n'est plus un contrat par lequel le bailleur s'oblige seulement à livrer la chose : il est celui par lequel le bailleur ancien s'oblige à transmettre la chose louée au nouveau locataire ; la translation de la propriété est ainsi devenue, à la place de la translation de la possession, l'objet principal du contrat du bail⁸⁷⁴.

Ainsi, dans cette nouvelle conception : premièrement, le bail comporte une obligation précise de cession et implique nécessairement et toujours le transfert de contrat⁸⁷⁵. Deuxièmement, l'obligation de transférer le bail et celle de livrer échangent leur place ; la première devient l'obligation principale du contrat du bail commercial alors que la deuxième en devient l'obligation accessoire.

503. Le locataire peut céder son droit au bail à l'acquéreur de son fonds de commerce sans que le bailleur ne puisse « en principe » s'y opposer (art. 10 de la loi 1977). Pour qu'il y ait cession du fonds de commerce, il faut que l'acquéreur exploite la même clientèle, donc qu'il reprenne l'activité de l'ancien locataire. Le locataire qui cède ainsi son droit au bail en même temps que le fonds de commerce doit veiller à notifier cette cession au bailleur.

⁸⁷⁴N. Katouzian, Cours de droit civil iranien, T. 2, p.387, note n° 13, obligation au droit du contratvente.

⁸⁷⁵ Art 10 la loi votée 1977.

Toutefois, même en cas de cession du droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce, le bailleur peut imposer au locataire-cédant une clause d'agrément et l'accomplissement de certaines formalités.

504. Le Code civil iranien ne contient aucune disposition générale sur la cession de contrat, qui consiste en « la transmission de la situation de partie à un contrat avec les droits et obligations qu'elle comporte ». Pendant longtemps elle est apparue comme une double cession de créance et de dette. Cette difficulté n'aurait pas dû se trouver dans le transfert du louage de chose. L'article 474 du Code civil permet en effet expressément au preneur de céder librement son contrat, sauf stipulation contraire. Pourtant, certains prirent le parti de nier l'existence même de la cession de bail en assimilant l'opération en cause à une sous-location. Cette correspondance est apparue rapidement inexacte. La doctrine reconnaît⁸⁷⁶, en effet, depuis la révolution islamique qu'il existe une différence de nature entre ces deux concepts.

505. Avant l'élaboration d'une législation spécifique pour le bail à usage commercial, l'article 474 du Code civil s'appliquait à tous les contrats de louage d'immeubles, quelle que soit l'affectation du local. Cette interdiction n'était donc pas absolue, puisque limitée à cette hypothèse précise et parce qu' « un motif légitime » pouvait justifier une cession, quand bien même les conditions prescrites n'étaient pas réunies. La loi de 1960 ne prohibant pas toute cession, l'article 474 du Code civil gardait en conséquence toute son utilité. Toutefois, la pratique vint pervertir cette disposition, puisque la plupart des contrats stipulaient une clause générale d'interdiction. Alors qu'elle était conçue comme une exception, elle devint pour le bail commercial le principe.

506. Afin de pallier l'excessive rigueur de la prohibition conventionnelle, qui avait pour conséquence d'affaiblir la valeur du fonds de commerce, et figure actuellement dans l'article 10 la loi 1977 dispose : « Sont également nulles, 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 ». Le transfert du bail

⁸⁷⁶ JCP. 1972, 42, 3 nov. 1972, Bull. CIV. Aussi v. F. Aminzadeh Vahedi, fond de commerce et bail commercial en droit iran, Rev. La jurisprudence des tribunaux disciplinaires, téhéran, 1987, nos, 128-129.

commercial semble donc distinct de la cession organisée par l'article 474 du Code civil pour le droit commun du louage de choses, qui lui admet l'interdiction.

La cession de contrat constitue depuis toujours en droit iranien l'élément de base de tout contrat du bail, sans lequel un contrat ne pourra jamais être considéré comme un bail. Si on veut être encore plus précis, on devrait même dire que le bail n'est que la cession du contrat.

A - L'application de l'article 474 du Code civil en cas d'absence de vente du fonds de commerce au cessionnaire du bail.

507. L'article 10 la loi 1977⁸⁷⁷ appelle une distinction. Il prohibe les clauses d'interdiction de céder son bail à l'acquéreur du fonds de commerce. La simple transmission du bail exclusive de toute vente du fonds au cessionnaire peut comporter une telle stipulation, conformément au droit commun du louage de chose.

L'article 10 la loi votée 1977 doit être interprétée strictement. Toute opération ne combinant pas une cession de bail avec une vente du fonds de commerce au cessionnaire est soumise au droit commun du louage de choses et donc à l'article 474 du Code civil. Cette disposition pose un principe simple. Elle accorde au preneur le droit de céder son contrat. Toutefois, elle énonce immédiatement une exception puisque la convention peut interdire toute cession. En conséquence, une clause d'interdiction est juridiquement valable. La jurisprudence reconnaît d'ailleurs qu'une telle stipulation crée un véritable droit discrétionnaire au profit du propriétaire, excluant par-là même toute recherche d'un abus de sa part.

⁸⁷⁷ Art. 10 la votée 1977: « Le locataire n'est pas autorisé de céder ou transférer du intérêts du bien loyé complètement ou partiellement sauf si cette option avait été inséré au contrat écrit.

Quand le locataire donner le bien d'immobilier en co-location d'une partie ou tout, de propriétaire peut signe un nouveau contrat avec le nouveau locataire après la fin du contrat ou sa résiliation.

Dans la condition où le locataire a le droit de transférer la jouissance du bien à l'autrui, chacun des locataires peuvent aussi demander le renouvellement du contra au propriétaire ou son plenipotentaire après la fin du contrat ou sa résiliation ».

508. En pratique, la plupart des baux commerciaux contiennent une clause d'interdiction de céder, stipulée le plus souvent en ces termes, « le preneur ne pourra céder son bail qu'à l'acquéreur de son fonds de commerce » ou encore plus nettement par l'expression « la cession du présent bail est strictement interdite ». Ce type de clause est conforme à l'article 474 du Code civil iranien, même si sa fréquence accrue dans les baux commerciaux tend à atténuer le principe de la liberté de céder reconnue par cette disposition.

509. Certains cessionnaires ont soutenu que la cession du bail devait s'accompagner nécessairement de la clientèle attachée à l'emplacement, et cela même en cas de cession du fonds de commerce à une autre entité. Ils procédaient ainsi à une distinction entre l'achalandage, ce dernier étant caractérisé par la clientèle exclusivement attachée au lieu d'exploitation du commerce, et la clientèle proprement dite, qui elle, en est détachée.

510. On pourrait laisser croire à un assouplissement de la situation du nouveau preneur, Cette modification n'a que peu d'intérêt dans la présente situation en raison de la nécessité pour le cessionnaire de créer un nouveau fonds. En effet, la jonction des exploitation du cédant et du cessionnaire permise par le statut, pour le calcul de la durée pratique, est impossible car le cessionnaire n'a pas acquis le fonds du cédant, puisque dans notre hypothèse il a été transmis à un tiers, et cela même si le cessionnaire exerce la même activité que le précédant preneur. Il reste donc à la merci du bailleur s'il n'a pas exploité son propre fonds.

511. D'autre part, une deuxième situation est envisageable. Il s'agit de celle où le cédant décide de conserver le fonds. Il peut en effet s'installer dans un autre local afin de l'exploiter. Dans ce cas précis, la situation du cessionnaire est identique à celle décrite plus haut. En outre, il peut arriver que le cédant refuse non seulement de vendre le fonds, mais aussi de l'exploiter. Le cessionnaire va-t-il pouvoir par un moyen quelconque procéder à son accaparement? En principe, en l'absence de vente, le fonds reste la « propriété » du cédant. La « propriété » ne se perdant pas en principe par le non usage, le cessionnaire ne pourra donc se l'approprier.

Lorsque le cessionnaire n'acquiert pas conjointement le bail et le fonds de commerce, l'article 474 du Code civil régit entièrement la situation. Si le statut ne modifie en rien la règle posée par cette disposition, il faut cependant avoir égard aux conditions du renouvellement si le cessionnaire désire poursuivre la relation contractuelle avec le bailleur.

B - Le rapprochement du régime de la cession de l'article 474 du Code civil et de celui de la cession de l'article 10 votée 1977.

512. Les doctrines (Islamique et juridique) et la jurisprudence s'accordent sur un point : la cession d'un contrat peut être réalisée alors même qu'aucun texte ne l'autorise expressément.

La doctrine s'oppose cependant sur le choix de la conception à adopter. De nombreuses théories ont en effet vu le jour. Le problème se noue autour du rôle du consentement du cédé. Selon la conception choisie ; ce consentement peut avoir plus ou moins d'utilité, étant entendu qu'il peut avoir deux effets principaux, à savoir, la validation même de l'opération et la libération du cédant. Ainsi c'est autour de ces aspects qu'il faudra étudier la cession du bail commercial. Nous observerons que si elle n'est pas en harmonie avec le régime de la cession de contrat en général, elle l'est en revanche avec celui de la cession de l'article 474 du Code civil.

a- Le consentement du cédé et la validation de la cession.

513. Pour comprendre les solutions dégagées pour le bail commercial. Il est nécessaire de s'appesantir quelques instants sur les différentes conceptions de la cession du contrat. Dans une première conception dite dualiste la cession de contrat est assimilée à une double cession de créances et de dettes. Il est admis qu'en principe le cédé n'a pas à apporter son consentement pour valider l'opération. La transmission peut s'opérer sans son intervention. Toutefois cette théorie a fait l'objet de vives critiques.

On lui reproche surtout de ne pas pouvoir intégrer la cession des droits potestatifs dont fait partie à bien des égards le droit au renouvellement du bail commercial.

514. On pourrait considérer un bien qui peut être valablement transmis sans le consentement du cédant. En effet, « le consentement du cédant est ... inutile à la réalisation

de la cession, dès lors que le cessionnaire est l'ayant cause du cédant, parce que la cession de contrat n'a pour effet ni la libération du cédant, ni la création d'une obligation. Il suffit donc que le cédé ait connaissance de l'acquisition, par le cessionnaire, de la qualité d'ayant cause ». Cette connaissance étant organisée par l'article 292 du Code civil⁸⁷⁸.

515. Enfin, à été élaboré une autre solution, selon laquelle il n'y aurait pas transmission de contrat mais création d'une nouvelle convention entre le cédé et le cessionnaire, qui serait identique à celle existante antérieurement entre le cédé et le cédant. Dans cette hypothèse le consentement du cédé serait évidemment nécessaire pour créer ce nouveau lien d'obligation. Mais, en dernier recours, si aucun compromis n'a été trouvé, on peut demander l'autorisation du tribunal.

516. Puisque en Iran selon l'article 474 du Code civil, le transfert a été reconnu, et aussi, selon l'article 1^{er} de la loi du 1997, tous les contrats qui se concluent depuis cette date suivent cette loi et le code civil. Alors ces contrats ne suivent plus les lois votées en 1977. Par conséquent, aujourd'hui, le transfert du contrat est reconnu sauf dans le cas où cette possibilité a été interdite au locataire selon le contrat lui-même.

Il n'est pas inconsidéré de penser que le droit iranien comme le droit français acceptent les cessions conventionnelles des contrats. Lorsque le cédé donne son consentement, ce n'est pas pour créer une nouvelle convention, mais pour accepter le changement de contractant. Si on envisage la formation d'un nouveau contrat, il faudrait alors considérer que le cédé et le cédant ont donné leur accord à la cessation de l'acte existant entre eux. Or, leur consentement est plutôt tourné vers l'abandon de la qualité de partie. À quelle conception peut-on rattacher la cession du bail commercial ? La validité de l'opération n'est pas subordonnée au consentement du bailleur cédé, et cela même après la décision du 10 décembre 2000⁸⁷⁹, de la Cour de cassation qui n'a pas exigé le consentement du cédé pour valider l'opération.

⁸⁷⁸ Art. 292 du Code civil iranien : « le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que la notion du transfert faite au débiteur ».

⁸⁷⁹ Cass. 10 déc. 2000 : n° 7/9192- La loi de 1997 est basée sur la volonté des parties. Si les deux parties (locataire et propriétaire) ont conclu le contrat basé sur cette loi (chez notaire ou à l'amiable), la loi 1997 sera appliquée. Sinon, le Code civil qui s'appliquera.

517. En conséquence la cession de bail commercial ne correspond pas à la conception jurisprudentielle de la cession de contrats. Comment expliquer cette divergence? Il faut procéder à une distinction entre la cession conventionnelle et la cession légale de contrat. Cette dernière diffère de cette première car il n'y a pas création d'un nouveau contrat, mais véritablement transmission de la convention. « En autorisant la cession de contrat, ou en l'imposant parfois, le législateur a certainement envisagé la transmission même du contrat ». Ils ajoutent que « la dispense légale du consentement du contractant cédé fait nécessairement obstacle à un quelconque échange des consentements, si bien que l'on ne peut analyser les cas de cession légale comme conduisant à la création d'un nouveau contrat entre le cédé et le cessionnaire ». Ce faisant, la cession de l'article 474 du Code civil et la cession de l'article 10 la loi 1977 se rejoignent sur un point fondamental, celui de l'absence de nécessité du consentement du cédé pour valider l'opération. Il n'y a pas en ce domaine de spécificité du droit des baux commerciaux par rapport au droit commun du louage de choses.

b- L'accord sur le transfert et la délivrance du cédant.

518. Si l'on conçoit que le consentement du cédé est nécessaire pour valider l'opération, il est certain qu'il l'est tout autant pour libérer le cédant des obligations nées postérieurement à la transmission. Or, dans le bail commercial la situation est originale, puisque le cédant est libéré, sans que le cédé ait à donner son consentement. Avant d'expliquer cette solution particulière (1), il faut rechercher quelles sont les obligations dont le cédant peut être libéré (2).

1- Étude des obligations respectivement dues par le cédant et le cessionnaire dans le bail commercial.

519. Il est certain que le cédant n'est pas libéré de ses obligations nées antérieurement à la cession. Le bailleur pourra donc lui en demander l'exécution, et même obtenir la résiliation judiciaire, ou encore mettre en œuvre la clause résolutoire, et cela même postérieurement à la cession réalisée. Cette solution ne soulève guère de contestation pour le bail commercial en tant que contrat à exécution successive. La cession ne fait pas disparaître

le lien d'obligation entre le cédant et le cédé. La position contraire reviendrait à admettre que le preneur puisse rompre unilatéralement le contrat en le cédant et se dégager ainsi de ses obligations passées. Il y aurait en conséquence atteinte à l'article 10 du Code civil selon lequel les conventions ne peuvent être révoquées que par le consentement mutuel des parties ou pour une cause autorisée par la loi.

520. Toutefois, si le lien contractuel entre le preneur et le bailleur existe encore il est figé dans le temps. La Cour de cassation a décidé par plusieurs arrêts, concernant spécifiquement le bail commercial, que le cédant était libéré des obligations nées postérieurement à la cession, et cela même en l'absence du consentement du bailleur cédé. Dans une décision du 1^{er} janvier 1994⁸⁸⁰ elle a admis que les loyers postérieurs à la cession ne pouvaient être mis à la charge du cédant.

Ce faisant, si le cédant est redevable des obligations nées antérieurement à la cession, il n'a pas à exécuter les obligations nées postérieurement, même en l'absence de consentement du bailleur cédé. Seul le cessionnaire en est redevable.

Ce dernier, quant à lui, n'a pas à supporter les impayés du cédant. En effet, il recueille les obligations du cédant uniquement pour l'avenir. Cependant, il est redevable des travaux qui étaient nécessaires avant son entrée en jouissance, car il est censé les accepter avec la cession.

2- Précision du particularisme de la cession du bail commercial.

521. S'interrogeant sur la cession des baux commerciaux, considéraient que le cédant n'était pas libéré par la cession de contrat en l'absence du consentement du cédé.

Comment expliquer ce particularisme ? le texte visé était l'article 10 du Code civil : c'est donc bien la loi contractuelle qui, éventuellement par ses silences, s'impose aux parties ; en l'absence de clause la prévoyant, point d'obligation, le cédant est libéré . Cette explication

⁸⁸⁰ Conseil Supérieur de la Magistrature. 1^{er} janvier 1994 : Bull. Civ. n° 280 : « L'arrêt (de la Cour d'appel) retient que la cédante demeure légalement tenue avec le cessionnaire des obligations qui découlent du bail, sauf manifestation expresse de la volonté du bailleur de décharger le preneur précédent de la garantie à laquelle il est tenu avec le cessionnaire ; qu'en statuant ainsi, tout en constatant que le bail ne comportait pas de clause de solidarité... pour le paiement des loyers postérieurs à la cession, la Cour d'appel a violé le texte susvisé (art. 1134 du Code civil) ».

est inadaptée. Il est en effet difficile d'admettre que le silence du cédé puisse valoir consentement à la libération du cédant.

522. Il est nécessaire pour comprendre cette spécificité, d'avoir à l'esprit que le consentement du cédé, tant pour le bail commercial, que pour le bail soumis au droit commun du louage de choses, n'est pas exigé pour valider la transmission de ces contrats. En procédant par contagion, il est en effet possible de raisonner de même pour la libération du cédant. Cette solution serait alors un effet de l'article 474 du Code civil, qui serait repris par l'article 10 la loi de 1977. En reconnaissant la liberté de céder, le législateur rendrait inutile tout consentement du cédé, non seulement pour valider l'opération, mais aussi pour libérer le cédant.

523. En effet, naissent du seul chef du cessionnaire, ce qui implique une limitation de l'effet translatif de la cession de contrat ». De plus, « selon le parti retenu, le cédant peut demeurer tenu ou, à l'inverse, être libéré. Si l'obligation naît après la cession, le cédant n'est plus obligé et le cessionnaire n'a aucune action contre lui. En revanche, si l'obligation est née avant la cession, le cédant demeure tenu ». Cette analyse est particulièrement bien adaptée au bail commercial, en tant que contrat à exécution successive. En effet, ce contrat est lié à l'exploitation d'un fonds de commerce, et si le cédant n'était pas libéré, il serait redevable des obligations du cessionnaire malgré le fait qu'il n'exerce plus aucune activité dans les lieux loués et qu'il n'a plus d'emprise sur cette dernière. Il exécuterait des obligations sans bénéficiaire de la protection du statut. Mais cette solution n'est pas propre à ce contrat. Elle l'est tout autant pour le bail soumis à l'article 474 du Code civil. Ainsi, le consentement du cédé revêt une utilité restreinte lorsque la liberté de céder est reconnue par le législateur iranien et que le contrat en cause est successif. Il existe donc encore une fois un point de convergence entre le bail commercial et le louage de choses de droit commun.

En conséquence, si la cession du bail commercial s'éloigne des règles applicables à la cession de contrat en général, en revanche, elle est toujours en correspondance avec le droit commun du louage de choses.

§2 - Le pouvoir de la dérogation : Un avantage du droit civil.

524. Il convient de rappeler les termes de l'article 10 de la loi de 1977. Cette disposition est-elle fondamentalement différente de l'article 474 du Code civil ? Il faut nuancer l'opposition de ces deux dispositions. Elles posent en effet le même principe, à savoir le droit pour le preneur de céder son bail. La divergence provient seulement des exceptions. Si le Code civil autorise les clauses interdisant de céder le bail, le statut des baux commerciaux n'admet pas cette possibilité. Ainsi, l'article 10 de la loi de 1977 pose le même principe que l'article 474 du Code civil, mais ne permet aucune exception lorsque la cession est réalisée au profit de l'acquéreur du fonds de commerce. Bien qu'aujourd'hui les contrats soient basés sur le code civil et aussi sur les contrats la volonté des contractants, il existe un grand nombre de contrats qui ont été conclus avant 1997 pour lesquels l'article 10 de la loi de 1977 s'applique l'interdiction de transfert.

525. Pourtant, de nombreuses stipulations sont insérées dans les baux commerciaux afin de limiter ou de restreindre la liberté de céder du preneur. Pour valider celles-ci, la jurisprudence semble raisonner par un syllogisme qui n'est pas sans faille. L'article 10 la loi de 1977 prohibe les clauses d'interdiction. Les clauses limitatives ou restrictives du droit de céder ne sont pas des clauses d'interdictions. Donc le statut n'invalide pas ces stipulations. La jurisprudence justifie l'existence de ces clauses en énonçant qu'elles permettent au bailleur de contrôler la moralité, la solvabilité et les compétences du cessionnaire.

526. Ces stipulations n'ont-elle pas cependant pour effet d'affaiblir le principe de libre cession posée par l'article 10 la loi de 1977 ? Une réponse affirmative à cette question aurait une conséquence importante, celle de rapprocher la cession du bail commercial de celle de l'article 474 du Code civil. Si cette solution se confirmait, il y aurait un effacement du droit spécifique du statut au profit du droit civil. Il est donc nécessaire d'analyser l'ensemble de ces stipulations afin de rechercher si elles permettent le retour du droit civil au sein de ce contrat.

A- Les conditions restrictives de forme.

527. Il est de jurisprudence ancienne et constante que la cession du louage de choses de droit commun est soumise aux formalités de l'article 292 du Code civil⁸⁸¹ il en est de même en vertu de l'article 231 du Code civil iranien⁸⁸².

La transmission du bail commercial doit, elle aussi, respecter les prescriptions imposées par cette disposition contraignante. Elle n'est en principe soumise à aucune autre formalité légale.

Cependant, conformément à l'article 10 du Code civil, le bail peut prescrire des formalités spécifiques qui devront être respectées impérativement par le preneur. Ainsi, certaines clauses prévoient que la cession ne pourra intervenir que par acte authentique ou encore par contrat rédigé par le conseil ou le notaire du bailleur.

528. Certains baux commerciaux exigent parfois le concours du bailleur à l'acte de cession. La jurisprudence ne fait aucune difficulté pour valider les stipulations en cause. Il s'agit là d'une simple exigence de forme détachée de tout agrément du bailleur sur le principe de la cession. Cette divergence peut cependant être expliquée. De nombreuses clauses peuvent être qualifiées de mixtes, car elles prescrivent des limites à la fois de forme mais aussi de fond en exigeant l'agrément du bailleur cédé à la cession. Mais lorsqu'une clause exige exclusivement le concours du bailleur, son agrément à la cession n'est pas exigé, cette stipulation servant seulement à informer le propriétaire sur le contenu précis de l'opération réalisée. D'ailleurs, sa méconnaissance ne permet pas toujours d'obtenir la résiliation du bail en vertu de l'article 226 du Code civil⁸⁸³.

529. Les clauses prévoyant une formalité spécifique pour la conclusion de la cession de bail commercial limitent-elles la liberté de céder du preneur ? La réponse ne saurait être

⁸⁸¹ Survivance d'un passé où la cession de contrat était analysée simplement en une double transmission de créance et de dette.

Art. 292 du Code civil : La novation s'opère : 1- Lorsque, pour une cause quelconque, le débiteur et le créancier consentent mutuellement à substituer une nouvelle obligation à l'ancienne. En ce cas, le débiteur est libéré de son obligation primitive. 2- Lorsqu'avec le consentement du créancier, une tierce personne accepte d'acquitter l'obligation du débiteur. 3 - Lorsque le créancier cède sa créance à un tiers.

⁸⁸² Selon l'article 231 du Code civil iranien : Sauf le cas prévu par l'article 196, les contrats et conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ou leurs ayants cause.

Art. 196 du Code civil : la personne qui contracte est censée stipuler elle-même à moins que lors de la conclusion du contrat elle ait formellement exprimé le contraire, ou que le contraire soit prouvé plus tard.

Toutefois, une personne qui stipule pour elle-même peut aussi inclure dans l'acte des stipulations au profit d'un tiers.

⁸⁸³ Art. 226 du Code civil iranien : en cas d'inexécution par l'une des parties contractantes de l'obligation par elle assumée, l'autre partie ne peut réclamer son dédommagement que lorsqu'un délai a été fixé pour l'exécution de l'obligation et que ce délai est expiré.

Si aucun délai n'a été fixé, l'autre partie ne peut réclamer des dommages-intérêts que si, ayant le choix du moment où l'obligation doit être exécutée, elle prouve en avoir demandé l'exécution.

qu'affirmative en raison de la sanction attachée à la méconnaissance des stipulations en causes. En effet, la cession qui ne respecte pas les formalités est inopposable au bailleur, et ce faisant, à l'arrivée du terme il pourra refuser le renouvellement pour un motif grave et légitime car ce n'est plus le preneur qui exploite le fonds dans le local loué. Il pourra même parfois obtenir la résiliation du contrat du bail commercial.

B- Les clauses limitatives de fonds.

a- La clause d'acceptation.

530. La plupart des baux commerciaux stipulent que la cession du contrat à l'acquéreur du fonds devra recevoir la ratification du bailleur ou bien son autorisation expresse. La jurisprudence ne fait aucune difficulté pour valider l'ensemble de ces clauses. En effet la condamnation des clauses d'interdiction de céder le bail à l'acquéreur du fonds de commerce ne s'applique qu'à une interdiction absolue et générale de toute cession et non à de simples clauses limitatives ou restrictives.

L'ensemble de ces stipulations n'a qu'un seul but, celui de permettre au bailleur de contrôler l'opération en se réservant la possibilité de s'y opposer. Il n'a pas à apporter son consentement, mais seulement son autorisation. Si d'aventure une stipulation du bail commercial exigeait le consentement du bailleur à la cession, elle devrait subir la sanction de la nullité pour violation de l'article 10 la loi de 1977, car elle se rapprocherait sans aucun doute des clauses d'interdiction. En effet, une telle stipulation consiste à placer la cession sous la dépendance quasi-absolue du bailleur, puisqu'en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, il est libre de donner ou non son consentement.

531. La clause dite de consentement entrave-t-elle la liberté de céder du preneur ? Il faut d'emblée relever qu'elle diffère de la clause d'interdiction. Elles ont en effet toutes deux une finalité distincte. En revanche, « les clauses simplement limitatives instituent une situation très différente : au preneur, elles laissent, en principe, le droit de se substituer à quelqu'un ; au bailleur, elles ouvrent une option. Il peut, soit accueillir, soit repousser la

demande de substitution ; et, quelle que soit sa décision, elle intervient toujours en exécution du contrat de bail.

Cependant, si les clauses s'opposent par leur finalité, il convient de se demander si elles ne peuvent se rapprocher par leurs effets. Si le propriétaire refuse l'agrément, le locataire aura certes un recours pour faire juger le refus injustifié..., mais il n'est pas sûr que le cessionnaire soit disposé à attendre l'issue du procès pour être certain de ses droits. Le bailleur peut ainsi s'opposer à la cession en refusant de donner son autorisation. Dans ces circonstances, le preneur ne peut passer outre, et conclure le contrat de cession sous peine de sanction. Il devra nécessairement saisir le tribunal pour obtenir une autorisation judiciaire. Il est donc entravé dans la conclusion du contrat de cession.

532. En validant sans distinction les clauses limitatives et restrictives, la jurisprudence contribue à affaiblir l'article 10 de la loi de 1977. Cela a pour conséquence de limiter la liberté de céder le bail à l'acquéreur du fonds de commerce. Ainsi, la situation se rapproche considérablement de celle de l'article 474 du Code civil qui permet lui aussi d'entraver les cessions. Nous sommes alors en présence de l'effacement d'un droit spécifique au profit du droit civil, c'est-à-dire de l'article 474 du Code civil, qui lui admet les entraves à la liberté de céder. Ainsi qu'il vient d'être dit, le même titre existe dans les droits iraniens. Cet article 474 du Code civil avait autorisé le transfert alors que l'article 10 du décret de la loi de 1977 l'interdit sauf dans le cas où le propriétaire avait donné son accord. Actuellement, dans la mesure où le décret de 1997 a reconnu les lois du code civil comme prioritaire, le transfert peut être fait sauf dans le cas où ce transfert a été interdit clairement dans le contrat de bail commercial.

b- La clause de garantie solidaire.

533. La clause de garantie solidaire est fréquente dans les baux commerciaux. Aux termes de cette dernière, le cédant va s'engager à garantir au profit du cédé l'exécution d'une ou de plusieurs obligations mises à la charge du cessionnaire. La clause de garantie solidaire ne fait pas obstacle à la cession, et en conséquence elle est conforme aux dispositions de l'article 10 de la loi de 1977. Dans cette cession de fusion ou d'apport, si l'obligation de garantie ne peut plus être assurée dans les termes de la convention, le tribunal peut y

substituer toutes garanties qu'il juge suffisantes. Il est d'ailleurs précisé qu'il « ne résulte pas de cette disposition que c'est au cessionnaire ou au cédant de faire diligence afin d'obtenir une garantie de substitution alors que c'est le propriétaire qui a intérêt à l'obtenir. Mais cette garantie ne peut pas remplacer la volonté des parties. Le tribunal n'est pas apte à intervenir après la fin du contrat et ceci crée des problèmes pour le propriétaire.

534. Si cette stipulation n'est pas contraire au principe de la liberté de céder prévue par l'article 10 la loi de 1977, elle risque de freiner singulièrement le preneur originaire lorsqu'il décidera de céder son bail et son fonds de commerce, puisque afin d'éviter que sa garantie ne soit recherchée, il s'appliquera à choisir un cessionnaire dont il est certain qu'il accomplira l'ensemble des obligations contractuelles, d'où l'allongement des périodes de négociation.

Ce type de stipulation est d'autant plus avantageux pour le bailleur que la jurisprudence considère que si le cédant ne peut plus apporter sa garantie, par exemple parce qu'il est en liquidation judiciaire, le bailleur peut légitimement refuser de donner son agrément à l'opération. Toutefois puisqu'il n'y a pas de loi pour ce cas, chaque tribunal décide de fixer la garantie différemment des autres et ceci crée des problèmes pour le propriétaire.

535. Par conséquence, le principe de la liberté de céder à l'acquéreur du fonds de commerce, que le statut avait conçu comme absolu puisque d'ordre public, tend à disparaître par l'accroissement du nombre des limites créées par la pratique et reconnues par la jurisprudence. Cette situation caractérise alors le retour du droit commun du louage de choses, à savoir l'article 474 du Code civil, dans la mise en œuvre de la cession de bail commercial, et donc l'effacement progressif de la spécificité posée par le statut.

Section 2 – Les effets direct de la jouissance du la cession du contrat du bail commercial.

536. Nous étudierons la réglementation du Code civil iranien concernant le transfert de contrat et ces éléments. Dans divers articles, le Code civil iranien fait allusion à cette réalité : l'article 466 du Code civil iranien dispose que le « bail est un contrat de louage par lequel une des parties appelées preneur devient propriétaire de la jouissance du bien loué ».

– Selon l'article 470 du Code civil : « Pour que le bail soit exactement réalisé, il faut que le bailleur ait la possibilité de mettre l'objet du bail à la disposition du preneur ».

– L'article 471 du Code civil traite des effets du bail, il déclare que « L'objet du bail doit être un bien utilisable car les biens dont l'usage aboutit à sa perte ne peuvent être loués ».

– L'article 474 du Code civil : « Le preneur peut transférer à bail la chose louée à autrui car la propriété des fruits du bien lui appartient et son droit de propriété des fruits de la chose lui louée est complet, sauf dans le cas où le contraire est prévu dans le contrat du bail ».

Nous allons étudier cession du contrat en droit iranien (Sous section 1) et la nécessité de protéger les tiers du transfert du contrat de bail commercial (Sous section 2).

Sous section 1- Inspiration droit de bail commercial iranien par de droit islamique.

537. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, avant la révolution islamique du 1979, l'inspiration du législateur provenait des droits appliqués dans les pays étrangers, notamment de la France, alors qu'après cette révolution, l'inspiration provient de la charia islamique. Ensuite, nous parlons du contenu et des principes des droits sur le bail commercial.

§1 - Définition du bail par les jurisconsultes chiïtes.

A- Elle a été entièrement empruntée aux juristes du droit imâmite⁸⁸⁴.

538. En effet, elle a été choisie par référence aux trois autres définitions suivantes⁸⁸⁵ :

a- Le bail est un contrat de louage par lequel une des parties appelées bailleur devient propriétaire de la jouissance du bien qui lui a été loué⁸⁸⁶. Pour la majorité dominante, cet échange s'effectuant au niveau des rapports juridiques existant entre l'individu et le bien, et non pas directement sur les biens eux-mêmes, il est plus exact de dire que le bail est devenu la jouissance d'une chose louée⁸⁸⁷. Cependant, suivant une idée très minoritaire, l'échange (juridique) s'effectue véritablement entre les biens, et lorsque l'on dit, par exemple, qu'on a loué son magasin moyennant une telle somme, cela n'est pas dû à une confusion⁸⁸⁸. En effet, pour cette doctrine, un rapport juridique est composé de trois éléments : l'individu, le bien et le rapport entre ces deux éléments en lui-même. Le changement s'effectue toujours soit au niveau de l'individu, c'est le cas de la succession où l'héritier remplace le défunt, et entre le nouveau locataire où le locataire modifie le contrat de bail, soit au niveau de la chose louée ; ce qui est le cas pour le bail. Quant au rapport, comme un élément distinct, il ne change pas ou si on dit qu'il change, son changement reste accessoire au changement fait au niveau de l'un de ces autres éléments :

b- Le bail est un accord de volonté ayant pour effet la cession de contrat⁸⁸⁹.

c- Le bail est un accord de volonté ayant pour objet la cession de contrat en échange d'une contrepartie déterminée⁸⁹⁰.

On s'aperçoit que la cession de contrat constitue la notion centrale de toutes ces définitions.

⁸⁸⁴ M. ANSÂRI, *Makâcébe*, 2^{ème} éd., allâme, 1988, ps. 79-80 ; BAHAR OL OLÛM, cité par ROHOLAH. MOUSSAVI KHOMEINI, *Tahrir-al-vasileh*, Le bail, T. 1, eslam, 1984, p. 39 ; KHORASSANI, *Commentaire de « Makâcébe »*, p. 5 ; M. K. TABATABAEE YAZDI, *Commentaire de « Makâcébe »*, *Dâr ol élm*, 1957, p. 58.

⁸⁸⁵ Pour une explication analytique des définitions proposées par des juristes du droit imâmite.

⁸⁸⁶ ROHALLAH, MOUSSAVI, KHOMEINI, *op. cit.*, loc. cit. ; M. DJ. MOGHNIEH, *Fégh de imâme Sâdegh*, T. 3, pp. 22-23.

⁸⁸⁷ A. IRAVANI GHARAVI, *Commentaire de « Makâcébe »*, 2^{ème} éd. Rochdiéh, 1959, p. 71 ; KHOMEINI, *op. cit.*, pp. 9 à 14 ; KHOÛÏ, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁸⁸⁸ M.H. KACHEF OL GHETA, *Tahrir ol majelléh*, *Maktab ô nédjât* (Téhéran), 1939, p. 121 ; M. H. NÂINI, *Monyat ô tâlébe*, Par Najafi Khânsâri, T. 1, éd. Heïdarîyyeh, Téhéran, 1953, p. 34.

⁸⁸⁹ Cité par KHOÛÏ, comme la définition courante des juristes du droit imâmite, tels que ALLÂMEH dans « *Tazkéréh* » et CHEIKH dans « *Mabsoute* » (*op. cit.*, p.54). V. également : D.J. MOHAGHEGH HELLI, *Mokhtassar an-nâfé*, 2^{ème} éd., éd. Be'sat, Téhéran, 1982., p. 118 ; *Charâyé ol islam*, T. 2, 4^{ème} éd., par S. Chirâzi, Estéghlâle, 1994, p. 267.

⁸⁹⁰ Z. DJABAL ÂMELI (CHAHÎD SÂNI), *Commentaire de « lomé »*, T. 1, p. 275.

B- La définition choisie : La cession du bail.

539. Il est indiqué que le bail consiste à rendre une chose louée à quelqu'un, ce qui n'est pas tout à fait synonyme. En effet, la raison réside dans le fait que pour les juristes du droit imâmite le bail n'est pas toujours un transfert ; il est des cas où le bailleur bien que n'étant pas propriétaire de la chose, pourrait louer le bail : dans ces cas, le bailleur ne transfère pas la propriété, mais il rend la chose louée de quelqu'un. Il en est ainsi le cas du bail d'une fondation ou, selon certains, le cas du bail de choses futures⁸⁹¹.

Pour simplifier et pour que la comparaison entre les deux systèmes juridiques soit plus compréhensible, dans cette partie d'étude nous laissons pourtant de côté ce détail et nous nous contentons désormais de dire que « le bail une des parties appelées bailleur devient propriétaire de jouissance du bien lui loué ».

C- La définition de l'article 466 est une définition du bail.

540. En l'absence de l'objet du contrat de bail, le contrat est considéré comme nul⁸⁹². C'est la raison pour laquelle la notion de contrat et les sujets du droit y sont absents. Cette définition est en soi-même exacte mais le problème est que les rédacteurs du Code civil iranien n'ont pas suivi la même méthode pour les autres contrats ; là, ils recourent à la formule classique en disant que « l'échange, la donation, le prêt et ... » est un contrat par lequel l'un fait ceci et l'autre fait cela. Il nous paraît que les rédacteurs du Code civil iranien auraient, ici aussi, dû suivre leur méthode générale et dire que « le bail est un contrat (un accord des volontés) par lequel le bailleur, cède la chose louée en échange d'un prix ». De la sorte, les rédacteurs auraient pu clairement s'éloigner des certains juristes du droit imâmite qui dans une définition identique visent seulement le bail comme l'action du bailleur et non pas l'ensemble de l'opération juridique du bailleur et du locataire⁸⁹³.

⁸⁹¹Seyed Rohallah, KHOMEINI, op. cit., cit., PP. 13-14.

Il ne faudrait pas confondre ces cas avec celui du bail de la chose louée d'autrui, qui est sans aucun doute nulle.

⁸⁹²V. : KHOUÏ, op. cit., p. 7, note n° 1.

⁸⁹³ANSÂRI, op. cit., p. 79.

D- Les différences entre droit iranien et droit français⁸⁹⁴.

541. Il n'est pas, théoriquement, nécessaire que le prix soit en argent, c'est pourquoi l'article 466 n'a mentionné aucune condition pour le prix⁸⁹⁵. En effet, ce qui différencie, en droit iranien, le bail de l'échange c'est de savoir si les parties ont considéré l'un des deux objet comme chose et l'autre comme prix ou non⁸⁹⁶. Dans le premier cas, le contrat sera un bail, même si le prix n'est pas en argent, alors que dans le deuxième il sera un échange, même si l'un des deux objets est une somme d'argent. Et c'est seulement en cas d'ambiguïté qu'en se référant à l'usage, celui dans lequel la contrepartie est en argent, sera considéré comme bail.

Néanmoins, il faudrait dire qu'en pratique, à l'instar de l'usage et sans rechercher l'intention des parties, lorsque la contrepartie est en argent le contrat sera toujours considéré comme étant un bail.

§2 - Le transfert de propriété jouissance de cession de contrat de bail commercial.

542. La propriété se cède de plein droit, automatiquement et instantanément, par le seul accord des volontes, sans qu'aucune formalité ou aucune sorte de transfert soient nécessaires. Le principe est en droit iranien si évident qu'il ne suscite non seulement aucune discussion mais aussi aucune explication. Le principe s'appuie, au fond, sur deux faits:

⁸⁹⁴A. BENABENT, *Contrat spéciaux*, op. cit., n° 13, p. 13 ; J. GHESTIN – B. DESCHE, *LGDJ.*, 1990, n° 1, p.1 ; MAZEAUD, op. cit., n° 753, p. 9. Pour une étude plus approfondie et historique : M. HAMEL (rédigé d'après le cours de), *Droit civil approfondi et comparé, Cours de doctorat*, Paris, 1940-1941, pp. 22 et s.

⁸⁹⁵ Le Code civil français aussi dans sa définition du contrat du bail (article 1709) n'a fait aucune allusion à cette condition. En fait, c'est la doctrine française qui l'a, unanimement, considéré comme un caractère distinctif entre le bail et l'échange. La conclusion d'un bail commercial suppose l'accord des parties sur la chose et sur le prix du loyer et la seule occupation des lieux non accompagnée du paiement des loyers ne peut caractériser l'existence d'un bail commercial verbal. Cass. 3^{ème} civ., 4 mars 2008, n° 07-15522 : RDC 2008, 836, obs. Seube.

⁸⁹⁶Aux termes de l'article 464 C. civ. iranien, « L'échange est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un bien contre un autre bien qu'il en reçoit, sans avoir considéré l'un des objet comme la chose louée et l'autre comme prix ». A cet égard, V. : ANSÂRI, op. cit., p. 79 ; IRVÂNI, op. cit., p. 72 ; M. J. JAFARI-LANGROUDI, *Encyclopédie du droit civil*, T. 1, Droit des obligations, Bonyâde râstâ, 1978, pp. 468-469 ; *Terminologie du droit*, 4^{ème} éd., Gandj et dânéch, 1989, n° 932, p. 118 ; N. KATOUZIAN, *Droit civil, Les contrats translatifs de propriété*, 4^{ème} éd., Chérkate éntéchéâre, 1992. n° 6, p. 14.

1) La créativité et la puissance de « la volonté » à créer des effets juridiques quelconques dont un effet réel comme la transmission de la propriété d'un bien.

2) La conception tout à fait abstraite de « la propriété », qui fait, d'une part ; une distinction entre la propriété d'une chose (la maîtrise sur une chose) et la chose elle-même (l'objet de la maîtrise), et d'autre part ; une distinction entre la propriété (la maîtrise juridique sur une chose louée) et la possession (la maîtrise physique de la chose louée).

543. Le principe de la cession de contrat a été légalement affirmé par les articles suivant du Code civil iranien :

– L'article 140, situé dans les disposition générales concernant des différentes manières d'acquisition de la propriété : « La propriété s'acquiert : ... (Et) par des contrats et des obligations... ».

– Selon la Code civil iranien : « Pour que le bail soit réalisé, il faut que le bailleur ait la possibilité de mettre l'objet du bail à la disposition du preneur ». Car la première condition aux engagements contractuels c'est la possibilité de l'exécuter. Si cette possibilité de mettre la chose louée à la disposition du preneur de sorte qu'il puisse le posséder et y faire de possession de façon effective, et la saisie d'une chose c'est mettre à sa propre disposition la chose louée⁸⁹⁷. La délivrance se réalise quand la chose du bailleur est mise à la disposition du locataire même si celui-ci ne l'a pas encore possédée⁸⁹⁸.

C'est procurer au preneur pendant un certain temps la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière.

544. Le preneur n'a droit que de jouir du bien mis à sa disposition par le contrat de louage commercial. En d'autres termes, la loi iranienne considère ici deux sortes de propriété : l'une apparente pour le propriétaire du bien et l'autre pour jouir du bien loué, c'est-à-dire le droit d'usufruit. Par cette définition, le bien et l'usage sont tous les deux transférés sauf dans l'hypothèse du « *vaghf* » où le transfert se réalise seulement sur le bien, mais ce qui est transféré par le bail c'est le droit d'usage. Le bien, pour que le preneur puisse en prendre

⁸⁹⁷ Article 470 du Code civil iranien.

⁸⁹⁸ Article 477 du Code civil iranien.

usage, est mis à la disposition du preneur sans lui créer de droit sur le bien sauf les droits comme le fonds de commerce que nous allons exposer⁸⁹⁹.

545. On s'aperçoit que cet article a été rédigé de manière légèrement différente de l'article 1710 du Code civil français⁹⁰⁰. Suivant ce dernier, le bail est parfait dès qu'on est convenu de la chose louée et du prix, alors que suivant l'article 469 du Code civil iranien il faudra encore une offre et une acceptation de la part du bailleur et du locataire. Il semble que les rédacteurs du Code civil iranien voulaient, par là, bien distinguer la phase pré contractuelle des pourparlers, où les parties arrivent à se mettre d'accord sur les conditions du contrat, de la phase contractuelle où les parties, en tenant compte des conditions, manifestent leur volonté définitive dans le cadre d'une offre ou d'une acceptation ; le bail n'est que la création de cette étape. Cependant, il nous semble que la différence est, en fait, une différence terminologique.

546. Dans le deuxième alinéa, l'article dispose qu'il n'est pas nécessaire que les parties manifestent verbalement, et *a fortiori* littéralement, leur volonté ; même un geste suffira, à la seule condition qu'il exprime explicitement la volonté des parties au bail commercial ; ce qui a été exigé dans l'article suivant : « Dans l'offre et l'acceptation les mots et les expressions doivent signifier explicitement le bail ».

Comme nous venons de le voir, le bail est un acte juridique. Pour qu'il soit réalisé, il est nécessaire qu'il s'agisse de deux volontés indépendantes. En réunissant ces deux volontés, on trouve une unité qui, grâce à l'accord des consentements, crée un contrat auquel les deux parties en échangeant leur consentement, seront tenues à l'exécuter, de sorte que, dans le cas de refus d'une de deux parties, l'autre puisse avoir un recours devant une juridiction civile.

547. Par conséquent, pour former un contrat il faut d'abord constater l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit. C'est pourquoi que l'article 191 du Code civil iranien a prescrit que : Pour constater la véracité de tout contrat, les conditions ci-dessous sont nécessaires : 1- Accord des volontés des parties contractantes et les consentements ». Il s'ensuit que sans volonté, aucun contrat ne peut être formé. Donc la seule intention de former ce que les deux parties ont décidé, ne suffit pas, mais la volonté doit être accompagnée par le consentement de l'autre partie à former un contrat. Une volonté vicieuse n'aura aucun effet. Ce qui a été créé par une pareille volonté est une forme apparente d'un

⁸⁹⁹N. Katouzian, droit privé, T1, bilatéral contrat, enteshar publication, 7ème éd.1999,p.347.

⁹⁰⁰Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.

contrat vide. Cette volonté viciée annule le contrat. En d'autres termes, c'est l'accord des volontés des parties contractantes qui forme un acte (article 191 et 194 du Code civil iranien). Pour que l'acte soit formé il faut que la volonté soit déclarée. Cette déclaration de la volonté se fait par la partie ou son représentant légal ou contractuel. Dès lors, ce qui importe pour la réalisation du bail c'est la manifestation et l'accord des volontés. La forme dans laquelle cela se fait importe peu.

– L'article 471, situé dans la section concernant les effets du bail : « L'objet du bail doit être donc un bien qui reste étant utilisé car les biens dont l'usage aboutit à sa perte ne peuvent être loués ».

– L'article 472, situé dans la même section : « Le bien loué doit être déterminé, le bail d'un bien indéterminé est nul ».

– La propriété du bien et de ses fruits, c'est l'exigence du contrat de bail. Dès la réalisation légale du contrat de bail, la propriété du bien cédé et de ses fruits sera réalisée. Mais dans le contrat du bail commercial où le motif, c'est le transfert d'usage du bien et ce qui est transféré ce sont les fruits, car, selon le Code civil iranien, la propriété se divise à deux parties, l'une c'est la propriété du bien et l'autre c'est celle des fruits, c'est-à-dire tous les fruits par nature comprenant ceux que la chose donne par l'effet de la nature seule, les fruits industriels donnés par la chose commerciale à l'aide du travail de l'homme, fruits civils en argent produit de la chose comme loyer, fermage, intérêts et dividendes des actions. On suppose que l'on peut être propriétaire de la chose louée mais que la propriété de ses fruits appartient à autrui. En droit français, il n'y a une définition ni un argument que celle faite pour un droit intellectuel, mais il y en a des différences. Par conséquent la propriété même dans cette mesure suffit à réaliser un acte. C'est pourquoi le preneur peut donner à bail la chose louée à autrui car la propriété des fruits du bien lui appartient et son droit de propriété des fruits de la chose louée est complet, sauf dans le cas où on prévoit le contraire au contrat du bail. (L'article 474 du Code civil iranien)⁹⁰¹. Ce qui veut dire que à l'exception de ce genre de bail, dans les autres cas, la cession de propriété de fonds commerce s'opère dès le moment de la conclusion du contrat.

⁹⁰¹Mehdi, CHÂHIDI, op. cit., loc. cit. ; JAFARI LANGEROUDI, op. cit., p. 567 ; SAFAÏ H., Cours élémentaire de droit civil, T. 2, Les obligations et les contrats, L'institut supérieur de comptabilité, 1972, p. 283.

548. On a vu qu'en droit français, le transfert de propriété, la distinction entre la vente et le bail repose sur le fait que le bail ne transfère pas de droit réel sur la chose : le locataire n'a aucun droit réel sur la chose puisqu'il n'en est ni le propriétaire, ni l'usufruitier. Il n'a qu'un droit de créance, donc un lien interpersonnel qui le lie au bailleur. Il ne peut exiger de son bailleur que la jouissance du bien, car il n'a pas de maîtrise directe sur la chose. Bien que s'opérant, la cession du contrat, n'est pas un effet direct du contrat du bail ; une phase intermédiaire, pendant laquelle une et même deux obligations naissent et s'exécutent, sépare le contrat du transfert.

549. En droit iranien, le schéma est fondamentalement différent : le contrat de bail fait passer directement et sans l'intermédiaire d'aucune obligation la propriété de la chose louée au locataire. Car, celui qui loue un bien ne s'oblige pas à une cession de contrat, il l'a transfère. Selon la définition du législateur iranien, le bail transfère la jouissance de la propriété. Ceci étant, rien ne s'interpose entre la volonté de céder le contrat et la réalisation de la cession du contrat. C'est exactement la raison pour laquelle la notion d'obligation est à ce stade-là, absente. L'objet de l'accord est déjà acquis, il ne reste plus rien à atteindre pour qu'il devienne l'objet d'une obligation. La notion d'obligation n'intervient, en effet, que lorsque l'objet de l'accord des volontés consiste soit dans un fait matériel irréalisable par la simple volonté, comme la construction ou la livraison d'une chose, soit dans un fait juridique exigeant une nouvelle manifestation des volontés tel que cela peut être le cas dans certaines hypothèses d'une promesse synallagmatique du bail. Dans le premier cas, il est évident que l'accord des volontés, notion abstraite, à lui seul est impuissant à réaliser ce que les parties cherchent : il s'agit d'un phénomène concret exigeant une certaine activité physique de la personne. Dans le deuxième cas, bien que l'accord des volontés (notion abstraite) soit à lui seul capable de créer l'effet recherché (notion encore abstraite), ce sont les parties elles-mêmes qui, pour différentes raisons, ont voulu le suspendre à leur nouvelle intervention. Dans ces deux cas, l'objet de l'accord ne pouvant pas être réalisé automatiquement et immédiatement, s'étale dans le temps et devient donc l'objet d'une obligation.

Les dispositions du Code civil iranien sont à cet égard très nettes, elles ne font aucune allusion à l'obligation de donner. L'article 466 du Code civil iranien dispose que le « bail

est un contrat de louage par lequel une des parties appelées bailleur devient propriétaire de la jouissance du bien loué ».

550. D'ailleurs, il n'existe pas dans le Code civil iranien des dispositions équivalentes à celles du Code civil français concernant l'obligation de donner. En effet, les rédacteurs du Code civil iranien, bien qu'ayant devant eux le Code civil français et qu'essayant dans la mesure du possible de rédiger le Code civil iranien à la manière du Code français, ont supprimé la notion d'obligation de donner chaque fois qu'ils l'ont rencontrée. Il en est ainsi dans les articles 183 et 214 du Code civil iranien, qui ne sont que des traductions des articles 1101 et 1126 du Code civil français : on n'y voit pas le terme d'obligation de donner. Le plus important de ces cas est celui des articles 219 et suivants du Code civil iranien. Dans ces articles, qui ne sont encore que des traductions des articles 1134 et suivants du Code civil français, les rédacteurs du Code civil iranien, après avoir parlé de l'effet obligatoire des conventions, passent directement à l'obligation de faire et de ne pas faire, sans rien dire de l'obligation de donner. En fait, ils suppriment les dispositions des articles 1136 à 1141 du Code civil français placées sous l'intitulé "De l'obligation de donner", mais ils introduisent celles des articles précédents et suivants du Code civil français dans le Code civil iranien, ce qui démontre qu'ils n'ont pas trouvé la notion d'obligation de donner compatible avec le système juridique iranien.

551. De ce qui est dit, il s'ensuit que le cession du contrat est, en droit iranien, un effet légal et direct du contrat du bail et non pas le résultat de l'exécution d'une obligation, l'obligation de donner⁹⁰². Cependant, certains articles du Code civil iranien sont si mal rédigés qu'ils pourront, en contradiction avec les fondements du droit iranien et des articles susvisés, laisser croire le contraire : il s'agit des articles 140, 183 et 214 du Code civil iranien.

552. Aux termes de l'article 140, « La propriété s'acquiert par... et, par des contrats et des obligations ». Le texte laisse entendre trois interprétations :

⁹⁰²Dans ce sens, V. : N. KATOUZIAN, Droit civil, Les règles générales des contrats, T. 1, La notion de contrat, Béhnachr, 1985, n° 8 et 41, pp. 17 et 85 ; La théorie générale des obligations, Yaldâ, 1995, n° 30 et 54, pp. 48 et 73.

1) Le cession de contrat est toujours le résultat de l'exécution de l'obligation. Si l'article fait allusion également au contrat, c'est parce que l'obligation est aussi à son tour le résultat du contrat : il est ainsi exact de dire que la propriété s'acquiert par le contrat, comme la cause générale, et par l'obligation, comme la cause particulière.

2) Le cession de contrat est tantôt l'effet direct du contrat (lorsque l'objet du contrat est un corps certain) et tantôt le résultat de l'exécution de l'obligation (lorsque l'objet est une chose louée). C'est la raison pour laquelle l'article fait allusion en même temps aux deux situations.

3) Le cession de contrat est toujours l'effet direct du contrat et le mot « obligations » dans l'article devrait être entendu dans un sens large comme équivalent de « contrat » et non pas dans un sens étroit « obligations nées du contrat ».

Il nous semble que le problème d'interprétation de l'article 140 revient, en fait, à l'emprunt inopportun du mot « obligation » par les rédacteurs du Code civil iranien à l'article 711 du Code civil français : la suppression de ce mot est donc la meilleure solution pour remettre la disposition de cet article en harmonie avec les règles générales du Code civil iranien. Mais en attendant, la troisième interprétation devrait être considérée comme la seule interprétation exacte de l'article 140. Néanmoins, on verra que cette interprétation aussi souffre au fond d'un problème ; car le contrat et l'obligation ne sont pas deux notions synonymes.

553. Aux termes de l'article 183 du Code civil iranien : « Le contrat consiste dans le fait qu'une ou plusieurs personnes (d'une part) s'obligent à un fait envers une ou plusieurs autres qui (d'autre part) l'acceptent »⁹⁰³. Ce texte laisserait entendre au lecteur l'une des deux interprétations suivantes : a) « Les contrats translatifs de propriété », tel que le bail, dont principal ne consiste pas à créer des obligations mais à céder le droit du contrat ne sont pas qualifiés comme contrat en droit iranien. Cette interprétation est évidemment fautive. Elle contredit surtout les articles 466, 339, 464 et 648 du Code civil iranien, où ces contrats ont explicitement été qualifiés du contrat. b) « Les contrats translatifs de propriété » sont qualifiés du contrat en droit iranien, mais comme tout autre contrat, ils produisent en premier plan des

⁹⁰³La critique de cet article : M. CHÂHIDI, Cours de droit civil, Les obligations, Rvu. Université de chahid béhécti, dact., 1987, p. 1 ; H. EMAMI, Droit civil, T. 4, 2^{ème} éd., Islamieh, 1984, p. 12 ; N. KATOUZIAN, Les règles générales des contrats, T. 1, op. cit., n° 9, p. 18 ; SAFAÏ H., Cours élémentaire du droit civil, T. 2, op. cit., pp. 16-17.

obligations ; c'est ensuite par l'exécution de ces obligations qu'ils transfèrent le droit de propriété. Cette interprétation ne peut non plus être exacte : elle va à l'encontre des principes généraux du droit iranien⁹⁰⁴.

554. La définition de l'article 183, à part le fait qu'elle entraîne des conséquences inexactes, est aussi en soi-même inexacte : suivant cet article, le contrat est composé de deux éléments ; l'obligation, d'une part, et l'acceptation de cette obligation, d'autre part. Pour nous, le contrat ne pourrait pas être défini par la notion d'obligation⁹⁰⁵. Celle-ci, comme nous l'avons vu précédemment, n'intervient qu'au stade de l'exécution du contrat. Le contrat, en tant que tel, est avant tout un accord entre deux volontés, et c'est par cet élément qu'il doit être défini. L'obligation n'est qu'un effet, un effet légal que la loi impose à cet accord des volontés, et c'est pourquoi l'on ne pourrait pas analytiquement dire qu'une personne s'oblige ou accepte l'obligation d'autrui.

555. Il est pourtant fort possible que les rédacteurs du Code civil iranien aient eu recours à la notion d'obligation dans un autre but, pour exclure le cas des actes de complaisance ou de courtoisie de la définition du contrat⁹⁰⁶. Et comme ce qui distingue ces deux cas c'est la force obligatoire de l'un contrairement à l'autre, ils ont introduit la notion d'obligation dans la définition du contrat : le contrat consiste dans le fait qu'une personne s'oblige envers une autre, alors que l'acte de complaisance ou de courtoisie consiste dans le fait qu'une personne promet seulement sans s'obliger. En fait, les rédacteurs du Code civil ont employé le terme « s'obliger » dans un sens plus large comme équivalent de « consentir d'une manière obligatoire ». Ce qu'ils voulaient dire c'est donc ceci : « Le contrat consiste dans le fait qu'une ou plusieurs personnes consentent d'une manière obligatoire à un fait envers une ou plusieurs autres qui l'acceptent ». Dans cette perspective, le contrat n'est plus l'ensemble formé par l'obligation et l'acceptation de cette obligation, mais l'ensemble des deux consentements (volontés).

556. Or, même une telle lecture de l'article 183, bien qu'elle le rende plus compréhensible, ne résout pas le problème. Afin d'exclure les actes de complaisance, les

⁹⁰⁴V. dans le sens contraire : A. AMIRI GHAEM-MAGHAMI, Droit des obligations, T. 2, Université de Téhéran, 1976-77, p. 29 ; LANGROUDI J., Encyclopédie du droit civil, T. 1, op. cit., p. 463 ; Droit des obligations, T. 1, 2^{ème} éd., Université de Téhéran, 1990, pp. 5-6.

⁹⁰⁵Dans ce sens, V. : KACHEF OL GHETÁ, op. cit., p. 118 ; N. KATOUIZIAN, Les règles générales des contrats, T. 1, op. cit., n° 9, p. 18 ; La théorie générale des obligations, op. cit., n° 54 et s., pp. 72 et s. Dans le sens contraire, V. : JA'FARI LANGROUDI, Droit des obligations, T. 1, op. cit., p. 19, qui définit le bail comme « l'obligation de cession la contrat du bail ».

⁹⁰⁶N. KATOUIZIAN, Les règles générales des contrats, T. 1, op. cit., n° 10, p. 24 ; Cours élémentaires du droit civil, Les actes juridiques, Chérkate éntéchéâr, 1991, n° 14 et 16, pp. 16 et 18.

rédacteurs du Code civil iranien n'avaient point besoin de recourir à la notion d'obligation. Pour cela, ils auraient pu s'appuyer tout simplement sur la notion de consentement (volonté), car ce qui fait la différence entre le contrat et l'acte de complaisance au niveau de leur force obligatoire, c'est que dans le contrat il y a un consentement au sens juridique du terme, alors que dans l'acte de complaisance cela n'est pas le cas. « Consentir d'une manière obligatoire » n'a aucun sens ; on consent ou non. La force obligatoire est une force imposée par la loi lorsqu'il y a un consentement. Il ne faudrait pas confondre le domaine des individus avec celui de la loi.

557. Il nous semble que tout le problème de l'article 183 revient encore au fond à l'emprunt inopportun et même infidèle de cet article à l'article 1101 du Code civil français⁹⁰⁷ : inopportun ; car il contredit les principes généraux du droit iranien, infidèle ; car les rédacteurs du Code civil iranien n'ont pas même respecté les termes de l'article 1101. À cet égard, une explication est utile : dans l'article 183 le terme « convention » a été, par les rédacteurs du Code civil, supprimé apparemment pour l'une des trois raisons suivantes : a) Ils ont trouvé sans intérêt la distinction faite en droit français entre la convention et le contrat, c'est pourquoi ils n'ont pas voulu définir le contrat comme une espèce particulière de la convention. b) Sans faire attention à la différence entre la convention et le contrat dans la définition de l'article 1101, ils ont pris les deux termes comme synonymes. C'est pourquoi ils ont trouvé logiquement inutile de définir le contrat par la convention, car cela était, pour eux, comme dire : le contrat est un contrat. c) Ils avaient bien conscience de la différence entre le contrat et la convention, ils l'ont même respectée dans plusieurs articles du Code civil⁹⁰⁸, mais ici ils n'ont pas voulu y faire référence, car, ils ne voulaient pas faire référence à une notion juridique qui n'a pas été auparavant définie.

558. Quelle qu'en soit la raison, les rédacteurs du Code civil iranien, pour remédier à une telle suppression et pour mettre en évidence que le contrat est un accord entre deux volontés, ont ajouté une phrase à la fin de la définition : « ... envers une ou plusieurs autres qui l'acceptent ». Pour nous, ils auraient pu, afin d'échapper au terme « convention » dans son sens juridique, au lieu d'ajouter une telle phrase dont la signification n'est pas très claire, faire allusion directement à l'accord des volontés et dire : « Le contrat est un accord des

⁹⁰⁷Dans ce sens, V. : N. KATOUIAN, Cours élémentaire de droit civil, Les actes juridiques, op. cit., n° 15, p. 17 ; Théorie générale des obligations, op. cit., n° 55, p. 74.

⁹⁰⁸Dont les articles 10, 975 et 1010, d'après GHAEM-MAGHAMI, Droit des obligations, T. 2, op. cit., p. 30. Il rappelle pourtant que la doctrine et la jurisprudence iraniennes (et même, selon nous, le Code civil dans certains autres articles tels que 219) les emploient indifféremment. V. également : N. KATOUIAN, Les règles générales des contrats, T. 1, op. cit., n° 8, p.17.

volontés par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à un fait ». Une telle définition, bien qu'elle ne soit pas exacte, était au moins plus claire. Mais pour arriver à une définition exacte du contrat en droit iranien, le texte aurait dû être rédigé ainsi : « Le contrat est un accord des volonté entre deux ou plusieurs personnes sur un fait », ou comme certains auteurs proposent : « Le contrat est un accord des volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit »⁹⁰⁹. Cet effet juridique pourra être la création d'un rapport juridique ou, la modification ou la disparition d'un rapport juridique préexistant.

559. Aux termes de l'article 214 du Code civil iranien : « L'objet de la convention doit être un bien ou un service que chacun des contractants s'oblige à délivrer ou à accomplir ». Cet article a été emprunté à l'article 1126 du Code civil français avec la seule différence qu'ici l'objet de l'obligation a été limité à délivrer un bien ou à accomplir un service, c'est-à-dire à faire et à ne pas faire de l'article 1126. Cette différence pourrait revenir à deux choses :

a) Une erreur de traduction de la part des rédacteurs du Code civil iranien qui, sans avoir l'intention de supprimer la notion d'obligation de donner, l'ont remplacée par « délivrer »⁹¹⁰. Dans ce cas, il faudrait dire que la différence entre les deux articles est seulement littéraire, sinon, ils expriment au fond la même règle : « Les contrats translatifs de propriété ont pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner », ce qui ne pourrait pas, à notre sens, être exact en droit iranien.

b) Une intention de rejet de la notion d'obligation de donner par les rédacteurs du Code civil iranien ils voulaient en fait dire que le transfert de propriété ne peut pas être l'objet d'une obligation et que dans les contrats translatifs de propriété, la seule obligation qui pèse sur le propriétaire consiste à délivrer la chose, objet du contrat. Une telle lecture de l'article 214 nous paraît plus raisonnable. Cependant, elle soulève un problème : le principal acte qui se fait sur l'objet du contrat n'est pas la livraison de la chose mais le transfert du contrat et c'est logiquement à celui-ci qu'il aurait fallu faire allusion. En d'autres termes, l'article aurait du être rédigé ainsi : « L'objet de la convention doit être un bien qu'une partie transfère ou un

⁹⁰⁹M. CHÂHIDI, Cours de droit civil, Obligations, op. cit., p. 1 ; N. KATOUZIAN, Les règles générales des obligations, T. 1, op. cit., n° 10, p. 24 ; Cours élémentaire de droit civil, Actes juridiques, op. cit., n° 16, p. 18 ; SAFAÏ H., Cours élémentaire de droit civil, T. 2, op. cit., pp. 16-17 . Un autre auteur propose une autre définition : « Le contrat est qu'une ou plusieurs personnes, envers une ou plusieurs autres, s'obligent à un fait ou transfèrent un bien et que ces dernières l'acceptent » (HASSAN, EMAMI, op. cit., p. 12).

⁹¹⁰ N. KATOUZIAN, Les règles générales des contrats, T. 2 , La formation et la validité des contrats, Béhnachr, 1987, n° 381, p. 159.

service que... »⁹¹¹. On pourrait même aller plus loin et dire que, dans cet article, il n'y avait nullement besoin de faire allusion à l'acte qui se fait sur l'objet, quel que soit cet acte. On aurait pu, plus simplement, rédiger l'article ainsi : « Tout contrat (ou plus précisément toute prestation) a pour objet un bien ou un service ».

Sous section 2 – La nécessité de protéger les tiers du transfert du contrat de bail commercial.

560. Le principe de l'opposabilité aux tiers du transfert de locataire, admis par les deux droit français et iranien, est un principe justifié du point de vue des preneurs et de la logique juridique : comme l'on a dit, il assure, d'une part, l'utilité et l'efficacité du droit de propriété des preneurs et, autre part.

Et, il est évident que dans l'hypothèse où un même bien fait l'objet de plusieurs successives, les inconvénients et les complications juridiques et pratiques qui découlent de l'opposabilité de la première transféré aux preneurs successifs du bien seront encore plus importants.

Face à une telle situation et afin d'atténuer les inconvénients du principe d'opposabilité, il a donc paru nécessaire en droit iranien de trouver des solutions pour protéger les tiers et assurer, par là, la sécurité des transactions.

561. Afin de permettre aux tiers de pouvoir se renseigner sur la situation juridique des immeubles, le droit iranien oblige les preneurs et prochains locataires à faire inscrire leur contrat sur un registre officiel (§1), et sanctionne le manque de respect à cet obligation, selon la doctrine dominante, par l'inopposabilité probatoire du contrat non inscrit aux tiers (§2).

Il convient tout de même de signaler qu'en droit iranien⁹¹², encore selon la doctrine dominante, le rôle de l'inscription ne se limite pas à protéger les tiers ; elle joue également un

⁹¹¹N. KATOZIAN, l'article aurait pu être rédigé ainsi : "L'objet de la convention peut être le transfert du contrat et la livraison d'un bien, ou l'obligation de transférer la propriété, ou l'accomplissement d'un service auquel une partie s'oblige (Les règles générales des contrats, T. 2, op. cit., n° 381, p. 159).

⁹¹² A. AMIRI GHÄEME MAGHÄMI, Droit des obligations, T.2, Univer de téhéran, 1976-77, p.66 ; A.M. AMIRIAN, Dans quelle mesure le droit iranien s'est-il inspiré du Code civil français, Bulletin de la société de

rôle important quant à la preuve du droit de propriété dans le rapport de parties. Mais ici, nous nous concentrons sur son rôle à l'égard des tiers. Seulement, pour bien éclairer les points de différence existant entre la solution du droit français et celle du droit iranien, nous faisons à l'occasion une brève remarque sur son rôle entre les parties.

§1- L'obligation de faire inscrire le contrat de bail commercial.

562. L'obligation a été prévue par la loi sur l'inscription des actes et immeubles de 1931⁹¹³. Aux termes de l'art. 46 de cette loi, « L'inscription des actes est facultative, sauf dans les cas suivants : 1) Tous les contrats et conventions relatifs aux immeubles déjà inscrits au registre d'immeubles ; 2) Toutes les conventions relatives aux droits déjà inscrits au registre d'immeubles ».

Et aux termes de l'article 47 de la même loi, « Dans les endroits où il y a des bureaux d'inscription des actes et immeubles et des bureaux d'actes authentiques, et que le ministère de la justice le requiert, l'inscription des actes suivants est obligatoire : 1- tous les contrats et conventions relatifs aux immeubles non-inscrits au registre d'immeuble ; 2-... ».

Mais, étant donné qu'actuellement les bureaux susmentionnés se sont installés dans tout le pays et que le ministère de la justice a déclaré l'inscription nécessaire partout, l'obligation de faire inscrire le contrat est pratiquement devenu en droit iranien une obligation générale indépendante de la situation des immeubles : qu'un immeuble soit déjà inscrit au registre d'immeubles ou non, le contrat dont il fait objet doit être inscrit.

législation comparée, Vol. 66, 1937, pp. 84-87 ; M. CHÂHIDI, La transféré d'immeuble sans rédaction de l'acte authentique, *Revue des recherches juridiques*, Université de chahid béhécti, n° 11-12, 1992-93, pp. 11 et s. ; La promesse de bail, *revue de recherches juridique*, Université de chahid béhécti, n° 10, 1992, pp. 59 et s. ; G.R. CHAHRI, *Droit de l'inscription des actes et immeubles*, Djahâd dânéchgahi, 1990, p.227 ; M.J. JAFARI LANGROUDI, *Droit des obligations*, T.1, 2^{ème} éd., Université de Téhéran, 1990, pp. 57-58 ; *L'encyclopédie du droit civil et commercial*, T. 1, *Droit des obligations*, Bonyâde râstâ, 1978, p. 539 ; *L'influence de la volonté en droit civil iranien*, 1960, n° 663, p. 244 ; H. EMAMI, *Droit civil*, T.1, 5^{ème} éd. Islamieh, 1985, pp. 174-175 ; T.4, 2^{ème} éd. Islamieh, 1984, p. 60 ; N. KATOUIZIAN, *Les règles générales des contrats*, T.1, *La notion de contrat*, Béhnachr, 1985, n° 45-46, 141 à 146, pp. 92-93, 277 à 285 ; *L'introduction au droit*, 12^{ème} éd., Béhnachr, 1990, n° 348, p. 381 ; *Les biens et la propriété*, Yaldâ, 1995, n° 185, p.172 ; *Les contrats translatifs de propriété*, 4^{ème} éd. Chérkate éntéchéâre, 1992, n° 43, 60, 174 et 177, pp.60-61, 93-94, 256-257, 260 à 258 ; H. Safâi H., *Cours élémentaire de droit civil*, T.2, *Les obligations et les contrats*, L'institut supérieur de comptabilité, 1972, pp. 44-45 et 188.

⁹¹³ Le recueil des lois et des dispositions juridique, J.O., 1992, pp. 876 et s.

563. La solution du droit iranien jusqu'ici ressemble à celle du droit français. Sauf à ce que l'une parle de l'inscription du contrat et l'autre de sa publication. Cette ressemblance continue d'ailleurs sur les trois points suivants :

1- En droit iranien comme en droit français le contrat soumis à inscription doit préalablement être dressé en la forme authentique⁹¹⁴, cela ne transforme pourtant pas le contrat de bail qui est un contrat consensuel en un contrat solennel car, la rédaction du contrat en la forme authentique est la condition de son inscription au registre d'immeubles, non celle de sa formation⁹¹⁵.

2- En droit iranien comme en droit français, afin d'assurer la continuité dans la chaîne des transmissions, le contrat antérieur à celui soumis à inscription doit déjà être inscrit au registre d'immeubles⁹¹⁶.

3- En droit iranien comme en droit français l'inscription ne purge pas le contrat des vices et cause éventuelles de nullité⁹¹⁷. En effet, l'organe s'occupant de l'inscription des actes n'est pas constitué de juges⁹¹⁸. Il manque donc l'aptitude nécessaire pour vérifier la validité d'un contrat ; il n'en vérifie que la régularité formelle.

564. Les ressemblances entre la solution du droit iranien et celle du droit français s'arrêtent pourtant là. Car, quant à la sanction de la violation des obligations respectives qu'ils imposent, les droits iranien et français prennent deux directions totalement différentes : le droit français sanctionne le manque de respect à l'obligation de faire publier le contrat par l'inopposabilité substantielle du contrat aux tiers ; le droit iranien sanctionne ce manque de respect, selon la doctrine dominante, seulement par l'inopposabilité probatoire du contrat aux

⁹¹⁴ N. KATOUZIAN, les contrats translatifs de propriété, op. cit., n° 43 et 174, pp.60-61 et 256.

⁹¹⁵ V. cependant, N. KATOUZIAN (op. cit., n° 174, p. 256) qui à l'opposé de la doctrine dominante, de l'exigence de l'acte authentique pour l'inscription du contrat immobilier au registre d'immeubles déduit le caractère solennel du contrat de bail commercial en droit iranien.

⁹¹⁶ M. CHÂHIDI, art. préc., p. 33.

⁹¹⁷ V. art. 25 de la loi de l'inscription des actes et immeubles ; art. 46 de la loi de 1937 relatives au bureau des actes authentiques, Recueil des lois et des dispositions juridique, p. 950 ; art. 3, 4 et 5 de la loi de 1954 relative aux erreurs commises dans l'inscription, Recueil préc., p. 930 ; art. 71 de la loi de 1975 relatives aux bureaux des actes authentiques, Recueil. Préc., p. 937.

⁹¹⁸ Cet organe est dénommé « l'organisation de l'inscription des actes et immeubles ». Il ne dépend pas comme la conservation des hypothèques en droit français du ministère de la finance mais de l'autorité judiciaire.

tiers⁹¹⁹. Il est quand même intéressant de savoir que les deux sanctions, malgré toutes leurs différences, aboutissent pratiquement presque au même résultat.

§ 2- L'inopposabilité probatoire du contrat non inscrit aux tiers.

565. Les articles 22 et 48 de la loi sur l'inscription des actes et immeubles de 1931 constituent la base légale de cette sanction⁹²⁰.

Aux termes de l'article 22, « Dès qu'un immeuble a régulièrement été inscrit au registre d'immeubles, pour l'Etat son propriétaire est seulement celui au nom de qui l'immeuble a été inscrit, ou celui à qui l'immeuble a été transféré quand ce transfert a été inscrit au registre, ou celui à qui l'immeuble a été transmis par la succession d'un propriétaire au nom de qui l'immeuble avait été inscrit ».

Aux termes de l'article 48, « L'acte qui, selon les articles précédente, aurait du être inscrit mais qui n'a pas été inscrit, ne sera pas admis dans les administrations et tribunaux ».

566. L'interprétation de ces deux articles a suscité beaucoup de débats en droit iranien. En effet, la question principale qui s'est posée était de savoir si, selon ces deux articles, la non-

⁹¹⁹ Pour classification de l'inopposabilité en inopposabilité substantielle et inopposabilité probatoire, Cf. supra. N° 117, p. 159.

Comme une objection, on pourrait nous dire qu'en pratique l'inopposabilité substantielle implique l'inopposabilité probatoire implique l'inopposabilité substantielle. Alors, il n'est pas exact d'opposer le droit français au droit iranien sur ce point.

Nous ne nions pas le rapport existence entre ces deux notions. Nous disons simplement que la différence entre la solution des deux droits consiste dans le fait qu'en droit français c'est par l'inopposabilité substantielle que l'on arrive à l'inopposabilité probatoire tandis qu'en droit iranien c'est par l'inopposabilité probatoire que l'on arrive à l'inopposabilité substantielle.

⁹²⁰ A ces deux articles, il faut également ajouter l'art. 117 de même loi selon lequel : « Toute personne qui, après avoir accordé un droit à une ou plusieurs autres au sujet d'un bien (meuble ou immeuble) par un acte authentique ou sous seing privé, fait une convention ou une obligation incompatible au sujet du même bien par un acte authentique, sera condamnée à 3 jusqu'à 10 ans de prisons avec les travaux forcés ».

On doit quand-même préciser que, malgré la généralité des termes employés dans cet article, le conseil général de la Cour de cassation dans un arrêt a déclaré qu'en matière immobilière cet article ne s'appliquait pas au cas où une personne concluait deux baux successifs mais l'une par un acte sous seing privé et l'autre par un acte authentique. En effet, la Cour de cassation a estimé qu'un acte sous seing privé, selon l'art. 48 de la loi de l'inscription des actes et immeubles, n'avait pas la force de créer un droit incompatible avec un droit qu'un acte authentique crée : L'arrêt n° 43, 31.10.1972, J. O. n° 8144, 5.1.1972, cité par M. CHÂHIDI, art. préc., p. 23. En ce sens, V. également l'arrêt n° 1930, 10.7.1960, Recueil de la jurisprudence Kayhan, Les arrêts du conseil général de la Cour de cassation depuis 1949 jusqu'à 1963, T.1, Les arrêts pénaux, 2^{ème} éd., 1974.

Pour critique de cet arrêt, V. CHAHIDI, art. préc., pp. 23 et s.

inscription affectait seulement la valeur probatoire d'un contrat de bail immobilier ou si elle affectait également sa valeur substantielle en tant que moyen d'acquisition du droit de bail commercial. Deux réponses ont été données à cette question :

Certains auteurs ont soutenu que la non-inscription affectait non seulement la valeur probatoire d'un contrat de bail immobilier ne sera pas un contrat valable apte à transférer le droit de preneur tant qu'il n'est pas inscrit⁹²¹.

Mais la majorité des auteurs ont soutenu que la non-inscription affectait seulement la valeur probatoire d'un contrat de bail immobilier et non point sa valeur substantielle⁹²². La jurisprudence iranienne aussi, a affirmé cette deuxième réponse⁹²³.

567. Or, cette réponse a amené avec elle une autre question : celle de savoir dans quelle mesure la non-inscription affectait la valeur probatoire du contrat. Dans la réponse à cette question, la doctrine iranienne s'est de nouveau divisée en deux :

⁹²¹ Ces auteurs ne disent cependant pas tous que ce contrat sera nul. Certains d'entre eux disent seulement qu'un tel contrat ne peut pas être considéré comme un contrat de bail ; ils le qualifient comme une promesse de bail commercial. V. Y. NOWBAKHTE, *Les idées juridiques, Les questions posées dans les tribunaux de Téhéran entre les années 1983 et 1989*, 2^{ème} éd., Kayhân, 1989, n° 95, p. 108, l'avis de la minorité. Il paraît que N. KATOUIZIAN aussi est partisan de cette idée. Par contre, V. AMIRI GHAEME MAGHAMI, *op. cit.*, p. 66 qui parle clairement de la nullité du contrat non-inscrit.

⁹²² M. CHÂHIDI, *Le bail d'immeuble sans rédaction de l'acte authentique*, art.préc., surtout pp. 17 à 20 ; CHAHRI, *op. cit.*, p.227 ; JAFARI LANGROUDI, *Droit des obligations*, T.1, *op. cit.*, pp.57-58 ; *L'encyclopédie du droit civil et commercial*, T.1, *op. cit.*, p. 539 ; T.4, pp. 646-647 ; *L'influence de la volonté en droit civil iranien*, *op. cit.*, n° 663, p. 244 ; EMAMI, *Droit civil*, T.1, *op. cit.*, pp.174-175 ; T.4, *op. cit.*, p.70 ; SAFAÏ H., *op. cit.*, pp.44-45, 188.

⁹²³ Ainsi, dans deux arrêts successifs, l'un rendu 9.10.1948, la quatrième chambre de la Cour de cassation a affirmé que si preneur arrivait à prouver par un autre moyen que son contrat, par exemple par l'aveu du locataire, qu'il avait transféré l'immeuble du preneur, les juges du fonds ne pouvaient pas se baser sur les dispositions de la loi de l'inscription des actes et immeubles de 1931 pour nier le droit de preneur sur l'immeuble : l'arrêt n° 1252, cité par JAFARI LANGROUDI, *Encyclopédie...*, T.1, *op. cit.*, loc. cit. et SAFAÏ, *op. cit.* ; L'arrêt n° 594, *Recueil de la jurisprudence*, A. MATIN, p.127. V. également, Cass. 9^{ème}, 28.9.1985, L'arrêt n° 267, *Le Code civil dans les arrêts de la Cour de cassation*, M. NIKFAR, Kayhan, 1992.

Le bureau juridique du ministère de la justice aussi, dans un avis purement consultatif, a pris position en faveur de cette interprétation. D'après cet avis, un acte qui, selon les dispositions de la loi de l'inscription des actes et immeubles, aurait dû être inscrit mais qui n'a pas été inscrit ne peut pas être admis comme un moyen de preneur ; or, cela n'empêche pas que l'opération juridique que présentait cet acte puisse être prouvée par un autre moyen de preuve. Ainsi, s'agissant d'un contrat de bail immobilière, si le locataire avoque qu'il a baix son immeuble à preneur, preneur doit être considéré comme locataire de l'immeuble : *Recueil des avis consultatifs du bureau juridique du ministère de la justice dans les affaires civiles depuis 1979*, J. O., G. CHAHRI – A. HOSSEIN ABADI, n° 446, p. 385, L'avis n° 3675, 1.11.1983 ; n° 445, p. 384, n° 3914, 6.11.1983.

Cet arrêts et cet avis correspondent, certes, au conflit opposant les parties elles-mêmes du contrat mais ils nous montrent d'une manière générale que pour la jurisprudence iranienne la non-inscription n'a aucune incidence sur la valeur substantielle du contrat.

Certains ont soutenu que la non-inscription affectait la valeur probatoire du contrat seulement à l'égard des tiers⁹²⁴. En effet, d'après eux, si un conflit se produit entre les parties du contrat elles-mêmes, c'est-à-dire entre locataire et preneur, la non-inscription ne les empêche pas de se prévaloir du contrat ; ce contrat n'a sûrement pas même valeur qu'un contrat inscrit, c'est-à-dire qu'il ne fait pas immédiatement foi de l'existence du bail⁹²⁵, mais peut pourtant constituer un moyen de preuve. En revanche, lorsqu'un conflit se produit entre deux preneurs successifs, autrement dit lorsque l'intérêt d'un tiers vient en jeu, la non-inscription empêche qu'un contrat non-inscrit puisse être invoqué comme un moyen de preuve du transfert.

568. La majorité des auteurs ont, par contre, soutenu que la non-inscription affectait totalement la valeur probatoire du contrat, à l'égard des tiers aussi bien qu'entre les parties⁹²⁶. Ainsi, selon eux, non seulement lorsqu'un conflit se produit entre des preneurs successifs d'un immeuble mais aussi lorsqu'un conflit se produit entre les parties elles-mêmes du contrat, un contrat non-inscrit ne peut point être invoqué comme un moyen de preuve⁹²⁷.

Les arrêts de la Cour de cassation vont, à notre connaissance⁹²⁸, dans ce sens.

Laissons de côté la divergence qui existe chez les auteurs appartenant couramment à la majorité au sujet de l'effet de la non-inscription qui nous intéresse ici c'est son effet à l'égard des tiers, et là-dessus ces auteurs sont unanimement d'accord pour affirmer que la non-inscription rend le contrat probatoire inopposable aux tiers⁹²⁹.

⁹²⁴ M. CHÂHIDI, art. préc., pp. 17 à 20, 34 et s. V. également NOWBAKHTE, Les idées juridiques, op. cit., n° 95, p. 108, L'avis de la majorité.

⁹²⁵ En effet, pour faire foi de l'existence du bail entre les parties, un contrat non-inscrit contrairement à un contrat inscrit, a besoin d'être reconnu par l'adversaire ou vérifié par le juge.

⁹²⁶ CHAHRI, op. cit., loc. cit. ; JAFARI LANGROUDI, Droit des obligations, T.1, op. cit., loc. cit., L'encyclopédie du droit civil et commercial, T.1, op. cit. ; T.4, op. cit., loc. cit. ; L'influence de volonté en droit civil iranien, op. cit. ; EMAMI, Droit civil, T.1, op. cit., loc. cit., SAFAÏ H., op. cit., loc. cit.

⁹²⁷ L'inopposabilité du contrat en tant qu'un moyen de preuve produit pourtant d'après ces auteurs des effets différents dans le procès selon que le conflit se limite aux parties elles-mêmes du contrat ou qu'il comprend aussi un tiers : dans le premier cas le demandeur peut prouver son allégation par un autre moyen de preuve tel que l'aveu et le témoignage, tandis que dans le deuxième cas, comme l'on verra du texte, il ne peut même pas faire cela ; ce qui signifie qu'il va perdre le procès. A ce propos, N. KATOUZIAN, Les contrats translatifs de preneur, n° 177, pp. 258 à 260.

⁹²⁸ En raison de la non-publication officielle des arrêts, il est très difficile en droit iranien de faire une recherche vraiment fiable sur la position jurisprudentielle. Par exemple à propos de la question dans le texte nous n'avons pu que nous référer aux ouvrages doctrinaux.

⁹²⁹ A propos de l'analyse juridique de cette inopposabilité, il y a pourtant une petite divergence au sein de la doctrine iranienne : certains se basent seulement sur l'art. 1305 C. civ. iranien (équivalent de l'art. 1328 C. civ. Français) et parlent de l'inopposabilité de la date du contrat non-inscrit aux tiers ; la majorité se base, par contre, sur l'art. 48 de la loi de l'inscription des actes et immeubles et parle de l'inopposabilité du contrat lui-même aux tiers, Pour la première idée, V. CHAHIDI, art. préc., loc. cit. pour la deuxième idée, V. CHAHRI, op. cit. ;

Mais que signifie au juste cette affirmation en droit iranien ? Est-ce seulement que celui qui n'a pas fait inscrire son contrat doit chercher un autre moyen de preuve pour prouver son droit ou que celui-ci, même s'il présente un autre moyen preuve, perdra en tous cas son droit ?

569. Les auteurs iraniens ont unanimement choisi la deuxième possibilité. D'après eux, dans un conflit opposant deux preneurs successifs, lorsque seul l'un des deux preneurs a fait inscrire son contrat, celui qui ne l'a pas fait ne peut invoquer ni son contrat ni non plus aucun autre moyen de preuve : peu importe que cet autre moyen de preuve soit le témoignage, la présomption judiciaire, le serment ou son aveu. S'agissant du témoignage, c'est parce que selon l'art. 1309 C. civil iranien on ne peut pas invoquer un témoignage⁹³⁰ contre un acte authentique, s'agissant de la présomption judiciaire et du serment, parce selon les articles 1324 et 1325 Code civil ils ne peuvent être pris en considération que dans les litiges où la preuve testimoniale est admise⁹³¹, et enfin s'agissant de l'aveu du locataire, parce que selon les articles 12 1275 C. civ. Son aveu peut être efficace seulement contre lui et non contre un tiers⁹³².

570. Ainsi, comme on le constate, au sujet des tiers l'inopposabilité probatoire le droit iranien arrive pratiquement au même résultat que l'inopposabilité substantielle : de droit français dans un conflit opposant deux preneurs successifs deux droits donnent respectivement la priorité à celui qui a fait inscrire ou publier contrat⁹³³.

JAFARI LANGROUDI, Droit des obligation T.1, op. cit. ; L'encyclopédie du droit civil et commercial, T.1, op. cit., loc. cit. ; T.4, op. cit., cit. ; L'influence de la volonté en droit civil iranien, op. cit., loc. cit. ; EMAMI, Droit civil, T.1, cit.,loc. cit. ; T.4, op. cit., loc. cit. ; SAFAI, op. cit., loc. cit.

Cette divergence nous paraît peu importante, car sur le plan pratique l'inopposabilité de la date de contrat aux tiers implique nécessairement l'inopposabilité du contrat tout entier aux tiers.

⁹³⁰ Art. 1309 : Ne saurait être prouvé par témoins l'allégation contraire au contenu d'un acte authentique ou d'un acte dont la validité a été constatée par le tribunal.

⁹³¹ Art. 1324 : « Les présomptions laissées à l'appréciation du juge sont des circonstances découlant de fait même dont il est saisi. Elles ne sont prises en considérations que dans les litiges où la preuve testimoniale est admise ou lorsqu'elles viennent compléter d'autres preuves ».

Art. 1325 : « Dans les litiges où la preuve testimoniale est admise, le demandeur peut faire dépendre le jugement de la cause du serment du défendeur qui nie sa demande ».

⁹³² Art. 1259 : « L'aveu est la déclaration d'un droit en faveur d'autrui et au préjudice du déclarant lui-même ».

Art. 1275 : « Celui qui avoue un droit en faveur d'autrui est tenu par son aveu ».

⁹³³ Le droit iranien s'éloigne quand-même du droit français sur les deux points suivants :

Mais pourquoi le droit iranien n'a pas choisi l'inopposabilité substantielle comme sanction ? Parce qu'en droit iranien on n'a pas pu admettre cette idée que quelqu'un puisse être locataire d'un bien à l'égard de certains mais pas l'égard de tout (tiers)⁹³⁴, ce à quoi l'inopposabilité substantielle aboutit alors que l'inopposabilité probatoire y échappe : dans l'inopposabilité probatoire, preneur devient locataire du bien à l'égard de tous mais le problème est qu'il ne peut pas prouver cette location.

1- En droit iranien, si celui qui a fait inscrire son contrat avoue qu'il a acquis son droit ultérieurement l'autre preneur, il perdra le procès : il est cependant peu probable qu'un tel cas se produise en pratique.

2- En droit iranien, celui qui a fait inscrire son contrat gagnera le procès, même s'il s'établit, par un moyen de preuve autre que son aveu, que lors de la conclusion de ce contrat il a eu connaissance de l'existence d'une bail antérieure.

⁹³⁴ V. N. KATOUZIAN, Les règles générales du contrat, T.1, op. cit., n° 144, p.283. Certains auteurs français ont fait allusion, eux aussi, à ce problème.

Conclusion deuxième partie

L'étude comparée du statut juridique de la destination contractuelle du bail et la cession de contrat en matière de bail commercial est une source d'enseignements. Son intérêt majeur était d'examiner comment, à partir d'un point de vue général opposé – volonté d'adaptation dans un cas, souci de permanence dans l'autre -, deux ordres juridiques pouvaient être amenés à aborder cette question essentielle du bail commercial.

La destination contractuelle des lieux peut revêtir deux visages. Elle peut être un facteur supplémentaire de rigidité dans la délimitation du périmètre d'application du statut des baux commerciaux en venant s'ajouter à l'exigence légale de commercialité des lieux. A l'inverse, elle peut être définie largement et se réserver des modalités simplifiées de modification afin d'offrir davantage de flexibilité au rapport locatif.

Dans les deux hypothèses, la destination contractuelle des locaux est un élément cumulatif et indissociable de l'usage légal des locaux. Ces deux éléments assurent la ligne de fonctionnalité des locaux avec, il faut en convenir, une certaine rigidité. Néanmoins, la fonctionnalité des locaux s'aménage des espaces de flexibilité afin de faire prévaloir son efficacité sur l'impérativité des textes. L'étude des caractéristiques fonctionnelles de l'immeuble laisse apparaître que l'ensemble des normes énoncées répondent à un souci d'équilibre contractuel et économique. En effet, la police de l'habitat intervient principalement en vue de permettre que chacun puisse se loger sans contraintes disproportionnées. De nos jours, le constat de l'excédent de demande sur l'offre de logements conduit, certes, à l'inflation des loyers et du secteur immobilier en général, mais elle tend également parfois à des aberrations nécessitent l'intervention d'une loi afin d'essayer de prétendre à la faculté d'obtenir un logement dit décent⁹³⁵.

⁹³⁵C. Denizot, Bail commercial et logement décent : AJDI 12/2007, p. 922 et suiv. Concernant CA Grenoble, 28 juin 2006 et CA Agen, 13 septembre 2006. J. Moneger, A propos de l'obligation de délivrer un logement décent : D. 2005, n° 5, p. 305; même auteur, Modernisation sociale et décence du logement : Loyers et copr. 2002, n° 3, repère, p. 3 ; même auteur ; De la décence en droit de l'habitat et des baux : Loyers et copr. 2001, n° 2, repère, p. 3.

Ce sujet prévu par le droit français, n'existe pas en tant qu'une loi dans le droit iranien, et uniquement quelques activités professionnelles de cet avantage. Ceci est une des différences des deux lois, mais en Iran selon les réglementations de la mairie, il est possible de changer l'usage d'un local. En Iran comme en France il appartient à la mairie de décider si ceci ne gênera pas le voisinage. En plus en France le copropriétaire aussi doit donner son accord sur ce changement. Donc malgré la différence des deux lois, le déroulement de ce changement la démarche administrative à faire reste semblable. On comprend aisément cette réglementation de l'habitat qui souhaite préserver le nombre de logements existants, voire en récupérer d'autres.

Pour autant, la logique entreprise est insuffisante. Il convient d'en changer, notamment en admettant que certains logements d'habitation doivent être reclassés dans la catégorie des locaux à usage autre lorsque ceux-ci sont inoccupés pour des raisons de complaisance ou de commodité, mais aussi, tout simplement parce que ce lieu ne permet pas d'y vivre convenablement. De plus, certains locaux, laissés à l'abandon, ne sauraient être réhabilités en vue de leur location future. Dès lors, en ouvrant la faculté aux promoteurs d'utiliser ces locaux en vue d'un usage professionnel, le législateur permettrait à des personnes âgées de faire revivre un quartier.

En revanche, il convient de saluer pour son pragmatisme la réglementation applicable aux baux mixtes, ainsi que les normes régissant la création d'une activité dans un logement d'habitation, ces mesures tendent à simplifier les rapports locatifs et à favoriser l'expansion économique. De même, si le droit du preneur à la déspecialisation restreinte reste quelque peu critiquable en raison de son caractère absolu, le droit de la déspecialisation plénière, choquant de prime abord, se révèle particulièrement raisonnable et favorable économiquement à chacune des parties. Il apparaît ainsi que le critère fonctionnel revêt deux aspects, l'un légal, l'autre conventionnel, qui se complètent et s'appliquent cumulativement aux locaux. L'usage du bien est un élément de rigidité dans la détermination du domaine d'application du statut des baux commerciaux.

Il établit la commercialité des locaux qui constitue le préalable indispensable à l'application du statut des baux commerciaux. Les parties ne peuvent que resserrer ou étirer

cette commercialité. Ainsi, l'ordre public légal et conventionnel attaché à la détermination des locaux pouvant faire l'objet d'un bail commercial peut être apprécié comme un élastique qu'il faut apposer à l'objet du bail sans le rompre. Aussi, entre rigidité et flexibilité, la commercialité des locaux revêt les attributs de l'élasticité servant ainsi le domaine d'application des baux commerciaux. Il est intéressant de noter que la définition légale de déspecialisation dans les lois iraniennes et française sont les même. On peut constater que la loi iranienne est plus influencée par la loi française que par les lois du Charia. Le Code civil a été donc rédigé en considération des besoins de société, qui sont plus ou moins semblables pour tous les pays. La seule différence est qu'en France le bailleur doit déclarer officiellement ceci au locataire, mais en Iran cette déclaration se fait par les autorités judiciaires.

Dautre part, dans les règlements iraniens et français, des similitudes sont constatées et il semble que dans les deux systèmes, la jurisprudence ait complété la loi. Ainsi, elle a proposé des solutions pertinentes pour une des parties (le locataire) dans deux domaines spécifiques, celui de la cession de contrat et celui du changement unilatéral de destination, le statut des baux commerciaux a voulu créer des règles dérogatoires par rapport au droit civil. Ainsi, la cession de contrat ne peut être interdite à l'acquéreur du fonds de commerce, et le preneur peut modifier unilatéralement la clause de destination.

Cependant, ces dérogations sont écartées progressivement par les parties et la jurisprudence, qui cherchent à retrouver l'application du droit civil. Le droit spécial s'efface donc au profit du droit civil. La solution est certaine pour la cession du bail commercial à l'acquéreur du fonds, puisqu'en autorisant de multiples stipulations limitant le droit de céder, les juges reviennent progressivement à l'application de l'article 1717 du Code civil français aussi l'article 474 du Code civil iranienne, qui admet les exceptions à la libre cession. Elle l'est tout autant pour le changement de destination. Les procédures de déspecialisation partielle et plénière tendent à décliner au profit du retour du droit civil. L'accord des parties sur la modification de la destination apporte en effet une sécurité non négligeable à la relation contractuelle.

Quelle est la raison principale de l'effacement de ces règles dérogatoires au profit du droit civil? Car elles ne sont toujours pas adaptées à la situation, soit parce qu'elles posent des conditions d'application trop restrictives, on songe à la déspecialisation, soit parce qu'elles

oublie de faire participer le bailleur à l'opération projetée par le preneur, comme c'est le cas dans la cession.

En étudiant le droit iranien, il semble que du transfert de contrat de bail commercial au tiers, selon le code civil est la possibilité, et que les lois relatives à la place de changements qui s'est passé avant la révolution Islamique et après la révolution Islamique, été une différence conditions. Sur le fondement des article que, en malgré a confirmé l'autorisation de transfert sera selon l'article 474 du Code civil, Mais selon l'article 10 de la loi 1977, Cette commande a été changé. Et puis la révolution Islamique et les nouvelles règles de la religion et la charia. En 1997, la loi prévoit expressément que les baux concernant les locaux d'affaires et résidentiels et commerciaux et fonds de commerce ... seraient soumis au code civil Et les conditions du contrat entre propriétaire et locataire (liberté contractuelle) Après tous les lieux que juste avant l'année 1997, est encore soumis les contrat avant le 1997 tel que la loi 1977 à Après avoir laissé le transfert du bail Par le locataire d'un tiers. Sauf si elle est prise dès son Après le transfert à un tiers, comme le droit civil français, mais reconnu l'existence d'une loi spécifique (Code commerce en français et la loi 1977 iranienne) avec le jurisprudence. En dépit de la liberté contractuelle en Iran était meilleure deviner par la législateur.

Il ressort de ces constatations que deux domaines spécifiques, celui de la cession de contrat et celui du changement unilatéral de destination, le statut des baux commerciaux a voulu créer des règles dérogatoires par rapport au droit civil. Ainsi, la cession de contrat ne peut être interdite à l'acquéreur du fonds de commerce, et le preneur peut modifier unilatéralement la clause de destination.

Cependant, ces dérogations sont écartées progressivement par les parties et la jurisprudence, qui cherchent à retrouver l'application du droit civil. Le droit spécial s'efface donc au profit du droit civil. La solution est certaine pour la cession du bail commercial à l'acquéreur du fonds, puisqu'en autorisant de multiples stipulations limitant le droit de céder, les juges reviennent progressivement à l'application de l'article 1717 du Code civil français au même concept l'article 474 du Code civil iranienne, qui admet les exceptions à la libre cession. Elle l'est tout autant pour le changement de destination. Les procédures de déspecialisation partielle et plénière tendent à décliner au profit du retour du droit civil.

L'accord des parties sur la modification de la destination apporte en effet une sécurité non négligeable à la relation contractuelle.

Quelle est la raison principale de l'effacement de ces règles dérogatoires au profit du droit civil? Car elles ne sont toujours adaptées à la situation, soit parce qu'elles posent des conditions d'application trop restrictives, on songe à la déspecialisation, soit parce qu'elles oublient de faire participer le bailleur à l'opération projetée par le preneur, comme c'est le cas dans la cession.

D'autre part, le statut des baux commerciaux ne peut s'appliquer au contrat que lorsque l'immeuble remplit les critères matériel et fonctionnel assurant ainsi la fonctionnalité commerciale des locaux. En cela, ces critères peuvent paraître restreindre le domaine d'application du statut. Pour autant, il n'en est rien. En effet, le statut a vocation depuis son origine à assurer la stabilité d'une exploitation commerciale. Dès lors, il est nécessaire que l'immeuble puisse abriter le fonds de commerce. A défaut, l'exploitation n'est pas possible. Cette condition de commercialité s'applique principalement à l'égard du bailleur. Elle pose une restriction à sa faculté de mise à bail.

Pour autant, cette restriction est nécessaire. On ne comprendrait pas que le bailleur mette à la disposition d'un commerçant un local ne lui permettant pas l'exercice de son activité. D'ailleurs, dans une telle hypothèse, le preneur aurait la faculté de rompre le contrat sur plusieurs fondements. C'est en cela que la commercialité de locaux constitue un préalable indispensable à la mise à bail des locaux sous le régime des baux commerciaux. La commercialité inhérente aux locaux mis à bail est incontestable dans son principe. Les locaux méritent amplement leur qualificatif de commerciaux au regard tant de leurs caractéristiques matérielles que fonctionnelles. Force est de constater que le critère fonctionnel prend le pas sur le matériel et façonne même ce dernier.

En effet, l'ensemble des normes envisagées a vocation à s'appliquer uniquement, semble-t-il, aux espèces relevant d'une définition stricte du bail commercial. Mais, n'est-ce pas là le champ d'application naturel du statut des baux commerciaux ? Pourtant, comme cela a été relevé, il s'agit d'une base propre à une hypothèse particulière mais généralisable. Ainsi, l'ensemble des développements précédents sont transposables aux extensions ouvertes par le statut des baux commerciaux sous réserve de certaines adaptations eu égard aux activités

envisagées. En cela, l'immeuble doit être apte à abriter l'exploitation d'un fonds de commerce ou être indispensable à l'exploitation. Ce critère matériel est complémentaire du critère fonctionnel. Ce sont deux conditions cumulatives requises de l'immeuble même si le premier trouve sa cause dans le second. De l'autre côté, ces lois ne doivent pas créer des problèmes pour les autres. La mairie ne peut pas déterminer de façon définitive qu'un changement d'usage n'occasionnera pas de dérangement pour les voisins résidants. Les deux systèmes traitent ce sujet de même manière, à la différence qu'en France ceci est fait suivant la loi, ce qui crée un droit pour le commerçant vis-à-vis des autres résidants, mais en Iran, l'absence d'une loi explicite donne la priorité aux autres habitants. Le législateur français a voulu favoriser la croissance, ce qui est très important, mais on ne peut pas négliger les problèmes occasionnés.

Au terme de ces développements, le constat de l'exigence de respect de la condition de commercialité des locaux s'impose en qualité de préalable indispensable à la conclusion d'un bail commercial. Les caractéristiques exigées de l'immeuble ou du local sont la conséquence de l'hébergement d'une activité commerciale dans les lieux loués. En effet, l'exercice de cette activité façonne les caractéristiques de l'immeuble afin d'assurer l'efficacité et la poursuite de celui-ci. Le statut des baux commerciaux poursuit la même finalité. Il convenait donc d'appliquer les effets de la commercialité à l'objet du bail commercial. La commercialité de l'activité exercée dans les lieux loués est la condition nécessaire à l'application du statut des baux commerciaux. Elle ne saurait être négligée dans le cadre de l'étude du domaine d'application du statut des baux commerciaux puisqu'elle en constitue le facteur causal.

Conclusion générale

En comparant les réglementations des baux commerciaux en Iran et en France, on s'aperçoit que le droit français a été rédigé en considérant les besoins de la société, mais le droit iranien qui est sous l'influence des droits étrangers, y compris la loi française, est partagé entre les besoins et les conditions sociales et culturelles de la société d'un côté et les pensées religieuses de l'autre. C'est pour cette raison que l'auteur a choisi de comparer ces deux droits afin de définir leurs avantages et inconvénients respectifs.

De plus les années de l'expérience sur le terrain en Iran ont permis à l'auteur de voir les problèmes causés par la loi iranienne pour le propriétaire et le locataire. En comparant les droits iraniens et français, on peut constater certaines différences considérables entre les deux. Les différences les plus marquantes entre ces deux droits sont les suivantes :

1- En France, le renouvellement du bail commercial ainsi que la sous-location commerciale trouvent tous deux leurs fondements dans le droit civil. L'un d'eux trouve son origine dans le droit des biens, et l'autre ne fait qu'appliquer le droit commun des contrats. Cela limite alors singulièrement l'originalité du statut des baux commerciaux. Mais comme il a été souligné par nos études, les conditions de renouvellement en Iran et en France sont très différentes. L'obligation de renouvellement du contrat par la loi française semble être très pesante pour le propriétaire. En effet, la durée minimale de 9 ans exigée par la législation française, et ce en dehors de volonté du propriétaire, est trop longue. De l'autre côté, le silence de la loi iranienne sur ce sujet peut entraîner la perte des droits du locataire mais aussi de sa clientèle surtout en cas de mauvaise entente entre les parties. Le locataire peut très difficilement prévoir le déroulement de ces activités professionnelles en l'absence de garantie quelconque sur la durée du bail. Il semblerait alors qu'un compromis entre les deux lois peut être la meilleure solution.

La différence principale trouve son origine dans les convictions du législateur. En France, on privilégie la croissance économique et les droits du locataire notamment pour préserver sa clientèle, tandis qu'en Iran on privilégie la liberté contractuelle et les droits de propriété. Les deux lois reconnaissent au propriétaire le droit d'augmenter le loyer tous les trois ans. Sauf qu'en France s'il souhaite expulser le locataire il doit attendre la fin de la durée

de trois ans et verser une indemnité d'éviction au locataire. Mais en Iran, dès la fin du contrat et en absence de pas-de-porte, il peut expulser son locataire. Cependant, si au moment de la signature du bail, le pas-de-porte a été versé, le propriétaire doit verser des indemnités au locataire, mais le montant de ces indemnités est calculé différemment qu'en France. En effet, ce montant dépend de la valeur locative n'est-ce pas plutôt locative des propriétés commerciales du quartier en question. Ces lois sont certes différentes mais présentent aussi des ressemblances.

2- En ce qui concerne la cession de contrat et l'absence d'une loi sur ce sujet en Iran, la cession est uniquement valable si elle est acceptée (accordée) par le tribunal. En France aussi, même en présence d'une loi sur la cession du contrat, en cas de litige, c'est au tribunal qui revient de décider sur la validité de la cession. Donc les deux lois sont différentes, car en France la loi sur la cession du contrat existe, mais en Iran aucune loi équivalente n'a été adoptée.

Mais les deux Droits présentent tout de même des ressemblances, car il semble que dans les deux systèmes, la jurisprudence ait complété la loi. Ainsi, elle a proposé des solutions pertinentes pour une des parties (le locataire) dans deux domaines spécifiques, celui de la cession de contrat et celui du changement unilatéral de destination, le statut des baux commerciaux a voulu créer des règles dérogatoires par rapport au droit civil. Ainsi, la cession de contrat ne peut être interdite à l'acquéreur du fonds de commerce, et le preneur peut modifier unilatéralement la clause de destination.

Cependant, ces dérogations sont écartées progressivement par les parties et la jurisprudence qui cherchent à retrouver l'application du droit civil. Le droit spécial s'efface donc au profit du droit civil. La solution est certaine pour la cession du bail commercial à l'acquéreur du fonds, puisqu'en autorisant de multiples stipulations limitant le droit de céder, les juges reviennent progressivement à l'application de l'article 1717 du Code civil français et de l'article 474 du Code civil iranien, qui admet les exceptions à la libre cession. Elle l'est tout autant pour le changement de destination. Les procédures de déspecialisation partielle et plénière tendent à décliner au profit du droit civil. L'accord des parties sur la modification de la destination apporte en effet une sécurité non négligeable à la relation contractuelle.

Quelle est la raison principale de l'effacement de ces règles dérogatoires au profit du droit civil? Elles ne sont toujours pas adaptées à la situation, soit parce qu'elles posent des conditions d'application trop restrictives, on songe à la déspecialisation, soit parce qu'elles oublient de faire participer le bailleur à l'opération projetée par le preneur, comme c'est le cas dans la cession.

3- En étudiant le droit iranien, il semble que le transfert de contrat de bail commercial à un tiers, été possible selon le Code civil, et avant la révolution Islamique. Après la révolution Islamique, la même disposition du Code civil ont été reconduite mais avec des conditions. Sur le fondement de ces articles la confirmation de l'autorisation de transfert sera définie selon l'article 474 du Code civil. Mais selon l'article 10 de la loi 1977, cette disposition a été changée. Et puis la révolution et les nouvelles règles de la religion et la charia. En 1997, la loi prévoit expressément que les baux portant sur des locaux d'affaires, résidentiels et commerciaux ou encore sur un fonds de commerce ... seraient soumis au Code civil.

Il ressort de ces constatations que deux domaines spécifiques, celui de la cession de contrat et celui du changement unilatéral de destination, le statut des baux commerciaux a voulu créer des règles dérogatoires par rapport au droit civil. Ainsi, la cession de contrat ne peut être interdite à l'acquéreur du fonds de commerce, et le preneur peut modifier unilatéralement la clause de destination.

Cependant, ces dérogations sont écartées progressivement par les parties et la jurisprudence, qui cherchent à retrouver l'application du droit civil. Le droit spécial s'efface donc au profit du droit civil. La solution est certaine pour la cession du bail commercial à l'acquéreur du fonds, puisqu'en autorisant de multiples stipulations limitant le droit de céder, les juges reviennent progressivement à l'application de l'article 1717 du Code civil français et de l'article 474 du Code civil iranien, qui admet tant des exceptions à la libre cession. Elle l'est tout autant pour le changement de destination. Les procédures de déspecialisation partielle et plénière tendent à décliner au profit du retour du droit civil. L'accord des parties sur la modification de la destination apporte en effet une sécurité non négligeable à la relation contractuelle.

Quelle est la raison principale de l'effacement de ces règles dérogatoires au profit du droit civil? Elles ne sont toujours pas adaptées à la situation, soit parce qu'elles posent des

conditions d'application trop restrictives, on songe à la déspecialisation, soit parce qu'elles oublient de faire participer le bailleur à l'opération projetée par le preneur, comme c'est le cas dans la cession.

4- Pour un acteur de marché, preneur à bail commercial, la stabilité, est un facteur déterminant pour le financement de ces investissements de croissance et de modernisation de l'activité. Dans un marché en perpétuelle mutation, les acteurs doivent en permanence adapter leur offre et leur instrument de production. La stabilité permet d'instaurer la confiance, de stimuler l'initiative, de libérer les énergies. Le dynamisme des entreprises du secteur de la distribution, facilité par la stabilité que leur confère le statut des baux commerciaux, permet de pourvoir ce marché d'une offre suffisante et variée pour qu'elle soit effective. Cette stabilité fournit aussi les toutes petites entreprises communément appelées « commerces de proximité », leur permettant de se développer et de faire face aux grandes surfaces. Elle permet d'éviter l'atrophie et l'uniformisation de l'offre sur le marché de la consommation.

5- En France, le statut prévoit une durée minimum légale afin de permettre l'égalité entre preneurs à bail commercial. L'institution d'une durée légale de neuf ans a aussi permis de rétablir l'égalité à l'égard de la propriété commerciale et de la révision légale du loyer entre les preneurs à bail commercial. En Iran, selon la loi de 1997, on reconnaît l'accord entre les parties ; le législateur n'interfère pas dans les affaires. Et c'est le locataire qui doit prévoir le futur au moment de l'écriture du contrat. Cette loi ne souffre désormais que d'une exception pour permettre aux entreprises en situation provisoire ou transitoire d'accéder au marché ou y maintenir leur offre. Toutefois, ce caractère dérogatoire n'a pas vocation à perdurer. Sa mutation en bail statutaire est constatée dès son échéance si le preneur reste et est laissé en possession des lieux. Comme on a vu pour le bail dérogatoire, en France, ces conditions contractuelles n'existent pas. En Iran non plus, ce droit n'a pas été prévu, et dans la pratique, pendant cette durée de 1 mois, il n'y a plus de relation locataire propriétaire entre les parties et il y a seulement l'autorisation d'exploitation.

Facteur de stabilité, le statut des baux commerciaux est aussi un facteur de mobilité sur le marché. Si la stabilité s'avère nécessaire à la compétitivité des entreprises, elle ne préjuge pas de leur mobilité qui est aussi un des versants de la compétitivité. Stabilité et mobilité ne sont pas antinomiques concernant les activités économiques relevant du secteur. Les

entreprises doivent pouvoir changer de mains ou se transporter sur d'autres sites quand c'est possible et souhaité. La législation spéciale du bail commercial à travers ses différentes actualisations, s'est pourvue de moyens lui permettant de faciliter la mobilité des acteurs de marché preneurs à bail. Ce faisant, elle concourt à la dynamique.

6- La préoccupation principale du législateur est de créer des conditions opportunes pour les citoyens. Il le fait en proposant des lois qui, tout en respectant les droits d'autrui, donnent des possibilités de manœuvre aux locataires et propriétaires. Ceci a notamment été prévu par la loi française. Le respect de la police de l'habitat, et des autorisations administratives propres à l'exercice d'une activité commerciale, est une condition préalable et indispensable à la commercialité des locaux. Pour autant, elle est insuffisante. En effet, le local doit avoir une vocation et une destination commerciales. Il s'agit de conditions cumulatives.

La location d'un local à un usage autre ne permet pas l'exercice du commerce dans les lieux loués si le bailleur ne consent pas dans l'acte de bail à l'exercice de cette activité. De même, la détention par le preneur de l'ensemble des autorisations inhérentes à son activité est indifférente à la commercialité des locaux si cette caractéristique lui est niée par le contenu du contrat de bail. C'est en cela que seules la loi et la volonté des parties peuvent cumulativement octroyer aux locaux leur caractère commercial.

D'un autre côté, comme mentionné auparavant, il n'existe pas, en Iran, de loi équivalente à la loi française. Selon l'alinéa 24 de l'article 55 du Code municipal, il existe uniquement quelques exceptions portant sur les professions considérées comme non commerciales, et donc praticables dans les habitations résidentielles. En Iran comme en France, en cas de faute, des peines allant de l'amende civile au délit pénal sont prévues. En Iran, malgré l'absence d'une loi explicite sur ces autorisations, le déroulement du processus de leur obtention est très semblable à celui de la France. Ainsi, l'on peut se rendre à la mairie et obtenir le changement d'usage en versant les frais de ce changement, frais qui seront compensés par une augmentation de la valeur de l'habitat.

En France, comme le changement d'usage est prévu par la loi, après obtention de l'autorisation de changement d'usage, les voisins qui résident dans l'habitation peuvent rencontrer certaines difficultés pour prouver qu'il y a eu des nuisances. Mais, en Iran, comme

l'opération n'est pas conditionnée par l'accord préalable du propriétaire, chacun des voisins peut demander la mise en arrêt des activités commerciales en se prévalant de l'existence de nuisances. Il semblerait donc plus bénéfique que les autorisations de changement d'usage soient limitées aux cas dans lesquels tous les habitants d'un immeuble souhaitent modifier l'usage de leur habitation.

7- La destination contractuelle des lieux peut revêtir deux visages. Elle peut être un facteur supplémentaire de rigidité dans la délimitation du périmètre d'application du statut des baux commerciaux en venant s'ajouter à l'exigence légale de commercialité des lieux. A l'inverse, elle peut être définie largement et se réserver des modalités simplifiées de modification afin d'offrir davantage de flexibilité au rapport locatif. Dans les deux hypothèses, la destination contractuelle des locaux est un élément cumulatif et indissociable de l'usage légal des locaux. Ces deux éléments assurent la ligne de fonctionnalité des locaux avec, il faut en convenir, une certaine rigidité.

Néanmoins, la fonctionnalité des locaux s'aménage des espaces de flexibilité afin de faire prévaloir son efficacité sur l'impérativité des textes. L'étude des caractéristiques fonctionnelles de l'immeuble laisse apparaître que l'ensemble des normes énoncées répondent à un souci d'équilibre contractuel et économique. En effet, la police de l'habitat intervient principalement en vue de permettre à chacun de pouvoir se loger sans contraintes disproportionnées. De nos jours, le constat de l'excédent de la demande sur l'offre de logements conduit certes à l'inflation des loyers et du secteur immobilier en général mais aussi à des aberrations nécessitant l'intervention du législateur afin d'essayer de prétendre à la faculté d'obtenir un logement dit décent.

Ce sujet prévu par le droit français n'existe pas en tant que loi dans le droit iranien. Uniquement quelques activités professionnelles peuvent bénéficier de cet avantage. Ceci est une des différences entre les lois française et iranienne, mais en Iran selon les réglementations de la mairie, il est possible de changer l'usage d'un local. En Iran comme en France il appartient à la mairie de décider si ceci ne gênera pas le voisinage. De plus, en France le propriétaire aussi doit donner son accord sur ce changement. Donc, malgré la différence des deux lois, la démarche administrative à faire reste semblable. On comprend aisément cette

réglementation de l'habitat qui souhaite préserver le nombre de logements existants, voire en récupérer d'autres. Pour autant, la logique entreprise est insuffisante. Il convient d'en changer, notamment en admettant que certains logements d'habitation doivent être reclassés dans la catégorie des locaux à usage autre lorsque ceux-ci sont inoccupés pour des raisons de complaisance ou de commodité, mais aussi, tout simplement parce que ce lieu ne permet pas d'y vivre convenablement.

De plus, certains locaux, laissés à l'abandon, ne sauraient être réhabilités en vue de leur location future. Dès lors, en ouvrant la faculté aux promoteurs d'utiliser ces locaux en vue d'un usage professionnel, le législateur permettrait à des personnes ayant des revenus suffisants de faire revivre un quartier. En revanche, il convient de saluer pour son pragmatisme la réglementation applicable aux baux mixtes, ainsi que les normes régissant la création d'une activité dans un logement d'habitation, ces mesures tendent à simplifier les rapports locatifs et à favoriser l'expansion économique.

De même, si le droit du preneur à la déspecialisation restreinte reste quelque peu critiquable en raison de son caractère absolu, le droit de la déspecialisation plénière, choquant de prime abord, se révèle particulièrement raisonnable et favorable économiquement à chacune des parties. Il apparaît ainsi que le critère fonctionnel revêt deux aspects, l'un légal, l'autre conventionnel, qui se complètent et s'appliquent cumulativement aux locaux. L'usage du bien est un élément de rigidité dans la détermination du domaine d'application du statut des baux commerciaux. Il établit la commercialité des locaux qui constitue le préalable indispensable à l'application du statut des baux commerciaux. Les parties ne peuvent que resserrer ou étirer cette commercialité. Ainsi, l'ordre public légal et conventionnel attaché à la détermination des locaux pouvant faire l'objet d'un bail commercial peut être apprécié comme un élastique qu'il faut apposer à l'objet du bail sans le rompre. Aussi, entre rigidité et flexibilité, la commercialité des locaux revêt les attributs de l'élasticité servant ainsi le domaine d'application des baux commerciaux. Il est intéressant de noter que la définition légale de déspecialisation dans les lois iranienne et française est la même. On peut constater sur ce point la loi iranienne est plus influencée par la loi française que par les lois de la Charia. Le Code civil a été donc rédigé en considération des besoins de société, qui sont plus ou moins semblables pour tous les pays. La seule différence est qu'en France le bailleur doit déclarer officiellement la déspecialisation au locataire. En Iran cette déclaration se fait par les autorités judiciaires.

8- Le statut des baux commerciaux ne peut s'appliquer au contrat que lorsque l'immeuble remplit les critères matériel et fonctionnel assurant ainsi la fonctionnalité commerciale des locaux. En cela, ces critères semblent restreindre le domaine d'application du statut. Pour autant, il n'en est rien. En effet, le statut a vocation depuis son origine à assurer la stabilité d'une exploitation commerciale. Dès lors, il est nécessaire que l'immeuble puisse abriter le fonds de commerce. A défaut, l'exploitation n'est pas possible. Cette condition de commercialité s'applique principalement à l'égard du bailleur. Elle pose une restriction à sa faculté de mise à bail. Pour autant, cette restriction est nécessaire. On ne comprendrait pas que le bailleur mette à la disposition d'un commerçant un local ne lui permettant pas l'exercice de son activité.

D'ailleurs, dans une telle hypothèse, le preneur aurait la faculté de rompre le contrat sur plusieurs fondements. C'est en cela que la commercialité de locaux constitue un préalable indispensable à la mise à bail des locaux sous le régime des baux commerciaux. La commercialité inhérente aux locaux mis à bail est incontestable dans son principe. Les locaux méritent amplement leur qualificatif de commerciaux au regard tant de leurs caractéristiques matérielles que fonctionnelles. Force est de constater que le critère fonctionnel prend le pas sur le matériel et façonne même ce dernier. En effet, l'ensemble des normes envisagées a vocation à s'appliquer uniquement, semble-t-il, aux espèces relevant d'une définition stricte du bail commercial. Mais, n'est-ce pas là le champ d'application naturel du statut des baux commerciaux ? Pourtant, comme cela a été relevé, il s'agit d'une base propre à une hypothèse particulière mais généralisable. Ainsi, l'ensemble des développements précédents sont transposables aux extensions ouvertes par le statut des baux commerciaux sous réserve de certaines adaptations eu égard aux activités envisagées. En cela, l'immeuble doit être apte à abriter l'exploitation d'un fonds de commerce ou être indispensable à l'exploitation. Ce critère matériel est complémentaire du critère fonctionnel. Ce sont deux conditions cumulatives requises de l'immeuble même si le premier trouve sa cause dans le second.

De l'autre côté, ces lois ne doivent pas créer des problèmes pour les autres. La mairie ne peut pas déterminer de façon définitive qu'un changement d'usage n'occasionnera pas de dérangement pour les voisins résidants. Les deux systèmes traitent ce sujet de la même manière, à la différence qu'en France ceci est fait suivant la loi, ce qui crée un droit pour le commerçant vis-à-vis des autres résidants, mais en Iran, l'absence d'une loi explicite donne la

priorité aux autres habitants. Le législateur français a voulu favoriser la croissance, ce qui est très important, mais on ne peut pas négliger les problèmes occasionnés.

Au terme de ces développements, le constat de l'exigence de respect de la condition de commercialité des locaux s'impose en qualité de préalable indispensable à la conclusion d'un bail commercial. Les caractéristiques exigées de l'immeuble ou du local sont la conséquence de l'hébergement d'une activité commerciale dans les lieux loués. En effet, l'exercice de cette activité façonne les caractéristiques de l'immeuble afin d'assurer l'efficacité et la poursuite de celui-ci. Le statut des baux commerciaux poursuit la même finalité. Il convenait donc d'appliquer les effets de la commercialité à l'objet du bail commercial. La commercialité de l'activité exercée dans les lieux loués est la condition nécessaire à l'application du statut des baux commerciaux. Elle ne saurait être négligée dans le cadre de l'étude du domaine d'application du statut des baux commerciaux puisqu'elle en constitue le facteur causal.

9- La propriété commerciale, une notion juridique non abstraite. Même s'il ne s'agit à travers ce vocable que d'une question de louage de chose plutôt que de propriété au sens strict du terme, l'expression propriété commerciale n'était pas aussi inexacte ou aussi dépourvue de contenu que certains prétendaient. En effet, son existence est intimement liée au renouvellement ou non du bail. En droit français, cette propriété instituée en 1909, devenait une réalité ou restait une illusion. Le choix en faveur de sa réalité, c'est-à-dire, sa non limitation permet de conforter l'objectif de l'optimisation de l'aptitude des bénéficiaires du bail commercial.

Ces besoins sont aussi constatés en Iran, mais en plus de la volonté de résoudre les problèmes entre les locataires et les propriétaires, quelques autres considérations comme les politiques du gouvernement et les doctrines religieuses affectent l'adoption des lois. Avant la révolution islamique de 1978, les pensées occidentales et religieuses ont été mélangées et contribuaient à l'adoption des lois jusqu'au 1977. Par exemple l'article 1 de la loi de rajustement du loyer (janvier 1939) ordonne explicitement le renouvellement de tous les baux commerciaux dont la durée a été expirée pour trois ans. Le besoin d'un renouvellement systématique des baux commerciaux était donc bien senti à l'époque. Un autre exemple est l'article 10 de la loi de stabilisation des prix datée de 21 octobre 1943, dit explicitement que le propriétaire ne peut pas refuser de renouveler le bail si le locataire occupe encore les lieux

commerciaux. L'article 5 de la loi relative au bail commercial de 1960 affirme qu'en absence du bail écrit, ou si la durée du bail a expirée, chacune des parties peut demander par une déclaration juridique, le renouvellement et en cas de refus de l'autre partie dans un délai de 10 jours, le demandeur peut aller devant tribunal pour demander ce renouvellement. Après la révolution islamique, et sous l'influence de jurisprudence religieuse, la loi de 1997 reconnaît uniquement la liberté contractuelle et laisse les deux parties décider de la durée du contrat, et les tribunaux peuvent donner leurs avis sur les droits du locataire uniquement en ce qui concerne le fonds de commerce.

Si la finalité ultime de la comparaison entre deux systèmes de droit est un enrichissement mutuel, le mouvement et l'immobilité sont les deux pôles d'une réalité juridique composite.

BIBLIOGRAPHIE FRANCAISE

Articles français

Archevêque J. de Belot P. et Legrand J., La loi du 12 mai 1965 modifiant le statut des baux commerciaux : *Gaz. Pal.* 1965, 2, p. 11.

Archevêque J., J.-M. Legrand et P. de Belot, Remous sur la propriété commerciale, *Gaz. Pal.* 1964, 2^é, p. 83.

Archevêque J., J.-M. Le grand et P. De Belot, Loi du 12 mai 1965 modifiant le statut des baux commerciaux : *Gaz. Pal.* 1965, 2^é, p. 11. Voir également, Fau, Debourain et Béraud, *An. Loyers*, juin-juill. 1965, p. 438 et s.

Archevêque J., J.-M. Legrand et P. de Belot, Remous sur la propriété commerciale, *Gaz. Pal.* 1964, 2^é, p. 84.

Assouline M., « L'affectation des locaux : une réforme en trompe l'œil a propos de l'ordonnance du 8 juin 2005 » : *JCP* 2005, n° 36, actu, n° 458, p. 1547.

Aubert J., Cession de bail commercial : successeur et cession partielle : *Rev. Loyers*, 1992, p. 432.

Aubert J., La pratique de la clause « tout commerce » : *Rev. Loyers* 1990 p. 432. Levy et Cohen-Trummer, La clause d'enseigne : *AJPI* 1992, p. 840.

Auguet Y., Concurrence et clientèle : contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle, *Bibli. Dr. Pr.*, t. 315, *LGDJ* 2000, n° 117, p. 190

Azema-Meunier, Commentaire de la loi du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux : *Rev. Loyers* 1972, p. 5.

Barabe-Bouchard V., « Le droit de l'usufruitier de donner à bail commercial des parcelles agricoles, à propos de Cass. 3^{ème} civ., 2 février 2005 », *JCP N* juin 2005, n° 1303, p. 1077 et s. ; *AJDI* septembre 2005 p. 653.

Barbier J.-D., La pluriactivité ne fait plus obstacle à la qualification de monovalence du local : *Civ. 3*, 29 septembre 2004 : *Bull. Civ. III* n° 158 ; *D.* 2004 A. J. p. 2654, obs.

Barreau-Saliou T., Propriété commerciale et commerces satellites : *JCP.* 1993, N, I, n° 8, p. 196 ; *F. Auque*, op. cit., n° 3, p. 4 ; *G. Ripert et R. Roblot*, op. cit., n° 438, p. 315.

Baudry-Lacantinerie G. et Saignant L., Traité théorique et pratique de droit civil, De la bail et de l'échange, 1900 n° 4, p. 4

Bergel J.-L., Bruschi M. et Cimamonti S., op. cit., n° 48, p. 42.

Bergel L., M. Bruschi et S. Cimamonti, op. cit., n° 36, p. 32 et 33.

Blatter J.-P., Le temps de l'action ou le moment de s'abstenir : AJDI 1999, p. 1219

Blatter J.-P., op. cit., n° 2, p. 317 ; C. Proost et P. Brisard, Repenser le statut des baux commerciaux : Rev. Loyers, 2002, n° 11, p. 266.

Boccaro B. et Lipman-Boccaro D. – Civ. 3, 8 mars 2005 : précité.

Boccaro B., La loi du 12 mai 1965 sur les baux commerciaux : durée des baux ; conditions du renouvellement ; révision ; dispositions diverse, JCP G 1965, I, n° 15, p. 1932.

Boccaro B., La loi du 12 mai 1965 sur les baux commerciaux : durée des baux ; conditions du renouvellement ; révision ; dispositions diverses, JCP G 1965, I, n° 15, p. 1932.

Boulogne-Yang-Ting C., Le bailleur face aux travaux du locataire commerçant dans l'immeuble loué : JCP 2005. I. 131, pp. 721 et s.

Brault P.-H., *Rev. Loyers*, novembre 2004, p. 641.

Brault P.-H., Sur les travaux de rénovation envisagés par le preneur et le refus abusif du bailleur : Loyers et copr. Janvier 1999, p. 4 ; C. Lavabre, art. Préc., p. 46.

Bufnoir C., Propriété et contrat, Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations, Rousseau, 1900, p.40.

Chalvignac F., La rédaction d'un acte juridique : Le bail commercial, 1999, n° 8, p. 4

Chevreux B. et Raunet M., Changement d'affectation de locaux : une réforme en demi-teinte, Le moniteur 5 mars 2004 p. 90.

Corbin H., « Une liturgie Shi'ite du Graal », in : Mélanges d'histoire des religions offerts à Henri-Charles PUECH, Paris : P.U.F., 1974, pp. 81-99

Debouzy D., Vers une harmonisation de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Europe, Thèse, dactyl., Université Pierre Mendès-France, 1992, pp. 104-107.

Derruppé J. ; D. 1997, p. 387, M.- H. Monserié ; RJDA. 1997, n° 574 .

Derruppé, Fonds de commerce et clientèle, in Mélanges Jauffret, LGDI, 1974, p. 233.

Dutrieux D., Ordonnance du 8 juin 2005 relative au logement et à la construction : la réforme attendue des changements d'affectation : JCP N 2005 n° 25, p. 1136, n° 318.

El Ayachi M., La Thèse de doctorat en droit, Les fonds professionnels : contribution à la distinction des activités civiles et commerciales, 2005, N° 640, p.233.

Fau G. et Debeaurain A., Congé en droit commun et abus de droit : Ann. Loyers, 1979, p. 571.

Frison-Roche M.-A., La dialectique entre service public et clientèle : vers une nouvelle régulation : in Clientèle et concurrence : Approche juridique du marché : Credea, Litec 2000, p. 179, sous la direction du Prof. Y. Chaput.

Georges B., la thèse de doctorat en droit, Paris I Pantéon, 1997, p. 64.

Girard P. F., Manuel élémentaire de droit romain, 8^{ème} éd., par F. SENN, libraire Rousseau, 1929, p. 568 et S. i J. ORTOLAN, Explications historiques des Institutes de l'Empereur Justinien. 11^{ème} éd., Paris, 1880, p. 275 et S.

Guillouard L., De la sous-location et de la cession de bail : Rev. Critique, 1882, p. 201.- V. cependant, F. Laurent, op. cit., n° 211, p. 239.

Guillouard L., Traité de la vente et de l'échange, T.1, 2^{ème} éd., Paris, 1890, n° 1, p. 5.

Guyon Y., Droit des affaires, Economica, t. 1, 11^e éd. 2001, n° 690, p. 734.

Hoguet M., JOAN, débats, 1^e séance, 25 juin 1964, p. 2193.

Hoguet M., JOAN, débats, 1^e séance, 25 juin 1964, p. 2193.

Joan, débats, 1^e séance, 25 juin 1964, p. 2193.

Joan, débats, 1^{re} séance, 19 nov. 1964, p. 5500 : « la propriété commerciale peut être considérée comme une des tares majeures de notre système commercial ».

Lafarge P., Baux commerciaux, manuel Dalloz de droit usuel, 1979, spéc. N° 1 et 5, p. 1 et 4.

Lagarde P., Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession de droits : Rev. Critique, 1928, p. 59.

Legrand J.-M. et de Belot P., Remous sur la propriété commerciale, Gaz. Pal. 1964, 2^e, p. 83.

Loussouarn Y., (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de), Cours de droit civil, Le transfert de propriété par l'effet des contrats, Paris, 1969-70, pp. 5 à 8.

MALAURIE Ph. et AYNES L., cours de droit civil, T. VIII, les contrats spéciaux, civils et commerciaux, 9^{ème} éd., Cujas, 1995, n° 60, p. 53.

Malaurie Ph. et L. Aynes L., op. Cit., n° 168, P. 127.

Marion, Une idée fautive, Gaz. Pal. 1960, 2, doct. p. 65.

Maury J., tome 2, Dalloz-Sirey, 1960, p. 559.

Migaud D. : Doc. AN 1999 n° 781, 11^{ème} législature, p. 66 et suiv.

Moneger J. et Kerack H., « Chronique des baux commerciaux » : *JCP N* 2006, n° 3 du 20 janvier 2006 et *JCP E* 2005. 1733.

Moneger J., Bail commercial. Déspécialisation et augmentation de loyer, in *RTD Com.* 01-03/2005, n° 4 p. 5328 ; *D.* 2004. 1669, note Y. Rouquet ; *Loyers et copr.* 2004, n° 368, p. 27

Monéger J., Certitudes et précarité : *Loyers et copr.* Décembre 2003, *Repères* 12, p. 3.

Monéger J., Commentaire sous art. L. 145-5 c. com., *Code des baux*, 18^e éd. Dalloz, 2007.

Monéger J., commentaire sous art. L. 145-9 : *Code des baux*, éd. 2004, p. 696.

Monéger J., Emergence et évolution de la notion de fonds de commerce, in *le fonds de commerce : mythes ou réalités*, 2^e assises de la propriété commerciale organisées par l'AADPC : *AJDI*, n°2 du 10 déc. 2001, p. 1042 et s.

Monéger J., L'après bail commercial : *Actualité des baux commerciaux*, *Loyers et copr.* Novembre 2006, p. 27 à 31.

Overstake J.-F., L'indemnité d'éviction : *RTD com.* 1968, p. 543.

Pelletier, sur [http:// www. Legifrance.gouv.fr/](http://www.Legifrance.gouv.fr/).

Ripert G. / Roblot R., *Traité de droit commercial*, t. 1 – Volume 1, 18^{ème} éd., spéc. N° 601, p. 447, par L. Vogel.

Rouquet Y., *D.* 2003, p. 3051. – Adde : *Cass.* 3^e civ., 16 février 2000 : *Bull. civ.* III, n° 33 ; *D.* 2000, *AJ*, p. 207.

Roux F., *Rev. Loyers*, 2003, p. 231, concernant *Civ.* 3, 27 novembre 2002.

Seiler D., « La comparaison en science politique », *Revue Européenne des sciences sociales*, 1986, p. 110.

Seiler D., « La comparaison en science politique », *Revue Européenne des sciences sociales*, 1986, p. 110.

Serra Y., concurrence déloyale, *Rép. Com.*, Dalloz, spéc. N° 4, p. 3.

Viatte J., La cession du droit au bail : *Rev. Loyers*, 1980, p. 232.

Viatte J., L'exploitation du fonds de commerce et le renouvellement du bail : *Rev. Loyers*, 1980, p. 526.

Viney et Jourdain P., *op. cit.*, n° 438, p. 313 ; J. Bellisant, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligation de moyens et des obligations de résultat*, *LGDJ.* 2001, préface R. Cabrillac, n° 202, p. 116.

Voulet J., « Le changement par le preneur de locaux commerciaux de la destination des lieux » : *Rev. Loyers*, 1958, p. 308.

Y. Rouquet ; *Administrer*, février 2003, p. 32, note J.-D. Barbier ; *Rev. Loyers*, 2003, p. 231, obs. F. Roux.

Zenati F., Clientèles, RTD civ., 1994, p. 639.

Zimmermann R., JOAN, débats, 1^{re} séance, 25 juin 1964, p. 2196.

Ouvrages français

Aguiar de Luque, « *Le contrôle de constitutionnalité des normes dans le « modèle européen de justice constitutionnelle* », in *La Constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 9

Albiges Ch., Le logement familial – Le droit au logement, droit fondamental, p. 259 in *Mélanges DEA, Recherches et travaux*, n° 5, éd. Cahiers des Ecoles Doctorales, Faculté de droit Montpellier, mai 2006.

Alter M., L'obligation de délivrance dans le bail et la vente de meubles corporels, Th., Grenoble, LGDJ., 1972, n° 2, p.9 ; BEUDANT, T. 11, vente, op. Cit., n° 13, p. 10.

Archevêque J., Legrand J.-M. et Ph. De Belot, Loi du 12 mai 1965 modifiant le statut des baux commerciaux, *Gaz. Pal.* 1965, 2^e sem., p. 11.

Auque F., « le bail commercial n'est pas un contrat comme les autres », *rev. Des proc. Coll.*, 1992, n° 2, p. 131.

Azéma J., la durée des contrats successifs, *LGDJ.* 1969, préface R. Nerson, n° 14, p. 10.

Barak A., « Constitutional Interpretation », in *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 100.

Baudry – Lacantinrie et Saignant, op. cit., n°4, P.3 ; BEUDANT, T 8, Contrat et obligation, op. cit., n° 315, pp.230-231

Bergel L., M. Bruschi et S. Cimamonti, *Traité de droit, Les biens*, LGDJ. 2000, n° 53, p. 47.- C. Atias, *Droit civil, Les biens*, 6^{ème} éd., Litec, 2002, n° 44, p. 58.

Blatter J.-P., *Droit des baux commerciaux*, Le Moniteur, Dalloz, 3^{ème} éd., 2000, spéc ; n° 14, p. 85

Blatter J.-P., L'ordre public du statut des baux commerciaux, *AJDI* 2003, p. 396

Boccara B. et Lipamn-Boccara D. ; *Rev. Loyers* 2002, p. 417, obs. G. Azéma.

Boccara et Lipman-Boccara, *JCP E* 2006. 1802, obs. H. Kenfack ; *D.* 2007, n° 26, p. 1836.

Boccaro, La loi du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux : JCP 1972, chron. 54. Lejeune, Analyse des solutions jurisprudentielles quant aux conséquences des changements apportés par le preneur au commerce prévu par le bail, « substitut » ou simple « adjonction » d'une autre activité : AJPI 1960, p. 153.

Boffa R., écrit au sujet de la destination : « *Expression de devoir-être, la destination ne peut être le fruit de la seule volonté individuelle, mais procède d'une interaction entre subjectivisme et objectivisme* » : p. 390 in Recherches et travaux, Mélanges DEA. Cah. Ecole Doctorale n° 5, mai 2006, Faculté de Montpellier.

BOULIN S., Le siège social, th. Paris II, 1985. Voir, en parallèle : Civ. 2, 17 décembre 1998 : Bull. Civ. II, n° 302 p. 182 ; *RTD, Civ.* 1999, p. 197, note PERROT.

Brault P.-H., « La destination des lieux et la déspecialisation » : *AJPI*. 1992, p. 190

Brault P.-H., Baux commerciaux : le droit au renouvellement du preneur et l'exploitation effective du fonds de commerce : Loyers et copr. Octobre 1993, p. 1.

Brault Ph.-H., « Bail commercial : les critères légaux et jurisprudentiels de la monovalence » : *Loyers et copr.* 2006, n° -, p. 5.

Brault Ph.-H., Sur les travaux de rénovation envisagés par le preneur et le refus abusif du bailleur : Loyers et copr. Janvier 1999, p. 4.

Calori Cl., L'adage Nul ne peut transférer plus de droit que l'on en a soi-même, p. 251 in Mélanges DEA, Recherches et travaux, n° 2, Cahiers des Ecoles Doctorales, Faculté de Droit de Montpellier, novembre 2001.

Capitant H., (Cours élémentaire de droit civil français, T. II, 4^e éd., Dalloz, 1924, p. 537.

Capitant H., La thèse de doctorat en droit, 4^{ème} éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1951, p. 32.

Carbonnier J., Droit civil, Les biens, T. III, 19^{ème} éd., coll. Thémis, PUF. 2000, n° 44, p. 76.

Casaux L., « La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles », éd. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 231, 1993, p. 404.

Chalvignac F., La rédaction d'un acte juridique : le bail commercial, LGDJ. 1999, préface J.-P. Marty, n° 14, p. 6.

Colin et Capitant, cours élémentaire de dr. Civ., T.2, op. cit., n° 823, p. 547.

Colin A. et CAPITANT H., Cours élémentaire de droit civil français, T. 2, 10^{ème} éd., Par L. Julliot de la morandière, Dalloz, 1948, n° 823, p. 548.

Colin de Verdière B., Des indemnités dues au commerçant à raison de la loi sur la propriété commerciale, Thèse Paris, 1929, n° 89, p. 100.

Collart Dutilleul F. – Delebecque P., Contrats civils et commerciaux, 4^{ème} éd., Précis Dalloz, 1998, n° 186, p. 156.

Cornaton MM. M. et Blatter J.-P., (« Au commencement...était la destination » : *AJDI*. 2000, p. 1091).

Couchz G., voir : Procédure civile, Sirey, 1990, 6^{ème} édition, pp. 157.

David R., les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 1964, n° 431.

Del Vecchio G., Philosophie du droit, éd. Dalloz, nov. 2003, v. spéc. Caractères de l'évolution juridique du droit p. 396 et suiv.

Delmas-Marty M., Critique de l'intégration normative, Paris, P. U. F., 2004, p. 228.

Démontes E., La propriété commerciale : Rev. Critique, 1928, p. 576 : « Quant au droit que le locataire tient du contrat de bail, il est opposable à tout le monde » ; J. Derruppé, th. Préc., n° 81, p. 100.

Denizot C., Bail commercial et logement décent : *AJDI* 12/2007, p. 922.

Derruppé J., Locations et loyers, 6^{ème} éd. Paris. Dalloz, 1992, p.2.

Derruppé J., Locations et loyers, 6^{ème} éd. Paris. Dalloz, 1992, p.82.

Derruppé J., Baux commerciaux, Coll. Connaissance du droit, Dalloz 1996, 2^e éd., p. 1.

Derruppé J., Baux commerciaux, Coll. Connaissance du droit, Dalloz 1996, 2^e éd., p. 1.

Derruppé J., Baux commerciaux, Dalloz, Manuel de droit usuel, n° 226 ; Ph.-H. Brault, Baux commerciaux : sur la notion de bail à périodes et la validité d'une clause entraînant à défaut de congé la reconduction d'un bail de neuf ans par période triennale : Loyers et copr., oct. 1992, p. 1.

Derruppé J., Clientèle et achalandage, in Les orientations sociales du droit contemporain, Mélanges J. Savatier, PUF. 1992, p. 167.

Derruppé J., G. Brière de L'Isle, R. Maus et P. Lafarge, Baux commerciaux, op. cit., spéc. N° 456 p. 241.

Derruppé J., Les baux commerciaux, Connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996, p. 1.

Derruppé J., Souvenir et retour sur le droit réel du locataire, Mélanges L. Boyer, PU. Toulouse, 1996, p. 169.

Derruppé J., th. Préc., n° 257, p. 295 ; M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, T. III, 2^{ème} éd., LGDJ. 1952, par M. Picard, n° 48, p. 54.

E. S. De La Marniere E. S., Les législations de protection : D. 1950,, chron., p. 93.

El-Masari W., La libération du locataire cédant en cas de cession de bail (commercial) : *RTD civ.* 1995, n° 5, p. 739.

- Fabre-Magnan M.**, Traité de droit civil, Introduction générale, 4^{ème} éd., LGDJ. 1994, n° 782, p. 766
- Fenet A.**, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. XIV, Videcoq, Paris, 1968, p. 57 et 58 ; F. Zénati et T. Revet, Les biens, 2^{ème} éd., PUF. 1997, n° 196, p. 236.
- Garbit P.**, Baux commerciaux, in Lamy Droit commercial, éd. Lamy, avril 2005, n° 957.
- GAZZANIGA J. L.**, Introduction historique au droit des obligation, PUF, 1992, n° 107, p. 125
- Giffard A.E. et Villers R.**, Droit romain et ancien droit français, 3^{ème} éd., n° 255, cité par J. GHESTIN et B. DESCHE, Traité des contrats, la vente, L.G.D.J., 1990, n° 61, p. 54.
- Gimeno-Cabrera**, le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine – Dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel Français et du tribunal constitutionnel espagnol, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 15.
- Guinchard**, Voir : Procédure civile, Dalloz, 2003, 27^e édition. pp. 483 etc.
- Guyon Y.**, Droit des affaires : Economica, tome 1, 11^e éd. 2001, n° 690, p. 734.
- Huc T.**, Traité théorique et pratique du transfert et de la transmission des créances, T. I, Librairie Cotillon, 1891, n° 207, p. 298.
- Huet J.**, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, 2^{ème} éd., LGDJ. 2001, n° 21202, p. 788.
- J. Carbonnier J.**, Droit civil, T.3, Les biens, 19^{ème} éd., PUF, 2000, n° 108, pp. 186-187.
- Jacquemin A. et Schrans G.**, Le droit économique, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, mars 1982, p. 9 sur le rapport d'interdépendance du droit et de l'économie – Mesurer l'efficacité économique du droit, œuvre collective ss dir. G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein, éd. LGDJ, coll. Droit et économie, novembre 2005, p. 156.
- Jamin C. et Billiau M.**, Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé : D. 1998, p. 145.
- Jestaz Ph.**, Le Droit, éd. Dalloz, coll. Connaissances du droit, 4^{ème} éd., nov. 2001, p. 40 et suiv.
- Julliot de la Morandière L.**, : « Bulletin de la société des Études législatives 1923, p. 33, cité par J. Milhaud, th. Préc., n° 199, p. 244 ».
- Kenfack H.**, « Actualité des locaux monovalents », Etude, *AJDI* 09/2005 p. 628.
- Kenfack H.**, Actualité des locaux monovalents : *AJDI* septembre 2005 p. 628.
- Labarthe F.**, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, tome n°241.
- Lachière C.**, L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat : D. 2000, n° 24, p. 189.

- Lalande M. A.**, Consentement, in *Vocabulaire technique et critique de philosophie*, coll. Quadrige, PUF. 1991, vol. 1, p. 117
- Larroumet C.**, La cession de contrat : une régression du droit français ? Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, n° 2, p. 153.
- Laurent F.**, Principes de droit civil français, T. 16, 2^{ème} éd., Bruxelles, 1876, n° 354, p. 417.
- Laurent J.-C.**, L'évolution juridique de la notion de propriété immobilière : *Gaz. Pal.* 1976, 1, p. 159.
- Lehmann R.**, Le « droit au bail » et le calcul de l'indemnité d'éviction : *AJPI.* 1975, p. 103.
- Lepointe G. – Monier R.**, Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Sirey, p. 246.
- Magnan P.**, Baux commerciaux, Propriété commerciale et Droit Comparé Européen : *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 103.
- Maus R.**, Traité théorique et pratique de baux commerciaux et industriels, Dalloz, 1928, n° 32, p. 23 ; M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n° 551, p. 764.
- Mazeaud H. J.**, Leçons de droit civil, éd. 1968, p. 278.
- Milhaud J.**, *th. Préc.*, n° 209, p. 253 ; P. Lecocq, *th. Préc.*, p. 67 ; G. Boudroit, *th. Préc.*, p. 127 ; R. Cohen-Solal, *th. Préc.*, p. 233.
- Moneger J.**, A propos de l'obligation de délivrer un logement décent : *D.* 2005, n° 5, p. 305; même auteur, Modernisation sociale et décence du logement : *Loyers et copr.* 2002, n° 3, repère, p. 3 ; même auteur ; De la décence en droit de l'habitat et des baux : *Loyers et copr.* 2001, n° 2, repère, p. 3.
- Monéger J.**, Emergence et évolution de La notion de fonds de commerce, in *Le fonds de commerce : mythesou réalités*, *AJDI*, n° 2 du 10 décembre 2001, p. 1046.
- Monéger J.**, Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce, in *le fonds commerce : mythes ou réalités*, 2^{ème} assises de la propriété commerciale organisées par l'AADPC : *AJDI*, n° 2 du 10 décembre 2001, p. 1042 et s.
- Monéger J.**, Le bail du local d'exploitation de l'entreprise entre les statuts d'hier et les exigences de demain, in *Mélanges offerts au Recteur J. Béguin : Droit et actualités*, Litec 2005, spéc. N° 33, p. 515.
- Monéger J.**, Le sous-bail dérogatoire, *Dix ans de baux commerciaux 1993-2003*, n° 87, p. 239.
- Monéger J.**, obs. *Sur*, Cass. 3^E civ., 1^{er} juillet 1998 : *RTD com.* 1999, p. 72
- MONIER R.**, Manuel élémentaire de droit romain, T 2, Domat, 1944-45,,. n° 104, p. 165.

Morin G., Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, in *Le droit privé français au milieu du XX^e*, Mélanges G. Ripert, T. I, LGDJ. 1950, p. 8.

Pédamon M., Droit commercial, commerçant et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce, Dalloz, 2^e éd. 1998, n° 246.

PELLETIER Ph. et GUILLINI E., « L'ordonnance du 8 juin 2005 sur le changement d'usage des locaux : une réforme attendue », *Droit et part*. Octobre 2005, n° 141 p. 28.

Pfersmann O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in *Variation autour d'un droit commun – Travaux préparatoires*, Paris, Société de législation comparée, 2001, pp. 123-124.

Picard E., « l'état du droit comparé en France en 1999 », in *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Paris, Société de législation comparée, 2000, p. 152.

Planiol – Ripert, T. 10, Contrats civil, op. cit., n° 9, p. 10.

Planiol M. – Ripert G., *Traité pratique du droit civil français*, T. 3, Biens, 2^{ème} éd., Par M. Picard, LGDJ., 1952, n° 619, p. 627.

Planiol M. – Ripert G., *Traité pratique du droit civil français*, T. 10, Contrats civils, 2^{ème} éd., Par J. HAMEL – F. Givord – A. Tunic, LGDJ., 1956, n° 2, p. 3.

Planiol M., note sous, CA Paris, 18 mars 1892 : DP 1892, 2, p. 521 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 5^e éd., LGDJ. 1909, n° 1751, p. 580.

Ponthoreau M. C., « Le recours à « l'argument de droit comparé » par le juge constitutionnel – Quelques problèmes théoriques », in *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 179.

Raynaud P., Le contrat de location de fonds de commerce : RTD civ. 1936, n° 7, p. 552.

Reinhard MM. et Chazal, « l'achalandage serait constitué de la clientèle de passage, attiré par la commodité ou la proximité de l'établissement » (*Droit commercial*, 6^e éd., Litec, 2001, n° 488, p. 374).

Ripert – Boulanger, T. 2, Obligations – Droits réels, op. cit., n° 2443, p. 856.

Ripert G., *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., éd. LGDJ, févr. 1994, voir spéc. p. 27, n° 10, ainsi que p. 71 et suiv. Sur l'évolution nécessaire du droit et la création du droit.

Rolland H. et Boyer L., *Adages de droit français*, 4^{ème} éd., éd. Litec, 1999, p. 186 *Dura lex sed lex*.

Rouquet Y. ; *AJDI* 2004, p. 283, obs. M.-P. Dumont ; *Administrer*, février 2004, p. 29.

Simler P., Droit civil, Les biens, 8^{ème} éd., Dalloz, 2002, n° 773, p. 629.

Sourdel D., in : D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir), dictionnaire de la culture juridique, Paris : PUF, Quadrige, Lamy, 2007, pp. 851-855.

Stoffel-Munck P., (th. Préc., n° 16, p. 28 et suivants).- V. spécifiquement pour le bail commercial, F. Auque, le départ anticipé du preneur à bail commercial : Rev. dr. Imm. 1997, p. 43 ; C. Lavabre, L'abus en matière de baux commerciaux : Rev. dr. Et pat. Juin 2000, p. 46.

Thomas-Degouy, L'autorisation préalable du bailleur ou du juge : condition préalable et indispensable à la déspecialisation: AJPI 1971, p. 539

Tomasin D., L'évolution de la propriété immobilière, in L'évolution contemporaine du droit des biens, Journée R. Savatier, PUF. Publication de la faculté de droit et de science sociale de Poitiers, 1991, p. 57.

Trasbot A., loi réglant les rapports entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel, D. 1926, p. 258.

Wertenschlag B., « Les obligations sanitaires du bailleur de locaux commerciaux ou professionnels » : AJDI 09/2006, p. 627.

BIBLIOGRAPHIE PERSANE

Articles iraniens

AFCHARS M. S., le juge de la mise en état en Français, in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, en persan, N° 21, 1979, pp. 47-59.

Ahanguaran M. R., les fondements et les limites du Figh'h (du droit Islamique) sur droit de recours, in : Les pensées juridiques, publié en persan, Revue de l'Université de Téhéran, la branche de QOM, N° 5, 2003, pp. 171-186.

Amiri Ghaem-Maghami A., Droit des obligations, T. 2, Université de Téhéran, 1976-77, p. 29.

Amirian A. M., Dans quelle mesure le droit iranien s'est – il inspiré du Code civil français, Bulletin de la société de législation comparée, Vol. 66, 1937, pp. 84-87.

Ardabilie M., la justice en Islam : la procédure, Revue juridique du Ministère de la justice, en persan, N° 2, 1985.

Châhidi M., Cours de droit civil, Les obligations, Rvu. Université de chahid béhécti, dact., 1987, p. 1

Châhidi M., La transféré d'immeuble sans rédaction de l'acte authentique, Revue des recherches juridiques, Université de chahid béhécti, n° 11-12, 1992-93, pp. 11 et s.

Châhidi M., Obligation disparé, journal universite Chahid beheshti, Rvu, 2^{ème} éd. 1991.

Chamsse A., le principe du contradictoire, in : Revue de recherches juridiques, Revue de la faculté du droit de l'Université de Chahide Béhéctie de Téhéran, en persan, N° 35-36, 2001, pp. 61 etc.

Ébadie Ch., L'impartialité du juge dans l'instance civile et la manifestation de la vérité, in : revue juridique du ministère de la justice, en persan, N° 3, 1974.

Fadlia A., Mabâdi Ussûl Al fiqh, Matbu' at-é-dini, Qom, 1995, p. 17.

Ghahrémani N., la chambre de reconnaître l'erreur de la Cour de cassation ; les problèmes légales et les manquements, in : Revue du barreau de Téhéran, en persan, N° 15 et 16, 2003, pp. 3 etc.

Ghamami M. et Mohseni H., les principes garantissant le procès et les caractères du procès civil, publié en persan, in : Revue de la faculté du droit et des science politiques de l'Université de Téhéran, N° 74, 2006. pp. 265-296.

Ghamamie M. et Rèzaienejade A. H., le principe du double degré de juridiction en droit Iranien et Français, publié en persan, in : Revue du droit comparé, N°2, 2006, pp. 55-99.

Ghaznavi – Djahromi, la théorie des nullités en droit privé iranien comparé, thèse Paris II, Dact., 1979, n° 46, p. 26.

Gourdjie A. GH., la justice, op. Cit. pp. 99-112.

Guïte KH., la modernisation de la procédure civile ; rapport du 2^{ème} congrès internationale des juges La Hai (juin 1963), in : Revue juridique du Ministère de la justice, en persan, N° 1, 1965.

Guordjie A. GH., La justice, in : Revue de la faculté du du droit et des sciences politiques, en persan, N° 27, 1991, p. 99-112, Spéc. p. 100

Hatamie A. A. et Bèhèchtie M. J., sur l'appel après plusieurs changements dans les lois concernant, in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, publié en persan, N° 34, 1995, pp. 39-82.

Hatamie A. A. et Zakerie M. V., la prescription et les tentatives pour le renouvellement en droit de la République d'Iran, en persan, in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, N° 48, 2000, pp. 47-70b.

Hosseini Behechti S.M., Bases théoriques de la constitution, Téhéran, La Fondation de la Publication des œuvres et des Pensées de Chahid Dr. Béhéchti, 1998, p. 49.

Kachanie M., le berceau déséparé du droit de recours, disponible sur : <http://www.iranbar.org/far03p75.php#244>. On peut y ajouter qu'en fait, ce n'est pas une interprétation mais une nouvelle loi que le parlement, en principe, ne peut pas la forger au nom de l'interprétation.

Karimi A., Spécification logique de la preuve légale, in : revue du droit, revue de la faculté du droit et des sciences politique, publié en persan, 37^{ème} année, N° 4, 2008, pp. 191-203, spéc. p. 196.

Katouzian N., « *La critique du projet de la Constitution* », in Vers de la justice, T.1, *op.cit.*, p. 278.

Katouzian N., journal barreau d'avocat centre, Rvu. n° 154, p. 86.

Katouzian N., La place du droit islamique dans L'ordre juridique, in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, publié en persan, N° 36, 1997, p. 41-72.

Katouzian N., la place du droit islamique dans l'ordre juridique, in Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, publié en persan, N° 36, 1997, pp. 41-72; en pp. 45 etc.

Kharazi M., Inexistence et inapparence, puf droit fonds de commerce en Iran, journal bareau d'avocat, Rvu, n° 135, p. 56.

Manssourabadie A., le droit d'appel en procès équitable, in : Les pensées juridiques, publié en persan, Revue de l'Université de Téhéran, la branche de QOM, N° 8, 2005, pp. 61-89.

Mèhranpour H., les nouvelles approches en droit, publié en persan, Téhéran : Édition ÈTELAATE, 1995, pp. 193-194.

Mèhranpour H., « *La Cour constitutionnelle : le Conseil gardien de la Constitution de la République islamique d'Iran* », Hagh, n°9, 1987, p. 122.

Mohseni H. et FARD M. P., le principe dispositif, Revue du barreau de Téhéran, en persan, N° 190, 2005, pp. 57.

Mohseni H., les système du procès civil, publié en persan, in : Revue de la faculté de droit et de sciences politiques, 37^{ème} année, la nouvelle édition, N 1. pp. 81-115.

Nadjafietavana A., la prescription dans la procédure, in : Revue du barreau de Téhéran, en persan, N° 11 et 12, 2003, pp. 7 etc.

Pourostade M., le principe dispositif, in : Revue du droit, Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, en persan, 38^{ème} année, 2008, pp. 97-125.

Rousseau D., « *Pour une Cour constitutionnelle ?* », R.D.P., n° spécial, 2002, p. 374.

SAFAÏ H., Cours élémentaire de droit civil, T. 2, op. cit., pp. 16-17.

Soroudi S., CONSTITUTIONAL REVOLUTION (Enqelab-e masruta) of 1323-29/1905-11, during which a parliment and constitutional monarchy were established in persia., Encyclopaedia Iranica online, 2009, disponible à www.iranica.com.

Yasrebie S. A. M., la connaissance personnelle du juge comme un élément probatoire en droit islamique et droit positif, in : Les pensées juridiques, publié en persan, Revue de l'Université de Téhéran, la branche de QOM, N° 11, 2006, pp. 63-70.

Ouvrages iranien

Al Ansari M., AL Makâçib, T. B. éd. Beyrouth, par M. KALANTAR, 1990, p. 150.

Amiri Ghâeme Maghâmi A., Droit des obligations, T.2, Univer de téhéran, 1976-77, p.66

Amiri Ghâeme Maghâmi A., Droit des obligations, T.2, Université de Téhéran, 1977-78, p.66.

Ansâri M., Makâcébe, 2^{ème} éd., allâme, 1988, ps. 79-80 ; BAHAR OL OLÛM.

Azema J., la durée des contrats successifs : Bibl. droit privé, t. 102, LGDJ, 1969, PETEL-TEYSSIE, les durées d'efficacité du contrat, thèse. Montpellier, 1984.

Bina A., bailleur et locataire en droit anglais, revue. civ. (Majale vezarat dadgostari), n°4,p.42.

Châhidi M., Cours de droit civil, Obligations, op. cit., p. 1

Châhidi M., la jurisprudence des tribunaux disciplinaires, en persan, Téhéran : Édition ÉLMIE, 1961, n 222, p. 99.

Châhidi M., La propriété de l'objet du contrat (condition de validité) en droit musulman comparé au droit Français. Thèse Montpellier Dact., 1974, n° 13. p. 28.

Chahri G. R., Droit de l'inscription des actes et immeubles, Djahâd dânéchgahi, 1990, p.227

Chamsse A., professeur de la faculté du droit de l'Université de chahide Béhéchtie de Téhéran, est le premier qui propose « les principes directeurs de procédure civile » dans son manuel de procédure civile, Téhéran : Édition MIZAN, 2002, Tombe II. Il a divisé les principes selon le modèle du J. VINCENT et S.

Chehata Ch.. Etudes de droit musulman, P.U.F., 1971, p. 44.

Djabal Âmeli Z.,(CHAHÎD SÂNI), Commentaire de « lomé », T. 1, p. 275.

Emami H., Droit civil, T. 4, 2^{ème} éd., Islamieh, 1984, p. 12

Emami H., Droit civil, T.1, 5^{ème} éd. Islamieh, 1985, pp. 174-175 ; T.4, 2^{ème} éd. Islamieh, 1984, p. 60

Emami H., Droit civil, T.1, op. cit., pp.174-175 ; T.4, op. cit., p.70

Ghaem-Maghâmi, Droit des obligations, T. 2, op. cit., p. 30

Ghamami M. et Mohseni H., ont publié un livre sur « Les principes de procédure civile transnationale ALI/UNIDROIT », en persan ; cf. « les principes de procédure civile transnationale ALI/UNIDROIT, Téhéran, Édition MIZAN, 2006.

GHAZNAVI – DJAHROMI, la théorie des nullités en droit privé iranien comparé, thèse Paris II, Dact., 1979, n° 46, p. 26.

Irvani Gharavi A., Commentaire de « *Makâcébe* », 2^{ème} éd. Rochdîeh, 1959, p. 71 ; KHOMEINI, op. cit., pp. 9 à 14 ; KHOUIÏ, op. cit., pp. 23-24.

Kachef ol Gheta M. H., Tahrir ol majélléh, Maktab ô nédjât (Téhéran), 1939, p. 121.

Katouzian N., Code civil dans ordre actuel du contemporain, éd 5^{ème}, p. 47.

Katouzian N., Cours de droit civil iranien, T. 2, p.387, note n° 13, obligation au droit du contratvente.

Katouzian N., Cours élémentaire de droit civil, Les actes juridiques, op. cit., n° 15, p. 17 ; Théorie générale des obligations, op. cit., n° 55, p. 74.

Katouzian N., Droit civil, contrats payés, contrats de transfert de propriété, publication Enteshar , édition 7, 1999, n° 190. p.328.

Katouzian N., Droit civil, contrats payés, contrats de transfert de propriété, publication Enteshar , édition 7, 1999, nos 261-292, p. 382.

Katouzian N., Droit civil, Les contrats translatifs de propriété, 4^{ème} éd., Chérkate éntéchéâre, 1992. n° 6, p. 14.

Katouzian N., Droit civil, Les règles générales des contrats, T. 1, La notion de contrat, Béhnachr, 1985, n° 8 et 41, pp. 17 et 85 ; La théorie générale des obligations, Yaldâ, 1995, n° 30 et 54, pp. 48 et 73.

Katouzian N., droit privé, T1, bilatéral contrat, enteshar publication, 7^{ème} éd. 1999.p.347.

Katouzian N., droit privé, T1, bilatéral contrat, enteshar publication, 7^{ème} éd.1999,p.347.

Katouzian N., l'article aurait pu être rédigé ainsi : "L'objet de la convention peut être le transfert du contrat et la livraison d'un bien, ou l'obligation de transférer la propriété, ou l'accomplissement d'un service auquel une partie s'oblige (Les règles générales des contrats, T. 2, op. cit., n° 381, p. 159).

Katouzian N., L'autorité de la chose jugée, *publié en persan*, Téhéran : édition MIZAN, 2004, 2^{ème} édition ; pour le rôle du droit islamique en droit positif Iranien.

Katouzian N., Le problème du droit d'appel et les conflits entre les puissances sociales, publié en persan, in : La marche vers la justice, Téhéran : Édition MIZAN, 2000, Tombe II,

pp. 687-688 et in : Revue de la faculté du droit et des sciences politiques, N° 38, 1997, pp. 5-18.

Katouzian N., les contrats translatifs de propriété, op. cit., n° 43 et 174, pp.60-61 et 256.

Katouzian N., Les règles générales des contrats, T. 1, op. cit., n° 9, p. 18

Katouzian N., Les règles générales des contrats, T. 1, op. cit., n° 10, p. 24 ; Cours élémentaires du droit civil, Les actes juridiques, Chérkate éntéchéâr, 1991, n° 14 et 16, pp. 16 et 18.

Katouzian N., Les règles générales des contrats, T. 1, op. cit., n° 8, p.17.

Katouzian N., Les règles générales des contrats, T. 2 , La formation et la validité des contrats, Béhnachr, 1987, n° 381, p. 159.

Katouzian N., Les règles générales des contrats, T.1, La notion de contrat, Béhnachr, 1985, n° 45-46, 141 à 146, pp. 92-93, 277 à 285 ; L'introduction au droit, 12^{ème} éd., Béhnachr, 1990, n° 348, p. 381 ; Les biens et la propriété, Yaldâ, 1995, n° 185, p.172 ; Les contrats translatifs de propriété, 4^{ème} éd. Chérkate éntéchéâr, 1992, n° 43, 60, 174 et 177, pp.60-61, 93-94, 256-257, 260 à 258 .

Katouzian N., Les règles générales des obligations, T. 1, op. cit., n° 10, p. 24

Katouzian N., Les règles générales du contrat, T.1, op. cit., n° 144, p.283

Katouzian N., Traité des contrats, les contrats à titre onéreux – les contrats translatifs de propriété. 7^{ème} éd., Téhéran, 2006, n° 71, p. 104.

Katouzian N., : La rupture abusive des contrats à durée indéterminée, il La tendance à la stabilité du rapport contractuel, détermine de contrat 7^{ème} éd.,Ganjé Danech. 1998, , p. 245.

Katouzian N., le Droit civil, des contrats d'échange, contrat occupation, éd. Enteshar entr. éd.5^{ème} 1994, PP. 348-353.

Khorassani, Commentaire de « *Makâcébe* », p. 5

Langaroudi J., Encyclopédie juridique, T. III, p. 705 et 706. LANGAROUDI, Encyclopédie de droit civil et droit commercial, T. I, p. 78.

Langaroudi J., Encyclopédie juridique, T. III, p. 705 et 706. LANGAROUDI, Encyclopédie de droit civil et droit commercial, T. I, p. 78.

Langeroudi J., terminologie juridique, n°2849, p. 356.

Langroudi J., Droit des obligations, T. 1, op. cit., p. 19, qui définit le bail comme « l'obligation de cession la contrat du bail ».

Langroudi J., Droit des obligations, T.1, 2^{ème} éd., Université de Téhéran, 1990, pp. 57-58

Langroudi J., Droit des obligations, T.1, op. cit., pp.57-58 ; L'encyclopédie du droit civil et commercial, T.1, op. cit., p. 539 ; T.4, pp. 646-647 ; L'influence de la volonté en droit civil iranien, op. cit., n° 663, p. 244

Langroudi J., Encyclopédie du droit civil, T. 1, Droit des obligations, Bonyâde râstâ, 1978, pp. 468-469

Langroudi J., Encyclopédie du droit civil, T. 1, op. cit., p. 463 ; Droit des obligations, T. 1, 2^{ème} éd., Université de Téhéran, 1990, pp. 5-6.

Madani S. J., Droit constitutionnel et les institutions politiques, 6^e éd., Téhéran, Paydar, 2001, p. 214.

Matine Daftari A., la jurisprudence de la Cour de Cassation, en matière civile, en persan, Téhéran : Édition HACHÉMIE, 1960? pp. 329, 101 et 334.

Matine Daftari A., procédure civile et commerciale, publié en persan, Téhéran : Édition MAJID, 1999, Réédition., p. 349.

Mohaghegh Helli D. J., Mokhtassar an-nâfé , 2^{ème} éd., éd. Be'sat, téhéran, 1982., p. 118 ; Charâyé ol islam, T. 2, 4^{ème} éd., par S. Chirâzi, Estéghlâle, 1994, p. 267.

Mohammad zadeh Sh., Collection d'études de cas (Majmoe motaleatte moredi), Dans une telle perspective, le droit Iranien se trouve naturellement à côté du droit Français, PUF. 2008, p. 21.

Mousavi Khomeyni R., op. cit., loc. cit. ; M. DJ. MOGHNIEH, Fégh de imâme Sâdegh, T. 3, pp. 22-23.

Mousavi Khomeyni R., Tahr-al-vasileh, Le bail , T. 1, eslameh, 1984

Mousavi Khomeyni R., Tahrir-al-vasile, Entesharat Eslamyeh, T.1, pp. 1984, 614 et 615.

Nâini M. H., Monyat ô tâlébe, Par Najafi Khânsâri , T. 1, éd. Heîdarîyyeh, Téhéran, 1953, p. 34.

Nowbakhte Y., Les idées juridiques, Les questions posées dans les tribunaux de Téhéran entre les années 1983 et 1989, 2^{ème} éd., Kayhân, 1989, n° 95, p. 108.

Sadeghi M., le principe général du droit et sa place en droit positif, Téhéran : Édition MIZAN, 2005.

Safai H., Cours élémentaire de droit civil, T. 2, Les obligations et les contrats, L'institut supérieur de comptabilité, 1972, p. 283.

Safai H., Cours élémentaire de droit civil, T.2, Les obligations et les contrats, L'institut supérieur de comptabilité, 1972, pp. 44-45 et 188.

Safai H., Cours élémentaire du droit civil, T. 2, op. cit., pp. 16-17.

Sangualadjie M., la procédure en droit islamique, en persan, Qazvin : Edition TÂHÂ, 2001, 3^{ème} édition par M. BANDARTCHIE.

Tabatabaee Yazdi M . K., Commentaire de « *Makâcébe* », Dâr ol élém, 1957, p. 58.

Taher Moussavi Y., droit bailleur et locataire, Majd, 1997, p. 147.

Taher Moussavi Y., droit bailleur et locataire, Majd, 2005, p.97.

Taher Moussavi Y., Droit bailleur et locataire, Majd, 2006, p. 177.

Taher Moussavi Y., les Droit bailleur et locataire, éd. MAJD, 2005, éd. G, p. 26.

Zamani salimi F., etude analyse transfere du bail commercial, entesharat enghelab, n°133, p. 16.

INDEX ALPHABETIQUE

C

capacité, 275, 365
cession, 7, 12, 35, 37, 42, 50, 52, 75, 84, 93, 127, 138,
147, 149, 154, 172, 179, 203, 212, 237, 238, 239, 241,
242, 243, 245, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254,
255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265,
266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 279, 288, 289,
290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300,
301, 302, 303, 304, 306, 307, 309, 310, 311, 312, 313,
324, 326, 327, 328, 331, 332, 333, 340, 342, 343, 346,
347, 348, 355, 364, 365, 366
Cession, 7, 237, 238, 250, 252, 257, 263, 264, 271, 340,
347, 364
cessionnaire, 237, 238, 243, 244, 251, 252, 253, 254, 255,
256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 265, 269, 270,
271, 283, 288, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298,
300, 301, 302, 365, 366
concurrence, 35, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 66, 70, 71,
73, 74, 76, 84, 150, 152, 156, 203, 211, 226, 340, 342,
343, 349, 361

D

dérogation, 64, 99, 162, 166, 170, 200, 206, 248, 251,
263, 289, 297, 362, 365, 366
dérogatoires, 68, 81, 88, 90, 99, 116, 117, 166, 168, 177,
326, 327, 328, 331, 332, 362
déspécialisation, 168, 201, 202, 203, 208, 209, 210, 211,
212, 213, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232,
233, 234, 235, 236, 325, 326, 327, 328, 331, 332, 333,
336, 345, 350, 364
destination, 7, 58, 104, 128, 148, 172, 173, 174, 179, 181,
186, 187, 188, 189, 193, 195, 196, 199, 200, 201, 202,
203, 204, 205, 207, 208, 209, 212, 213, 214, 215, 216,
217, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229,
230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 324, 326, 327, 331,
332, 334, 335, 343, 345, 346, 364
durée, 7, 17, 22, 25, 35, 41, 43, 44, 45, 47, 48, 50, 51, 52,
53, 54, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73,
74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87,
88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101,
102, 103, 104, 105, 106, 107, 110, 111, 112, 116, 119,
122, 130, 134, 137, 143, 145, 150, 151, 154, 155, 157,
162, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 185, 187, 197,
198, 199, 217, 218, 250, 254, 273, 278, 279, 280, 284,
285, 287, 292, 330, 333, 338, 341, 344, 354, 357, 361,
362, 363

F

fonds de commerce, 12, 15, 37, 44, 49, 50, 54, 56, 57, 58,
59, 60, 61, 62, 66, 70, 77, 92, 105, 112, 113, 124, 126,
127, 128, 129, 130, 131, 132, 135, 137, 138, 140, 142,
145, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159,
160, 163, 171, 172, 182, 213, 222, 228, 238, 241, 247,
249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 262, 263, 265, 267,
269, 270, 271, 272, 273, 289, 290, 291, 292, 297, 298,

300, 301, 302, 307, 326, 327, 328, 329, 331, 332, 337,
339, 343, 345, 348, 349, 353, 361, 363, 365

J

jouissance, 9, 11, 66, 71, 72, 73, 74, 78, 80, 84, 90, 91,
96, 97, 127, 130, 133, 136, 137, 138, 141, 142, 147,
148, 188, 197, 198, 204, 217, 218, 223, 227, 247, 250,
251, 260, 268, 272, 273, 275, 276, 277, 280, 283, 284,
285, 287, 288, 291, 296, 302, 304, 305, 306, 307, 309,
310, 365, 366

L

L'abus, 142, 144, 146, 147, 285, 350, 363
l'indemnité d'éviction, 71, 118, 121, 123, 124, 125, 126,
127, 130, 132, 142, 154, 158, 160, 161, 222, 348, 363

O

obligations, 8, 12, 32, 34, 97, 105, 106, 107, 109, 112,
119, 121, 123, 125, 126, 141, 144, 146, 153, 196, 198,
199, 209, 217, 223, 239, 240, 241, 242, 243, 246, 251,
256, 258, 259, 260, 261, 262, 271, 272, 274, 281, 283,
286, 290, 295, 296, 297, 301, 302, 306, 307, 309, 310,
311, 312, 313, 314, 316, 318, 320, 321, 341, 343, 348,
350, 351, 354, 355, 356, 358, 362, 364, 365, 366

P

pas de porte, 84, 122, 127, 157, 161, 163, 164, 167, 273

R

renouvellement, 7, 13, 23, 42, 43, 44, 49, 51, 52, 55, 67,
70, 71, 72, 73, 74, 78, 79, 83, 84, 86, 91, 94, 102, 103,
112, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 122, 124, 125,
126, 127, 128, 130, 131, 132, 133, 135, 136, 137, 138,
139, 140, 141, 142, 144, 146, 150, 151, 152, 153, 154,
155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 166,
170, 215, 222, 230, 236, 253, 254, 255, 256, 266, 269,
291, 292, 293, 299, 330, 338, 341, 343, 345, 350, 352,
363
Résiliation, 198, 364

S

saisonniers, 87, 362
stabilité, 7, 9, 14, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 50, 52, 54,
60, 62, 63, 64, 72, 79, 80, 84, 96, 98, 138, 143, 153,
169, 170, 328, 333, 337, 357, 361

T

transféré, 36, 101, 116, 262, 271, 277, 307, 309, 316,
319, 320, 351, 365

TABLES DES MATIERES

Remerciements	1
Liste des abréviations	5
Sommaire	7
Introduction	8
Première partie- La stabilité dans les lieux donnés à bail commercial ...	43
Titre I - La durée des baux commerciaux.	44
Chapitre 1 – La durée du bail commercial : La convergence entre le droit français et le droit iranien. ...	45
Section1 – L’affermissement disposition du locataire sur le marché.	46
Sous section 1- Une durée minimale de neuf ans, instrument de la dynamique de l'activité des locataires.	48
§1- Un support essentiel au financement de l'investissement dans l'activité.	48
A- Le bail commercial, un mécanisme de financement de l'activité du locataire.	49
B- La stabilité de l'exploitation comme exigence d'investissement obligatoire à l'adaptation de l'activité.	50
C- La remise en cause de liberté contractuelle des parties justifiée par la nouvelle donne de la distribution.	51
D- Accueil favorable de la doctrine.	52
E- L’obligation d'aligner la durée du bail sur celle de l'amortissement du matériel d'exploitation et celle du crédit à moyen terme.	53
§2- Un support nécessaire à la construction de la clientèle et de l’activité.	54
A- Le relation à la clientèle.	54
a – la clientèle.	54
b- La logique du commerçant.	55
c- Le paradoxe du rapport à la clientèle.	55
d – La remise en cause de la notion classique du fonds de commerce par l’admission de la licéité du dommage concurrence.	56
e – Pour une création dynamique de la clientèle.	57
f –Un mécanisme de succès de la clientèle, dans le fonds de commerce.	58
g – La clientèle, une collecte.	59
B- La relation à la clientèle de l’équilibre de la localisation du fonds de commerce.	60
a- Un moyen de conquête de la clientèle, la stabilité de l’activité.	60
b- Un catalyseur de la clientèle, tenir à la stabilité.	60
c- Un principe de l’attachement de la clientèle du fonds, influence de la localisation de l’activité.	61
e- Construction et stabilité d’une notoriété.	62
f – La stabilité de la localisation de l’activité, un moyen de générer une clientèle attirée.	62
g- Un choix pour les parties ne pouvant pas souscrire un bail commercial de droit commun.	64
Sous section 2 – Instrument de préservation de l’activité de l’entreprise en situation provisoire sur le marché, avec une durée dérogatoire de deux ans.	64
§1- Bail commercial à l’essai, bail dérogatoire et convergence force entre les droits France et Iran.	64
§2- Un solution de flexibilité essentiel à l’ancement de l’activité des nouveaux accédants au marché.	66
§3- Les possibilités offertes par le bail dérogatoire.	67

§4- Le bail dérogatoire doit rester exceptionnel.	68
§5- Inopportunité d'une durée plus longue.	68
Section2 –Les correctifs dans les équilibres concurrentiels entre entreprise.....	69
Sous section 1 – Le relèvement de l'égalité compétitive à l'égard de la propriété commerciale par l'harmonisation de la durée.	70
§1- Une distorsion de concurrence née du dévoiement de la durée à la carte.	70
§2- L'asymétrie de la condition donnée par la durée à la carte.	71
§3- Dualité de régime, source de distorsion de concurrencer entre preneurs acteurs de marché.....	71
§4- Domaine du dispositif par les propriétaires et le rôle du législateur à preneur.....	72
§5- Etude des droits français et iranien par la suppression du bail verbal et l'institution d'une durée légale de neuf ans pour tous.	73
§6- Relèvement de l'équilibre de la durée d'exploitation requise pour le bénéfice de la propriété commerciale dans le droit Français.	74
§7-Convergence entre les droits Français/iranien : Le caractère d'ordre public pour affirmer l'attachement du législateur au principe d'égalité des parties de marché.....	75
§8- Une restriction justifiée par la faillite du libéralisme à appréhender la nouvelle donne.	75
§9- Replacer l'égalité entre preneurs à l'égard des dispositions statutaires relatives à la révision du loyer.	76
Sous section 2 – Les positions concurrentielles à l'égard de la modification du loyer par l'harmonisation de la durée du bail.....	76
§1- La dérive de la modification du loyer et l'échec de la protection des valeurs.	76
§2- Les élévations record et irrégulier des loyers, résultat de l'échec du système.	77
§3- Les conditions de recevabilité des demandes en révision.....	78
§4- Le non respect par les bailleurs des clauses de révision : première cause de dévoiement.....	78
§5- Le raccordement tardif de l'indice des 250 articles, deuxième cause du dévoiement de la révision. Le raccordement tardif de l'indice des 250 articles, deuxième cause du dévoiement de la révision.	79
§6- Les Méthodes utilisées par les bailleurs dan la modification des bails.	79
§7- Une réaction des propriétaires jugée disproportionnée.	80
§8- La soumission de tous les preneurs à bail commercial au mécanisme de révision, conséquence de l'institution de la durée minimum légale.	80
Chapitre 2 - La durée du bail commercial : divergence entre les droits français et iranien.	81
Section 1 - La durée du bail commercial dans les droits français et iranien.	82
Sous section 1 - La libre fixation de la durée dans le droit commun du louage de choses, en France.	82
§1- Les contraintes posées par le statut dans le droit français.	83
§2- Les locations saisonnières.	87
§3- Les conventions d'occupation précaire.	88
§4- Définition une durée de baux commerciaux dans la droit français.	90
Sous section 2 - La durée du bail commercial en droit iranien.	92
§1- Historique révolution de la loi du bailleur et du preneur.	92
§2- Le loyer et l'indemnité de possession.	93
§3- Durée variable selon la qualité du bailleur.	96
§4- Les durées des obligations	97
A- Bail à durée indéterminée.	97
B- Bail a durée déterminée.	98
Section2 - Baux commerciaux dérogatoires.	99

Sous section 1 – Définition de baux dérogation et divergence des deux situation français et iranienne.	99
Sous section 2 – Sous-location dérogatoires de moins de deux ans et application des règles statutaires relatives à la sous-location en droits français et iranienne.	101
§1- Baux de trois ans en droit français.	102
§2- définition les baux à périodes.	102
§3- Exceptions.	104
A- Les baux hors statut.	104
B- Etude du congé anticipé en les droits français et iraniens.	104
a- Du fait du locataire.	104
b- du fait du bailleur.	106
1- Selon les dispositions spéciales du statut des baux commerciaux.	106
2- En vertu de la clause résolutoire.	110
§6- Locations sans terme fixe.	110
Titre II – Le renouvellement des contrats du baux commerciaux : Les divergences et les ressemblances entre les droits française et iranien.	113
Chapitre 1 - Etude des règles statutaires trouvant leur fondement dans le droit civil en droits français et iranien.	114
Section 1 - Le droit au renouvellement trouvant sa justification dans les droits civils Français et Iranien.	115
Sous section 1 - L'impossibilité de fonder le droit au renouvellement sur l'abus de droit.	119
§1- Une justification cependant retenue par une partie de la doctrine.	119
§2- Les obstacles au rapprochement entre le droit au renouvellement et la théorie de l'abus de droit.	120
Sous section 2 - Le rejet du caractère essentiellement indemnitaire du droit au renouvellement.	122
Sous section 3 - Etude le fondement du droit au renouvellement découvert dans le droit civil français et iranien des biens.	126
§1- Analyse du concept de propriété commerciale.	128
A- Distinction entre la propriété sur le fonds de commerce et la propriété commerciale.	128
B- L'existence d'un lien étroit entre la propriété commerciale et le droit au renouvellement.	130
§2- Le droit au renouvellement attribue au preneur un droit réel.	132
A- Un rapprochement avec le concept de droit réel.	132
a- La création d'un nouveau droit réel n'est pas contraire aux règles du droit civil.	130
b- L'avis convergent des deux ordres juridiques selon la définition du droit réel.	135
c- Ce que prévoit le régime des droits réels.	138
B- Une division originale de la propriété selon concept de droit réel.	139
Section2 - L'abus en droits français et iranien.	142
Sous section 1 - L'abus dans l'exercice du statut des baux commerciaux.	144
Sous section 2 - L'abus dans l'exercice des droits contractuels.	146
Chapitr 2 - La facilitation du maintien de l'activité du locataire en dépit de l'arrivée à terme du bail.	149
Section1 - La propriété commerciale, instrument de préservation.	150
Sous section 1 - La protection par l'établissement du droit au renouvellement et sa non limitation dans le durée.	150
§1- La protection de l'établissement du droit au renouvellement.	151
§2 – L'établissement du droit au renouvellement.	155

Sous section 2- La protection par le financement de la réinstallation du preneur par l'indemnité d'éviction.....	158
Section 2 - Le droit à la modification du bail expiré comme mécanisme de protection sur le marché.....	161
Sous section 1- La protection par la prolongation du bail expiré.....	162
Sous section 2- La protection par la modification du bail dérogatoire en bail statutaire.	165
Conclusion première partie	169
Deuxième partie - L'adaptabilité aux changement des circonstances de la vie commerciale.....	172
Titre I- L'aménagement des lieux en fonction des exigences des ressources extérieures au contrat.....	173
Chapitre 1- Les exigences légales relatives à l'usage commercial des locaux commerciaux.. ..	173
Section 1 - La commercialité des locaux.	175
Sous section 1 - L'impérativité de la réglementation de la police de l'habitat.	176
Sous section2- Les particularités impérativité de la réglementation de la police de l'habitat.	183
Section2 - Les dommages causés par l'usage commercial des lieux.....	190
Sous section1- Les sanctions attachées à la non-observation de la police de l'habitat.....	191
§1- L'inefficacité de l'altération de la catégorisation des baux.	191
§2- La sanction du non-respect de la police de l'habitat.....	192
Sous section 2- Le dommage d'usage des locaux commerciaux résultant d'une autre codification impérative.	192
§1- L'altération résultant d'une modification structurelle.	195
§2- Résiliation du bail sans indemnisation à cause de manquements aux obligations du preneur.....	198
Chapitre 2 - La destination contractuelle du bail commercial	199
Section 1 - La résultante commerciale comme facteur ajouté de rigidité du statut... ..	200
Sous section 1 - L'attention de la contractuelle des lieux commerciaux... ..	201
§1- La destination contractuelle de l'immeuble.	201
§2- Les normes affectant la destination contractuelle des lieux.	203
Sous section 2 – Le problème de résultant d'une déspecialisation de l'activité.	208
Sous section 3 – Des peines sanctionnent le non-respect de la destination contractuelle des lieux.....	214
Section 2 - La destination commerciale comme facteur de flexibilité du statut.....	219
Sous section1 - L'autorisation de non-respect de la destination des lieux commercial.....	219
§1- Le bail mixte.....	220
§2- Le changement d'utilisation du bien avec l'accord du propriétaire	223
Sous section 2 - Le rapprochement du droit civil et des règles statutaires dans le changement de destination.....	225
§ 1 – Définition en droit français de la déspecialisation partielle.....	226
A- Le maintien des usages comme facteur de référence à la modification de la destination contractuelle.....	228
B- Le formalisme de la déspecialisation partielle est un facteur favorisant le retour du droit civil dans la modification de la destination contractuelle.....	230
§ 2 - Définition en droit français de la déspecialisation plénière.....	234
Titre II - Cession de contrat du bail commerciale dans les systems français / iraniene : au le changement des parties au contrat.	237

Chapitre 1 – La reconnaissance du principe de cession des baux commerciaux en droit français.	238
Section 1 - Cession de contrat: une approche historique dans le droit français	238
Sous section 1 - DROIT ROMAIN.	239
§ 1 - Le bail n'implique pas nécessairement la cession de contrat.	239
§2 - Le bail n'entraîne pas par elle-même la cession du contrat en cours de bailé.	242
Sous section 2 - Ancien droit français.	245
Section 2 - DROIT MODERNE FRANÇAIS.	248
Sous section1 - La cession constitue l'essence du contrat du bail commercial.	248
§ 1 - L'application de l'article 1717 du Code civil en cas d'absence de vente du fonds de commerce au cessionnaire du bail.	251
§2 - Le rapprochement du régime de la cession de l'article 1717 du Code civil et de celui de la cession de l'article L. 145-16 du Code de commerce.	255
A- Le consentement du cédé et la validation de la cession.	256
B- Le acceptation du transféré et la libération du cédant.	258
a- Analyse des obligations respectivement dues par le cédant et le cessionnaire dans le bail commercial.	259
b- Interprétation du particularisme de la cession du bail commercial.	260
Sous section 2 - la suppression de la dérogation elle-même au profit du droit civil : les entraves contractuelles à la liberté de céder le bail à l'acquéreur du fonds.	263
§1- Les clauses limitatives de forme.	264
§2- Les conditions restrictives du fonds de commerce	267
A- La condition de ratification.	267
B- La condition dite de préemption.	270
C- La condition de garantie solidaire.	271
Chapitre 2 – Le principe du contrat de bail et la cession du contrat de bail commercial selon le droit iranien.	272
Section 1 - Principe de contrat inspiré de la charia et de la cession de jouissance : Une condition essentielle du contrat de bail commercial.	273
Sous section1 - Définition du contrat de bail.	274
§ 1 - Règles générales.	274
A - Accord de deux volontés.	274
B- Capacité de contracter.	275
C- Objet du bail.	276
D- La condition de détermination de la chose mobilière ou immobilière, objet du contrat de bail.	278
E- Durée du bail.	279
F- Les vices du bien loué.	279
§ 2 – Théorie générale des obligations.	281
A- Légitimité du motif.	281
B- Engagements du bailleur.	283
C- Délivrer l'objet du bail.	283
D- Réparations.	284
E - Engagement du preneur.	285
F- Utilisation.	286

G- Paiement du loyer.	286
H- Engagements et responsabilités du preneur.	287
Sous section 2- la cession de jouissance.	288
§1- La dérogation au principe telle que posée par l’article 10 de la loi iranienne de 1997.....	289
A - L'application de l'article 474 du Code civil en cas d'absence de vente du fonds de commerce au cessionnaire du bail.	291
B - Le rapprochement du régime de la cession de l'article 474 du Code civil et de celui de la cession de l'article 10 votée 1977.	293
a- Le consentement du cédé et la validation de la cession.	293
b- L’accord sur le transfert et la délivrance du cédant.	295
1- Étude des obligations respectivement dues par le cédant et le cessionnaire dans le bail commercial.	295
2- Précision du particularisme de la cession du bail commercial.	296
§2 - Le pouvoir de la dérogation : Un avantage du droit civil.	297
A- Les conditions restrictives de forme.	298
B- Les clauses limitatives de fonds.	300
a- La clause d’acceptation.	300
b- La clause de garantie solidaire.	301
Section 2 – Les effets direct de la jouissance du la cession du contrat du bail cimmercial.....	302
Sous section 1- Inspiration de droit de bail commercial iranien par de droit islamique.	303
§1 - Définition du bail par les jurisconsultes chiïtes.	303
A- Elle a été entièrement empruntée aux jurisconsultes du droit imâmite.	303
B- La définition choisie : La cession du bail.	304
C- La définition de l'article 466 est une définition du bail.	305
D- Les différences entre droit iranien et droit français	305
§2 - Le transfert de propriété jouissance de cession de contrat de bail commercial.	306
Sous section 2 – La nécessité de protéger les tiers du transfert du contrat de bail commerciale.....	316
§1- L’obligation de faire inscrire le contrat de bail commerciale.	317
§ 2- L’inopposabilité probatoire du contrat non inscrit aux tiers.	319
Conclusion deuxième partie	324
 CONCLUSION GENERALE	330
 BIBLIOGRAPHIE	340
 INDEX ALPHABETIQUE	359
 Tables des matières	360