

LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE

Il est très difficile de donner une définition unitaire du fonds de commerce, tant la doctrine est partagée sur ce point. Mais tous les auteurs s'accordent en revanche sur l'importance de la clientèle, sans laquelle le fonds de commerce n'existerait pas. La jurisprudence décide de même, et ce de manière constante, que la clientèle est la condition essentielle d'existence d'un fonds de commerce.

Le fonds de commerce est une notion juridique existant dans certains droits tels que le droit français, le droit belge et le droit québécois. Le fonds de commerce est un bien composite, dans le sens où il est constitué de plusieurs autres biens. Il est considéré comme un meuble, par fiction juridique.

La notion de fonds de commerce concerne essentiellement les entreprises du secteur de la vente ou du service direct à la clientèle. Elle matérialise et valorise la position de l'entreprise par rapport à sa clientèle. Pour beaucoup d'auteurs, la notion de fonds de commerce est aujourd'hui inadaptée à la vie des affaires, surtout à cause de la complexification des structures commerciales et des opérations de distribution.

Le fonds de commerce est un bien mobilier incorporel. On peut le considérer comme une universalité de fait, c'est-à-dire un bilan qui enveloppe **un ensemble d'éléments mobiliers qui sont eux-mêmes corporels ou incorporels**. Il comprend l'ensemble des éléments affectés par un commerçant à une exploitation en vue de satisfaire une clientèle.

Il est indispensable de bien distinguer le fonds de commerce d'une part, et les éléments qui le composent d'autre part. En effet celui-ci est plus que la somme des éléments le composant.

Les éléments pouvant être inclus dans un fonds de commerce sont listés à l'article L142-2 du Code de Commerce et se divisent en deux catégories, les biens incorporels et les biens corporels.

Les éléments incorporels d'un fonds de commerce sont :

- la clientèle, l'élément essentiel sans lequel le fonds ne peut exister ;
- l'achalandage;
- le droit au bail ;
- l'enseigne et le nom commercial;
- certaines autorisations administratives, les marques, brevets, logiciels.

Les éléments corporels du fonds de commerce sont essentiellement :

- les marchandises;
- le matériel.
-

<https://youtu.be/XigxtJaeB1Q> (noción)

Transmission

Le fonds de commerce est cessible en même temps ou à part des autres actifs d'exploitation. Cela permet le transfert de l'activité à un nouvel exploitant. L'apport à une société permet à son propriétaire de continuer à l'exploiter en échange de parts sociales de la société. Il peut aussi être mis, sous certaines conditions, en location-gérance ou faire l'objet d'un nantissement, notamment en garantie d'un crédit.

Cession de fonds de commerce

L'acte peut être établi par acte authentique (notarié) ou bien par acte sous seing-privé. Dans les deux cas, l'article L 141-1 du Code de Commerce exige que l'acte de cession de fonds de commerce fasse état de cinq mentions obligatoires :

1. le prix de vente du fonds;
2. le nom du précédent vendeur du fonds, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel;
3. l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds;
4. Le vendeur doit indiquer le chiffre d'affaires et les résultats d'exploitation qu'il a réalisés durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle est inférieure à trois ans (C. com. art. L 141-1, 3° et 4° modifié par la loi 2012 387 du 22 mars 2012). Cette obligation s'impose au vendeur même s'il a donné son fonds en location-gérance;
5. le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

L'omission de l'une de ces mentions obligatoires entraîne la nullité de l'opération. Il s'agit d'un cas de nullité relative qui, à ce titre, peut être invoquée par le seul acquéreur, dans le délai d'un an à compter de la vente (voir Cour de cassation, Chambre commerciale, arrêt du 31 mars 2004).

Il peut, dans le même temps, engager la responsabilité du vendeur et de ceux qui ont participé à la vente en tant qu'intermédiaire ou de rédacteur d'acte.

À ces mentions obligatoires, les parties peuvent ajouter des clauses permettant s'assurer l'effectivité de la transmission de la clientèle telles que la clause de non-concurrence, la clause pénale ou les différentes de clause de règlement des différends (clause d'arbitrage, clause attributive de juridiction).

La loi no 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a instauré un **droit d'information préalable au profit des salariés** qui s'impose, à peine de nullité de l'acte, dans certaines hypothèses

La cession de fonds de commerce **doit faire l'objet de formalités d'enregistrement et de publicité** afin d'informer l'administration fiscale et les tiers.

- L'acte doit être enregistré auprès du service enregistrement des impôts du lieu de situation du fonds de commerce dans le délai d'un mois à compter de sa signature. L'acquéreur doit alors acquitter des droits d'enregistrement progressifs se décomposant de la manière suivante : 0 % entre 1 et 23 000 €, 3 % entre 23 000 € et 200 000 € et 5 % au-delà de 200 000 €.
- L'acte doit être publié dans le délai de 15 jours à compter de signature, dans un journal d'annonces légale, et un avis doit être inséré au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) (article L141-12 du Code de Commerce).

Cette publicité est destinée à informer les tiers, en particulier les créanciers du vendeur qui pourront, le cas échéant, former opposition sur le prix de vente (article L141-19 du Code de commerce).

Apport à une société

Concernant l'apport d'un fonds de commerce à une société on peut dire que cet apport peut être le moyen pour le commerçant de sortir du régime de la responsabilité indéfinie sur l'exploitation du fonds de commerce en faisant entrer son activité dans le champ de la responsabilité limitée de la société, qui reçoit l'apport. Cet apport est effectué dans le cadre de la réglementation des apports à une société. Il s'agira d'un apport en nature, qui donnera lieu à l'octroi de parts sociales ou d'actions dans le capital de la société. L'évaluation de l'apport doit suivre la réglementation applicable en la matière et la désignation d'un commissaire aux apports s'avère souvent nécessaire. En outre, l'apport impose de rédiger un contrat d'apport écrit comportant des mentions obligatoires. Lors de la réalisation de cette opération, il est nécessaire de prendre en considération les incidences fiscales et de faire effectuer les formalités de publicité afin que l'apport du fonds de commerce soit opposable aux tiers créanciers.

Location-gérance

La location-gérance ou « gérance libre » est un « contrat ou une convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls ». Pour qu'il y ait location-gérance il faut qu'il y ait fonds de commerce et principalement une clientèle. Le preneur doit avoir la qualité de commerçant et la capacité commerciale. Depuis l'ordonnance du 25 mars 2004, l'art. L. 144-3 du C. com. exige seulement que le bailleur ait exploité pendant deux ans au moins le fonds.

Il s'agit d'un contrat consensuel, qui n'impose en principe aucune condition de forme. Ce principe supporte une exception quand le contrat de location gérance comporte un engagement d'exclusivité. Par ailleurs, un certain formalisme est indispensable à raison des exigences de publicité qui sont : l'inscription du preneur au registre du commerce en qualité de commerçant, l'inscription du bailleur en sa qualité de loueur de fonds de commerce, la publication par voie d'extrait dans un journal d'annonces légales dans les quinze jours de la formation du contrat.

Le contrat de location-gérance fait peser les obligations habituelles résultant du contrat de louage de choses (art. 1714 du C. com.). Le locataire gérant doit verser la redevance au bailleur, respecter la destination du fonds et il ne peut pas céder ou nantir (mettre en gage ou hypothéquer) le fonds. Le contrat est conclu intuitu personae du point de vue du preneur, ce qui lui interdit de céder le bail ou de le sous-louer. Il est évident que le bailleur doit mettre le fonds en location-gérance à la disposition du preneur

Le locataire gérant n'a aucun droit vis-à-vis du propriétaire du local c'est-à-dire que ce n'est que le propriétaire du fonds de commerce qui peut demander au bailleur le renouvellement du bail.

Vis-à-vis les créanciers du bailleur, le fait de confier la direction du fonds à une tierce personne fait peser un risque sur l'avenir du fonds. Les créanciers du bailleur, propriétaire du fonds, peuvent demander la déchéance du terme de leurs créances au tribunal de commerce. Quant aux créanciers du locataire-gérant, ils encourent un risque grave car le fonds de commerce n'appartient pas à leur débiteur. L'article L. 144-7 du C. com. prévoit donc que le bailleur et le locataire-gérant sont solidairement responsables des dettes contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds pendant un délai de six mois à compter des formalités de publicité.

<https://youtu.be/NJE5xwqOwBI>

Bail commercial

1. Définition du bail commercial :

Le bail commercial est le bail d'un immeuble dans lequel le locataire exploite un fonds commercial ou artisanal dont il est propriétaire.

Les baux commerciaux sont soumis à un régime juridique particulier. En effet ils sont régis par le Dahir du 24 mai 1955, caractérisé par un droit de renouvellement, au profit du commerçant locataire, lui conférant ce que l'on appelle faussement "propriété commerciale".

2. Définition et nature du contrat de bail commercial

Contrat par lequel le propriétaire d'un local (bailleur, loueur ou locateur) met à la disposition d'une seconde personne appelée locataire (preneur ou utilisateur), son local contre une rémunération appelée loyer ou paiement, et dans lequel le locataire exploite un fonds de commerce.

D'après l'article 629 du D.O.C., les baux d'immeubles doivent être constatés par écrit, s'ils sont faits pour plus d'une année. A défaut d'acte écrit, le bail est censé fait pour un temps indéterminé. En effet le simple consentement des parties rend le louage des choses "parfait" légalement (article 628 du D.O.C).

Nature du droit du locataire :

La force du droit au renouvellement du bail amène à le qualifier de propriété commerciale. Chose qui nous amène à nous poser la question : à qui revient réellement le droit de propriété sur le local ?

En effet, il faut distinguer entre deux types de propriété de natures totalement différentes :

- ✓ Celle du propriétaire de l'immeuble qui résulte d'un droit réel;
- ✓ Et celle du locataire qui découle d'un droit personnel, celui d'être indemnisé.

Cependant, le droit accordé par la loi du 24 mai 1955 au locataire ne peut pas

s'expliquer en totalité par les règles générales du droit des obligations. La conception du contrat de louage y est spécifique et se justifie par la protection due à l'entreprise.

Certains auteurs avaient soutenu que le locataire a un droit réel, ce qui est vrai par rapport à la législation du bail commercial¹.

Il y a donc un conflit de deux droits, et le droit de la propriété immobilière cède devant le droit de l'exploitant.

3. Intérêt du bail commercial :

Il est certain que la stabilité du fonds assure la conservation de la clientèle. Elle épargne en outre au locataire le coût d'un investissement immobilier en lui permettant de consacrer ses forces financières à la création et à la promotion de son fonds de commerce. C'est un mode d'encouragement des investissements commerciaux, mais c'est aussi une source de désinvestissement immobilier. En effet l'atteinte portée au droit du propriétaire de l'immeuble est l'une des causes qui peut contribuer à freiner la construction immobilière.

4. Champ d'application de la loi :

a) Nécessité de l'existence d'un fonds de commerce :

Si le bail conclu en vue d'une exploitation commerciale est un contrat commercial, cette condition ne suffit pas à rendre applicable le statut des baux commerciaux ; il faut encore qu'un fonds de commerce existe. En effet les dispositions du dahir de 1955 s'appliquent "aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds de commerce est exploité..." (Article 1^{er} du dahir de 1955).

Ainsi ne bénéficie pas de la propriété commerciale le locataire qui n'a ni créé, ni acquis ni transporté dans les lieux un fonds de commerce et qui s'est borné à mettre en activité une installation industrielle ou commerciale indissolublement liée aux immeubles dont le bailleur est exclusivement propriétaire", tel est le cas d'un bain maure dont les salles et la chaufferie ont été fournies au locataire par le bailleur.

¹ Droit commercial, Hassania Carkaoui

b) Les baux non régies par le dahir de 1955 :

En fait certains baux ne sont pas considérés comme des baux commerciaux par le dahir de 1955. D'où la nécessité d'un moyen pour distinguer le bail commercial, des autres locations qui font l'objet de conventions voisines. C'est d'abord la nature de la convention et l'objet de la location.

✓ Exclusion par rapport à la nature de la convention

▪ Emphytéose

Parmi ces conventions, on peut distinguer celles de longue durée, conférant ainsi une protection étendue qui ôte tout intérêt à l'application du statut des baux commerciaux. Il s'agit notamment des baux emphytéotiques², c'est-à-dire aux baux conclus pour une durée supérieure à dix-huit ans et pouvant atteindre quatre-vingt-dix-neuf ans. Mais les dispositions du dahir s'appliquent aux baux passés par les emphytéotes³, sous réserve que la durée du renouvellement consenti à leurs sous-locataires n'ait pas pour effet de prolonger l'occupation des lieux au-delà de la date d'expiration du bail emphytéotique.

▪ Crédit-bail

Une autre exclusion du statut concerne le crédit-bail immobilier (Art. 434 C.Com.). Le crédit-bail immobilier peut se définir comme une opération de crédit, une opération financière qui, juridiquement, se décompose en un contrat de location assorti d'une promesse unilatérale de vente. En effet, dans ce cas le crédit-bail est une forme d'investissement immobilier et l'esprit du dahir de 1955 est d'éviter justement le coût d'un tel investissement.

▪ Convention à courte durée

L'exclusion concerne également certaines conventions de courte durée. Par baux de courte durée, il faut entendre les baux d'une durée de moins de deux ans. En effet, la période d'occupation est trop courte pour qu'une clientèle se développe, et la protection du

² L'emphytéose est un bail de longue durée, pouvant atteindre 99 ans, portant sur un immeuble et conférant au preneur un droit réel.

³ Il s'agit des preneurs.

locataire commerçant se justifie donc moins. Le point de départ du délai est fourni par la date d'entrée effective dans les lieux et non par celle de la convention, qui peut être établie antérieurement.

La durée d'un bail écrit ou verbal n'est pas une condition de la naissance d'un droit à renouvellement. L'article 5 exige une certaine durée de jouissance du fonds : "deux années en vertu d'un ou plusieurs baux écrits successifs et quatre années en vertu, ou bien d'un ou plusieurs baux verbaux successifs, ou bien de baux écrits ou verbaux successifs". Cette nécessité d'une jouissance continue exclut donc de l'application du dahir les locations saisonnières.

✓ **Exclusion par rapport à l'objet de la location**

▪ **Les terrains nus**

Le dahir ne s'applique qu'aux baux d'immeubles ou de locaux ; le mot immeuble s'entend d'un immeuble bâti. Ainsi, il ne régit pas les locations de terrains nus, par exemple un terrain loué sans aménagement à un entrepreneur de camping. Au contraire, il s'applique si le preneur a édifié une construction à usage industriel, commercial ou artisanal, avec le consentement expresse du propriétaire. Concernant la nature et la solidité de ces constructions, il a été jugé que le dahir exige la présence de constructions en "dur", stables et solides.

▪ **Les locaux accessoires**

Le dahir ne joue pas non plus pour les locaux accessoires, locaux à usage d'entrepôt ou de garage puisque la clientèle n'y est pas reçue. Il en va toutefois différemment selon l'article 1^{er} al.1 si ces locaux "sont indispensables à l'exploitation du fonds". La notion est assez incertaine mais elle est interprétée restrictivement par les tribunaux. Il a été jugé qu'une location consentie à une société commerciale pour loger son personnel est, par sa nature une location commerciale, mais n'est pas considérée comme indispensable à l'exploitation du fonds, ce qui l'exclut de la protection de ce dahir.

▪ **Les habous**

Enfin, les immeubles ou locaux constitués en habous ne sont pas régis par le dahir de 1955 à l'exception de ceux qui sont entrés dans les patrimoines habous après la

publication de ce texte (Art. 4 al. 2).

5. La propriété commerciale :

a) Définition :

Droit pour le commerçant locataire du local dans lequel il exploite son fonds de commerce d'obtenir du bailleur le renouvellement de son bail lorsque celui-ci arrive à expiration, ou en cas de refus injustifié, d'obtenir à certaines conditions une indemnité d'éviction représentant le préjudice causé par la privation des locaux.

b) Conditions d'attribution :

On rappellera que le bail ouvrant droit à la propriété commerciale est le bail d'exploitation d'un fonds de commerce. Ainsi des emplacements ou stands complètement intégrés dans un centre commercial n'ont pas de clientèle autonome, ce qui interdit de reconnaître dans ce cas l'existence d'un fonds.

La condition d'existence d'un fonds a été écartée par le législateur au profit de diverses catégories qu'il souhaitait favoriser. Il en est ainsi pour :

- ✓ les baux d'immeubles ou locaux occupés par tous les établissements d'enseignement, privés ou publics ;
- ✓ aux collectivités publiques ou aux établissements publics pour les services exploités en régie, soit au moment de la location, soit ultérieurement avec le consentement du propriétaire ;
- ✓ à certaines catégories d'artistes (art. 2).

A la condition d'existence d'un fonds, s'ajoute celle de son exploitation effective pendant les deux années précédant l'expiration du bail. C'est d'une véritable exploitation dont il s'agit. L'art. 1 n'étend l'application du dahir qu'aux baux d'immeubles ou locaux dans lesquels un fonds de commerce "est" exploité : sans exploitation du fonds, il n'y a pas de clientèle, et sans clientèle il n'y a pas de fonds. Ainsi, l'attribution d'une propriété

commerciale ne saurait s'induire du simple maintien d'une inscription au registre de commerce, sauf en cas de motifs légitimes tel que l'arrêt d'exploitation dû à l'exécution de travaux de modernisation.

6. Les engagements et clauses du bail :

a) Les obligations du bailleur :

- Délivrer au preneur la chose louée et l'entretenir;
- Garantir la chose louée. Cette garantie a deux objets :
 - ✓ Garantie d'éviction permettant au locataire la jouissance et la possession paisible de la chose louée ;
 - ✓ Garantie des défauts et des vices cachés conférant le droit au propriétaire en cas de son inobservation d'obtenir la résolution du contrat ou la réduction proportionnelle du prix du loyer ;
- Prise en charge des grosses réparations (toiture, canalisations) ;
- Paiement des impôts fonciers et, éventuellement, l'assurance des murs sauf accord expresse.

b) Les obligations du locataire :

- Paiement régulier du prix du louage ;
- Conservation de la chose louée et son utilisation sans excès ni abus, suivant sa destination naturelle ou celle précisée par le contrat ;
- Paiement des réparations locatives (restauration des peintures, des carrelages, des portes, des vitres...), cependant, il n'est pas tenu des dégradations dues à la vétusté⁴ ou à la force majeure, aux vices de construction ou par le fait personnel du bailleur ;

⁴ Dégradation causée par l'usage et le temps

- Réparation de toute dégradation ou perte causée par son fait, par sa faute, ou par l'abus de la chose louée ;
- Paiement des taxes dites locatives (de voirie, d'enlèvement des ordures ménagères...)

Cette liste n'est pas exhaustive, en effet les contractants peuvent inclure d'autres clauses élargissant le champ des droits et obligations des contractants, tout en respectant la loi.

c) Les clauses du bail :

Les clauses peuvent être classées en trois catégories :

Clauses habituelles :

Les baux doivent indiquer :

- Le nom et l'adresse du propriétaire et éventuellement de l'intermédiaire professionnel ;
- La durée de la location et la date de mise à disposition du logement au locataire ;
- La description du logement et des annexes (caves, parking...) ;
- L'énumération des parties communes ;
- La destination du logement loué (à usage commercial, industriel ou artisanal en plus d'un descriptif détaillé des activités que le locataire envisage d'exercer faute de bail "Tous Commerces") ;
- Le montant du loyer, la date de paiement et les conditions de la révision du montant du loyer ;
- Le montant du dépôt éventuel de garantie.

En cas de changement de propriétaire le nouveau propriétaire doit notifier au locataire son nom et son adresse, éventuellement ceux de son mandataire.

Clauses facultatives :

Propriétaire et locataire peuvent s'accorder sur certaines clauses facultatives, mais en restant toujours dans le cadre de la loi.

Par exemple, la détermination de la durée du bail est laissée au libre choix des parties.

Clauses abusives (clauses interdites)

Certaines clauses du contrat de location peuvent être réputées non écrites et donc nulles : ce sont les clauses abusives. Par exemple, sont abusives les clauses :

- qui obligent le locataire à souscrire une assurance imposée par le propriétaire ;
- qui imposent l'ordre de prélèvement automatique comme mode de paiement du loyer ;
- par lesquelles le locataire autorise le propriétaire à prélever ou à faire prélever les loyers directement sur son salaire ;
- qui prévoient la résiliation de plein droit du bail pour d'autres motifs que le non respect des charges

Deuxième partie : l'évolution des relations contractuelles :

1. Le loyer :

a) Fixation initiale du loyer :

Au moment de la conclusion du bail, les parties ne subissent aucune contrainte en ce qui concerne le loyer. Elles en fixent le montant en toute liberté. Ici la loi de l'offre et de la demande joue pleinement.

Fréquemment le bailleur exige, lors de la conclusion du bail, le versement d'un « pas de porte », c'est-à-dire une somme globale que paie le locataire en entrant dans les lieux. C'est la contrepartie du démembrement infligé à la propriété du bailleur à raison des droits conférés au locataire. Le « pas de porte », rappelons-le n'est pas prohibé en matière de bail à usage commercial. Il peut aussi être considéré comme un supplément de loyer. Si les parties l'ont ainsi qualifié, le juge devrait en tenir compte dans la fixation du loyer révisé. En revanche, il n'a pas à le prendre en considération pour le calcul de l'indemnité

d'éviction en cas de non renouvellement du bail. L'indemnité est évaluée par rapport à tous les éléments du préjudice « existant à la date de l'expiration du bail ».

b) La révision du loyer :

Pendant l'exécution du bail commercial qui est appelé à durer, le loyer doit faire l'objet d'une révision pour tenir compte de l'érosion monétaire. Cette révision peut être conventionnelle, mais le principe est celui de la révision légale.

La révision légale :

Elle est décrite à l'article 2 du dahir du 5 janvier 1953. Elle ne peut intervenir que tous les trois ans, d'où son appellation de révision triennale. Sauf accord des parties, c'est au président du tribunal de première instance qu'il revient de fixer le loyer révisé. Sa liberté est toutefois limitée par la loi : l'article 2 du dahir de 1953 soumet la révision à une modification des conditions économiques ayant entraîné une variation de plus du quart de la valeur locative.

Lorsque le désaccord porte sur la fixation du loyer renouvelé, l'art 24 dispose que le montant du loyer renouvelé doit correspondre à la valeur locative équitable. Dans son évaluation, le juge est donc libre et n'a à tenir compte d'aucun plafond.

La valeur équitable, étant une notion floue, a amené la jurisprudence à donner quelques directives pour sa fixation. Ainsi, selon un arrêt de rabat du 1^{er} mars 1963, la valeur locative équitable doit être évaluée au niveau exact du service rendu au locataire, en considération du commerce prévu au bail et de son exercice dans les conditions économiques du moment, mais fixés de manière, dans tous les cas à permettre au propriétaire la conservation de l'immeuble et à lui assurer une rentabilité du capital investi ou de la valeur vénale, selon que l'immeuble soit neuf ou non.

L'arrêt ajoute que pour déterminer la valeur locative équitable, le service rendu prévaudra en période de prospérité économique et les notions de préservation de l'immeuble et de la rentabilité du capital immobilier prévaudront en période de crise

économique. Ainsi, on tiendra compte tantôt des facteurs locaux de commercialité : expansion commerciale du quartier, création d'une zone piétonnière ou création d'un parc de stationnement ; tantôt du prix du terrain et de la valeur de la construction...

Exemple :

Mr X a loué auprès de Mr Y un local commercial à Maârif. Lors de la révision légale, les 2 parties ne se sont pas mises d'accord sur le nouveau loyer, donc elles ont eu recours au président du tribunal. Celui-ci a constaté que l'attrait commercial du quartier a nettement augmenté avec l'arrivée de nouvelles franchises, et c'est sur la base de ce critère qu'il a fixé le nouveau loyer

La révision conventionnelle :

Les parties peuvent, par clause dans le contrat de bail, prévoir une révision du loyer commercial. Selon une jurisprudence, la clause ne saurait prendre en considération la valeur vénale du fonds ou le chiffre d'affaires « car le bailleur, n'étant ni l'associé ni le commanditaire du preneur, ne peut être ni bénéficiaire, ni la victime des bonnes ou mauvaises affaires que peut faire le locataire ». De ce fait, le prix d'un bail commercial peut être fixé librement lors de sa conclusion et le calcul du loyer en fonction du chiffre d'affaires du locataire ne constitue pas un mode de détermination du loyer.

2. Le renouvellement :

Le locataire commerçant peut bénéficier du renouvellement du bail à son expiration, mais il ne s'agit que d'une faculté dans la mesure où le propriétaire peut s'y opposer en lui versant une indemnité d'éviction. Il ne s'agit donc pas d'un droit au renouvellement, comme on l'écrit très souvent, parce que le propriétaire peut toujours s'y opposer. Cette prétendue propriété commerciale n'est en fin de compte qu'un droit à indemnité, puisque le locataire évincé peut monnayer son départ.

L'initiative peut venir du propriétaire de l'immeuble qui, six mois avant la date d'expiration du bail, signifie au locataire qu'il lui donne congé et donc qu'il n'entend pas renouveler le contrat. Ce congé peut être donné par lettre recommandée avec accusé de réception. Le congé doit préciser les motifs pour lesquels il est donné, et pour permettre d'opposer au locataire la forclusion (perte de droit d'agir en justice par suite de

l'expiration d'un délai) prévue par l'article 27, il doit reproduire les termes de cet article, il peut également proposer le renouvellement du bail en exigeant une révision du loyer.

L'initiative peut aussi émaner du locataire qui demande lui-même le renouvellement du bail, soit dans les six mois avant l'expiration du contrat, soit à tout moment après l'expiration du contrat (art 7). Ce cas de figure se présente si le propriétaire n'a pas donné congé.

La demande faite au bailleur doit lui être signifiée dans les formes prévues pour le congé avec indication du délai de forclusion de trois mois prévu par l'article 8, pour permettre au locataire de l'opposer en cas de silence du bailleur pendant ce délai, silence qui vaut acceptation du principe du renouvellement.

Si aucune partie ne se manifeste pour provoquer l'expiration du contrat, le bail se poursuit au delà du terme pour une durée indéterminée, le propriétaire conscient du risque financier qu'il assume en refusant le renouvellement accepte la demande formulée par le locataire. Mais il faudra s'accorder sur les termes du nouveau bail et spécialement sur le loyer.

Le congé peut aussi être assorti d'une offre de renouveler le bail à de nouvelles conditions, le propriétaire doit alors indiquer le nouveau loyer qu'il propose. Une autre issue est celle du refus du renouvellement. Une dispute va s'engager sur l'obligation de verser l'indemnité d'éviction.

a) Acceptation du renouvellement :

Maintien des clauses et conditions de l'ancien :

Dans les 3 mois de la signification de la demande de renouvellement du locataire, le bailleur doit faire reconnaître à ce dernier son refus et les causes de ce refus. A défaut, il est censé avoir accepté le principe du renouvellement aux clauses et conditions du bail précédent.

Exemple :

Mr L a loué un local commercial auprès de Mr B. Le 07 septembre 2006 (6 mois

avant l'arrivée à terme du contrat de bail), le locataire a envoyé une demande de renouvellement auprès du bailleur comportant un délai de forclusion de 3 mois. Nous sommes le 07 décembre 2006 :

- ✓ Mr B n'a pas répondu à la demande de Mr L \Rightarrow le silence vaut acceptation et donc le contrat est renouvelé ;
- ✓ Mr B a notifié son refus hier mentionnant les causes de ce refus, il n'y a donc pas de renouvellement et le bailleur se verra verser une indemnité d'éviction au locataire.

Désaccord sur les conditions du nouveau bail :

Le bailleur peut accepter le principe du renouvellement mais poser des conditions que le locataire n'accepte pas. Faute d'accord entre les parties sur le prix, la durée ou les conditions accessoires du bail, le locataire doit porter sa contestation devant le président du tribunal de la situation de l'immeuble dans les trente jours à compter de la réception de la réponse du propriétaire. Le président ou le juge qui le remplace a pour mission de concilier les parties. Il statue par ordonnance motivée qui peut être frappée d'appel dans le délai de quinze jours après sa notification.

Exemple :

Mr B accepte le renouvellement du bail et exige que le prix du loyer soit augmenté de 50%. Si Mr L n'accepte pas cette condition, il dispose d'un délai d'un mois à partir du jour de la réception de la réponse de Mr B afin d'ester en justice.

Pendant la durée de l'instance, le locataire paie les loyers au prix ancien, ou un prix provisionnel fixé par le juge saisi, sauf compte à faire après fixation définitive (art 31).

La décision rendue oblige les parties à passer un nouveau bail aux conditions fixées judiciairement dans le délai de 30 jours qui suit la signification de la décision, à moins que le locataire ne renonce au renouvellement ou que le bailleur n'oppose au renouvellement un refus. Si ce désaccord n'a pas été notifié à la partie adverse dans les formes prévues et dans le délai de 30 jours indiqué ci-dessus, la décision vaut bail.

La durée du nouveau bail est égale à celle prévue dans le contrat expiré sans pouvoir être supérieure à 5 années, sauf toutefois accord des parties pour une durée plus longue. Dans le cas d'un bail à durée indéterminée, la durée du nouveau bail ne peut être

supérieure à 3 années.

Le nouveau bail prend effet à compter de l'expiration du bail précédent ou le premier jour du mois de la date à laquelle un congé aurait été valablement notifié.

b) Refus du renouvellement :

Les formes du refus :

Le propriétaire peut toujours refuser le renouvellement du bail (art 8). Son refus peut être contenu dans le congé qu'il délivre au locataire ou dans la réponse négative qu'il donne à la demande de renouvellement présentée par ce dernier ou encore dans la rétractation qu'il lui adresse pour revenir sur son acceptation de renouvellement.

L'acte de refus doit préciser les motifs pour lesquels il est donné. L'absence de motif n'est pas, comme en droit français, une cause de nullité du congé. La seule sanction qui frappe le bailleur est l'impossibilité pour celui-ci d'opposer à son locataire la forclusion de l'art 27.

Procédure :

Le locataire qui conteste les motifs du refus de renouvellement ou réclame le paiement d'une indemnité d'éviction doit saisir le président du tribunal de première instance du lieu de l'immeuble statuant en référé, dans un délai de 30 jours à compter de la réception du congé ou du refus de renouvellement. Le président du tribunal est saisi en vue d'ordonner les mesures d'expertise nécessaires. Cette mesure très pratique permet d'accélérer la solution des procédures en fixation d'indemnité.

- **Le refus avec indemnité :**

C'est l'hypothèse où le commerçant a rempli les conditions donnant droit au renouvellement du bail commercial. Le refus du propriétaire l'autorise à exiger le versement d'une indemnité d'éviction. Ainsi le droit de propriété commerciale n'est en définitive que le droit du locataire d'être indemnisé au cas où le refus du renouvellement de bail n'est pas justifié.

Cette indemnité est égale au préjudice causé par le non renouvellement (art 10). L'indemnité devra être fixée en tenant compte de tous les éléments de perte que le

locataire aura à subir et de gain dont il sera privé. Les éléments de ce préjudice sont très divers et peuvent se chiffrer à de grosses sommes : frais de réinstallation, pas de porte payé pour l'entrée dans le nouveau local, diminution de la valeur du fonds à cause de l'évaporation de la clientèle, perte d'une licence d'exploitation...C'est pourquoi le législateur a décidé que l'indemnité serait au moins égale à la valeur du fonds. Mais il est évident que l'ont ne peut prendre en considération la valeur du fonds que si le défaut de renouvellement emporte disparition du fonds (de la clientèle). En revanche, si l'éviction (expulsion, mise à l'écart) ne provoque pas la perte du fonds, la valeur de celui-ci n'entre pas dans le calcul de l'indemnité. C'est le cas par exemple ou le fonds est transféré à une faible distance.

Exemple :

Mr B a refusé le renouvellement du bail. Dans ce cas, Mr L est en mesure d'exiger une indemnité d'éviction.

- Si le non renouvellement entraîne la disparition du fonds, la valeur de l'indemnité est au moins égale à la valeur du fonds ;
- Si Mr L s'installe juste à coté et par conséquent la valeur du fonds n'a pas été détériorée, dans ce cas elle ne sera pas prise en considération dans le calcul de l'indemnité d'éviction.

Concernant la reprise pour reconstruire (ART 12) ou surélever l'immeuble (art 15). La reconstruction ne nécessite pas que l'immeuble soit en mauvais état. Le propriétaire est libre de décider de reconstruire et d'améliorer ses bâtiments. Mais le bailleur ne peut se soustraire dans ce cas au paiement d'une indemnité calculée sur le préjudice subi par le locataire, qui ne peut toutefois être supérieure à trois années de loyer. Si le propriétaire se propose seulement de surélever l'immeuble et si les travaux nécessitent l'occupation des locaux loués, il peut différer (remettre à un autre temps) pendant deux années au maximum le renouvellement du bail. Dans ce cas également le locataire a droit à une indemnité calculée sur le préjudice subi, mais qui ne peut être supérieure à deux années de loyer.

- **Règlement de l'indemnité :**

Il est important de signaler que le locataire ne peut être obligé de quitter les lieux tant qu'il n'a pas reçu l'indemnité d'éviction. Mais le propriétaire a le droit de reprendre les locaux en versant une indemnité provisionnelle qui sera fixée par le président du tribunal de première instance. Cette indemnité sera imputée sur le montant de celle qui

sera définitivement fixée par le juge saisi. Si cette dernière somme est inférieure au montant avancé, le locataire sera tenu de la différence envers le propriétaire, ou de rembourser le tout dans le cas où l'octroi de l'indemnité d'éviction est refusé par le tribunal.

- **Le refus sans indemnité :**

L'éviction légitime évacue l'indemnisation. Les causes de légitimité sont au nombre de trois :

- ✓ **La première cause :** l'existence d'un motif légitime et grave. Ce 1^{er} cas de refus sans indemnité (art 1) est l'application d'un droit commun. Le propriétaire aurait pu demander la résolution du bail et s'il ne le fait pas il peut aussi refuser de renouveler le bail. La loi laisse au tribunal le soin d'apprécier ce motif. Ont été retenus comme motifs légitimes du refus sans indemnité des disputes violentes entre les intéressés, défaut d'exploitation du fonds, cession ou sous-location irrégulière, inexécution de travaux d'entretien, transformation des lieux sans autorisation du bailleur.
- ✓ **Deuxième cause :** l'insalubrité de l'immeuble nécessitant qu'il soit démoli totalement ou partiellement ou s'il est établi qu'il ne peut être occupé sans danger à raison de son état, mais il doit l'avoir réclamé en quittant les lieux ou au plus tard dans les trois mois suivants. Le propriétaire doit alors proposer un nouveau bail au locataire. Celui-ci a un délai de trois mois pour l'accepter ou pour saisir les tribunaux en vue de la fixation des conditions (ART 13). Mais la loi ici oblige le bailleur à respecter le droit de priorité du locataire lorsqu'il loue les nouveaux locaux.
- ✓ **Troisième source d'éviction légitime** concerne la reprise en vue de l'habitation personnelle (art 16). Mais c'est un cas qui exige des conditions difficiles à remplir. Le bénéficiaire de la reprise (le bailleur lui-même, son conjoint, ses descendants ou ascendants ou ceux de son conjoint) ne doit pas disposer d'une habitation correspondant à ses besoins normaux, que ces besoins correspondent à une utilisation normale du local et le local doit pouvoir être adapté, par simples travaux d'aménagement, à un usage d'habitation. La reprise partielle est admise, mais à la condition que la jouissance des locaux d'habitation n'apporte aucun trouble à

l'exploitation du fonds. Le bénéficiaire doit occuper personnellement les lieux dans les six mois à dater du départ du locataire évincé et pendant une durée minimum de 5 ans, faute de quoi le locataire évincé a droit à une indemnité d'éviction calculé sur le préjudice subi. Si l'immeuble a été acquis à titre onéreux, l'acquisition doit au moins remonter à 3 ans avant l'exercice de droit de reprise. Lorsque les conditions de reprise sont réunies, le bailleur doit verser au locataire ou à son ayant droit une indemnité égale au dommage subi mais dont le montant ne peut excéder 5 ans de loyer.

3. La cession du droit au bail :

a) Définition :

La cession de bail consiste dans "la transmission des droits résultant du bail... des droits et obligations que le bail conférait et imposait au preneur⁵. Il n'y a pas un bail nouveau ; c'est le bail ancien qui est cédé au point de vue actif et passif ; on transporte le droit au bail en substituant un nouveau preneur à l'ancien".

La cession du bail est un droit acquis par le locataire, en effet l'article 37 du dahir de 1955 précise que "sont nulles, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire (...) de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise". D'autant plus que l'article 189 du D.O.C. stipule que "le transport des droits et créances du créancier primitif à une autre personne peut avoir lieu, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention entre les parties".

Etant donné que le dahir de 1955 ne parle de la cession que dans l'article cité ci-dessous, elle est régie par le D.O.C. (de l'article 189 jusqu'à l'article 227 et des articles 669 et 670). La cession du bail constitue en fait, un "transport des obligations", d'après les termes du D.O.C. (article 673).

b) Les conditions :

Le locataire ne peut céder son fonds, et par la suite son droit au bail, pour un usage différent, ou plus onéreux, que celui déterminé par la convention ou par la nature de la chose.

Afin de protéger le bailleur, le législateur a précisé dans l'article 670 du D.O.C.,

⁵ Personne qui a la jouissance d'un bien loué, autrement dit le preneur est le locataire.

que le locataire est garant de l'acquéreur, et ne cesse pas d'être tenu lui-même envers le bailleur de toutes les obligations résultant du contrat. Cependant, il cesse d'être tenu :

- ✓ Lorsque le propriétaire a touché directement, et sans faire aucune réserve contre le preneur, le prix du louage des mains du cessionnaire;
- ✓ Lorsque le propriétaire a accepté formellement la cession, sans aucune réserve contre le preneur.

c) Le montant du loyer et le renouvellement du bail :

En ce qui concerne ces deux éléments, la cession emporte la substitution du cessionnaire dans les droits et dans les obligations résultant du contrat de louage.

A noter : la cession est soit directe, c'est-à-dire contre une somme d'argent, soit elle est le résultat d'une subrogation⁶ légale, en cas décès du locataire.

4. La sous-location :

a) Définition :

La sous-location est un contrat par lequel le locataire d'un immeuble le donne à bail à un tiers appelé sous-locataire ; le premier preneur est dit locataire principal.

b) Les conditions :

Selon l'article 22 du Dahir de 1955, toute sous-location totale ou partielle exige l'accord du bailleur ou une clause expresse d'autorisation insérée dans le contrat de bail ; à défaut, elle est interdite.

Le locataire doit faire connaître au propriétaire son intention de sous-louer, soit par acte en la forme prévue aux articles 55, 56 et 57 du dahir formant code de procédure civile,

⁶ Opération qui substitue une personne à une autre, le sujet obéissant au même régime juridique que l'élément qu'il remplace.

soit par lettre recommandée avec accusé de réception. Dans les trente jours de la réception de cette notification, le propriétaire doit faire connaître s'il entend concourir à l'acte.

c) Le montant du loyer :

Lorsque le loyer de la sous-location est supérieur au prix de la location principale, le propriétaire a la faculté d'exiger une augmentation correspondante du loyer de la location principale.

d) Le renouvellement du bail :

Le sous-locataire peut demander le renouvellement de son bail au locataire principal dans la mesure des droits que ce dernier tient lui-même du propriétaire (article 23, 1^{er} alinéa).

Le Dahir de 1955 restreint le pouvoir de sous-louer du preneur, par rapport au droit commun (article 668 du D.O.C). Il fait de cette faculté l'exception, l'accord du propriétaire, sous forme de clause contractuelle ou d'autorisation étant nécessaire, alors que le D.O.C. en fait la règle, puisque seule une stipulation contractuelle peut l'exclure.

<https://youtu.be/xhV8HW1Do>