

## Les réformes apportées par la loi n°2008-776 du 4 août 2008, dite loi de modernisation de l'économie (LME) en matière immobilière

**Marie SACCHET**

La loi n°2008-776 du 4 août 2008, dite loi de modernisation de l'économie (LME), entrée en vigueur le 6 août 2008, est une loi « fleuve » de 175 articles, comportant des mesures de portée et d'impact inégaux, réformant un grand nombre de domaines du droit touchant directement ou indirectement à l'économie.

Les objectifs affichés de la LME sont la rapidité d'action et la réforme en profondeur de l'économie française.

**Rapidité d'action.** L'adoption de la LME fait suite à une déclaration d'urgence du 17 juin 2008. Nombre de mesures de la LME sont applicables depuis la publication de la loi au journal officiel, soir le 6 août 2008. En outre, concernant les mesures de la LME subordonnées à la publication d'un décret d'application, le gouvernement s'est engagé à ce que ce décret soit publié avant la fin de l'année afin que l'ensemble des mesures de la LME soient applicables au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

**Réforme en profondeur de l'économie française.** L'objectif affiché est d'inscrire la LME dans la continuité des mesures prises dès le début de la législature en faveur de la croissance et du pouvoir d'achat, conformément aux orientations fixées par le Président de la République dans sa lettre de mission (extrait du rapport de présentation du texte au Sénat). Ainsi, lors de son intervention du 24 juillet 2008, Christine Lagarde insistait sur l'objectif de réforme des « *réglementations de toute nature susceptibles de constituer des entraves à la concurrence et à l'efficacité économique, l'objectif étant de permettre à la France de suivre un chemin de croissance et d'emploi comparable à celui de ses principaux voisins européens.* »

Ceci explique en partie pourquoi la LME accorde au gouvernement l'autorisation de réformer par voie d'ordonnance des pans entiers de certains domaines du droit :

- Le régime de la fiducie ;
- La modernisation de la régulation de la concurrence ;
- La modification du droit des brevets et des marques ;
- La réforme du droit des marques ;
- La réforme de la loi de sauvegarde des entreprises ;
- La modernisation de la place financière française.

En ce que l'immobilier est un domaine clé de l'économie, la LME comprend de nombreuses mesures, d'impact inégal, réformant divers domaines du droit immobilier :

- L'urbanisme commercial ;
- Le statut des baux commerciaux ;
- Le régime des changements d'usage ;
- L'extension du droit de préemption des communes ;
- Un volet « entreprises » ;
- Diverses mesures bancaires et financières intéressant le financement immobilier ;
- Diverses mesures fiscales intéressant également le droit immobilier.

## 1. La réforme de l'urbanisme commercial

La réforme de la réglementation relative à l'urbanisme commercial était attendue, car imposée tant pour des raisons de compatibilité au droit communautaire que par l'inadaptation de cette réglementation aux enjeux économiques actuels.

La réforme apportée par la LME, tant en ce qui concerne le champ d'application que la procédure d'autorisation, vise ainsi à assurer la compatibilité de la procédure d'autorisation d'aménagement commercial au droit communautaire (par la suppression de toute référence à des critères économiques pour l'octroi desdites autorisations et la modification de la composition des commissions) et à adapter la procédure d'autorisation aux enjeux économiques contemporains (savoir renforcer la concurrence en facilitant l'arrivée de nouveaux acteurs, aux fins d'améliorer l'adéquation entre l'offre du marché et la demande des consommateurs).

### **1.1. Réforme du champ d'application de l'autorisation d'urbanisme commercial**

La LME réduit fortement le champ d'application de l'autorisation d'aménagement commercial en instaurant de nouvelles dispenses d'autorisation (regroupement de surfaces de vente, commerces de véhicules automobiles), en excluant certaines activités du champ de l'autorisation (hôtels, commerces de combustible et de carburants) et en relevant le seuil de passage en commission de 300 à 1000 m<sup>2</sup> de surface de vente. Pour ces équipements nouvellement exonérés (d'une surface de vente comprise entre 300 et 1000 m<sup>2</sup>), la LME instaure un contrôle facultatif à l'initiative des élus des communes de moins de 20 000 habitants.

#### *1.1.1. Le relèvement des seuils et l'instauration de nouvelles dispenses d'autorisation*

L'article 102 LME porte de 300 à 100 m<sup>2</sup> le seuil à partir duquel une autorisation de la commission départemental d'aménagement commercial (CDAC) est requise préalablement à la création ou à l'extension d'un magasin de commerce de détail ou d'un ensemble commercial ou à la réouverture d'un magasin après une fermeture prolongée, étant précisé que l'extension du magasin ou de l'ensemble commercial peut avoir lieu en une ou plusieurs fois (nouvel article 752-1-4° du Code de commerce).

Cette décision de porter le seuil à 1000 m<sup>2</sup> a été motivée, notamment, par la nécessité de mettre la réglementation relative aux autorisations d'aménagement commercial en conformité avec le droit communautaire. Dans un communiqué du 13 décembre 2006, la Commission européenne avait en effet été amenée à juger que « *la réglementation française sur l'urbanisme commercial, qui prévoit une procédure d'autorisation pour l'implantation de surfaces commerciales, ne respecte pas l'article 43 du Traité CE relatif à la liberté d'établissement.* » En d'autres termes, la Commission européenne a jugé que le dispositif d'autorisation prévu par la législation française était une entrave disproportionnée à la liberté d'établissement.

Des seuils particuliers sont prévus pour les changements de secteur d'activité (2000 m<sup>2</sup> lorsque l'activité nouvelle n'est pas à prédominance alimentaire et 1000 m<sup>2</sup> lorsque le commerce est à prédominance alimentaire) et les regroupements de surfaces de vente de magasins voisins (2500 m<sup>2</sup> lorsque l'activité nouvelle n'est pas à prédominance alimentaire et 1000 m<sup>2</sup> lorsque le commerce est à prédominance alimentaire).

Les textes distinguent trois secteurs d'activité, le changement de secteur d'activité s'effectuant lorsque le pétitionnaire passe d'un secteur à l'autre :

- Le commerce de détail à prédominance alimentaire ;
- Le commerce de véhicules automobiles, commerce de détail d'équipements automobiles, de motocycles et de carburants, commerce de détail de produits d'équipement du foyer et commerce de détail de produits d'aménagement de l'habitat ;
- Les autres commerces de détail et activités de prestation de services à caractère artisanal.

Concernant les magasins accessibles aux seuls voyageurs munis de billets et situés dans l'enceinte des aéroports ou dans le domaine public affecté aux gares ferroviaires (mais uniquement pour les

commerces des gares situées en centre-ville), le seuil à partir duquel une autorisation est requise est relevé de 1000 à 2500 m<sup>2</sup>.

En outre, ne sont dorénavant plus soumis à la procédure d'autorisation la création ou l'extension (i) d'une installation de distribution au détail de combustibles et de carburants annexée à un magasin ou un ensemble commercial, (ii) d'un hôtel quel que soit sa capacité (article 102-IX, e de la LME) ou (iii) d'un commerce de véhicules automobiles ou de motocycles, que ce commerce dispose ou non d'un atelier.

Enfin, la réouverture au public de locaux qui ont cessé d'être exploités pendant 3 ans (contre 2 ans aujourd'hui) est soumise à autorisation lorsque la surface de vente est supérieure à 1000 m<sup>2</sup> (nouvel article L. 752-1-6°, dans sa rédaction issue de l'article 102-IX-1° de la LME).

Ces dispositions sont applicables dès la publication de la LME, y compris pour les dossiers pour lesquels une demande aurait été déposée avant le 6 août 2008.

En revanche, la LME vise toujours les complexes cinématographiques, pour lesquels le champ d'application de l'autorisation d'aménagement n'a pas changé, tant en ce qui concerne les seuils que la nature du projet. En outre, la réouverture au public, sur le même emplacement, d'un établissement de spectacles cinématographiques de plus de 300 places, comportant plusieurs salles, et dont les locaux ont cessé d'être exploités pendant deux ans, sera désormais soumise à autorisation.

PROJETS SOUMIS A AUTORISATION D'AMENAGEMENT COMMERCIAL	
avant la LME	après la LME
<p><b>Commerce de détail :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Création d'un magasin de commerce de détail d'une surface de vente supérieure à 300 m<sup>2</sup></li> <li>- Extension d'un magasin faisant déjà plus de 300 m<sup>2</sup> ou devant les dépasser en raison de l'extension</li> </ul>	<p>Commerce de détail :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Création d'un magasin de commerce de détail d'une surface de vente supérieure à <u>1000 m<sup>2</sup></u>, résultant soit d'une construction nouvelle, soit de la transformation d'un immeuble existant</li> <li>- Extension de la surface de vente d'un magasin de commerce de détail faisant déjà plus de <u>1000 m<sup>2</sup></u> ou devant les dépasser en raison de l'extension</li> </ul>
<p><b>Ensemble commercial :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Création d'un ensemble commercial d'une surface de vente de plus de 300 m<sup>2</sup></li> <li>- Extension d'un ensemble faisant déjà plus de 300 m<sup>2</sup> ou devant les dépasser en raison de l'extension</li> </ul>	<p><b>Ensemble commercial :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Création d'un ensemble commercial d'une surface de vente totale est supérieure à <u>1000 m<sup>2</sup></u></li> <li>- Extension d'un ensemble commercial réalisée <u>en une ou plusieurs fois</u>, de plus de 1000 m<sup>2</sup></li> </ul>
<p><b>Commerce de carburants / combustibles :</b> Création ou extension d'une installation de distribution au détail de combustibles et de carburants, annexée à un magasin ou un ensemble commercial de plus de 300 m<sup>2</sup></p>	<p><b>Commerce de carburants / combustibles :</b> dispense pour les commerces annexés à un magasin ou un ensemble commercial de plus de 300 m<sup>2</sup></p>
<p>Réutilisation à usage de commerce de détail d'une surface de plus de 300 m<sup>2</sup> libérée à la suite d'une autorisation de création de magasin par transfert d'activités existantes</p>	<p>Dispense</p>
<p><b>Réouverture au public</b> d'un magasin d'une surface de vente de plus de 300 m<sup>2</sup>, après fermeture pendant plus de 2 ans</p>	<p><b>Réouverture au public</b>, sur le même emplacement, d'un magasin de commerce de détail d'une surface de vente supérieure à 1000 m<sup>2</sup> dont les locaux ont cessé d'être exploités pendant plus de 3 ans.</p>
<p><b>Hôtels :</b> Construction ou extension hôtelière de plus de 30 chambres</p>	<p><b>Hôtels :</b> Dispense</p>
<p><b>Changement de secteur d'activité</b> d'un commerce d'une surface de vente de plus de 2000 m<sup>2</sup>, ou de plus de 300 m<sup>2</sup> lorsque l'activité nouvelle est à prédominance alimentaire</p>	<p><b>Changement de secteur d'activité</b> d'un commerce d'une surface de vente de plus de 2000 m<sup>2</sup>, ou de plus de 1000 m<sup>2</sup> lorsque l'activité nouvelle est à prédominance alimentaire</p>

<b>Regroupement de surfaces de vente</b> de magasins voisins excédant 1000 m <sup>2</sup> (ou 300 m <sup>2</sup> lorsque l'activité nouvelle est à prédominance alimentaire), sans création de surfaces de vente supplémentaires.	<b>Regroupement de surfaces de vente</b> de magasins voisins excédant 2500 m <sup>2</sup> (ou 1000 m <sup>2</sup> lorsque l'activité nouvelle est à prédominance alimentaire), sans création de surfaces de vente supplémentaires.
<b>PROJETS DISPENSES D'AUTORISATION D'AMENAGEMENT COMMERCIAL</b>	
<b>avant la LME</b>	<b>après la LME</b>
<b>Regroupement de surfaces de vente de magasins voisins, sans création de surfaces nouvelles</b> : regroupement de surfaces de vente de moins de 1000 m <sup>2</sup> (300 m <sup>2</sup> lorsque l'activité est à prédominance alimentaire)	<b>Regroupement de surfaces de vente de magasins voisins, sans création de surfaces nouvelles</b> : regroupement de surfaces de vente de moins de <u>2500 m<sup>2</sup></u> ( <u>1000 m<sup>2</sup></u> lorsque l'activité est à prédominance alimentaire)
<b>Pharmacies</b>	<b>Pharmacies</b>
<b>Garages et commerces de véhicules</b> : dispense lorsque la surface de vente est inférieure à 1000 m <sup>2</sup> et dispose d'un atelier d'entretien et de réparation	<b>Garages et commerces de véhicules</b> : dispense sans condition de surfaces ni condition d'existence d'un atelier.
<b>Gares ferroviaires</b> : dispense pour les commerces situés sur le domaine public affecté aux gares ferroviaires, d'une surface de vente de moins de 1000 m <sup>2</sup>	<b>Gares ferroviaires</b> : dispense pour les commerces situés sur le domaine public affecté aux gares ferroviaires <u>de centre-ville</u> , d'une surface de vente de <u>moins de 2500 m<sup>2</sup></u>
<b>Halles et marchés</b> : dispense pour les commerces d'approvisionnement au détail établis sur les dépendances du domaine public	<b>Halles et marchés</b> : dispense pour les commerces d'approvisionnement au détail établis sur les dépendances du domaine public
<b>Magasins des aéroports</b> : dispense pour les magasins accessibles aux seuls voyageurs munis de billets	<b>Magasins des aéroports</b> : dispense pour les magasins accessibles aux seuls voyageurs munis de billets

**Tableau récapitulatif**

*1.1.2. L'instauration d'une procédure facultative d'avis*

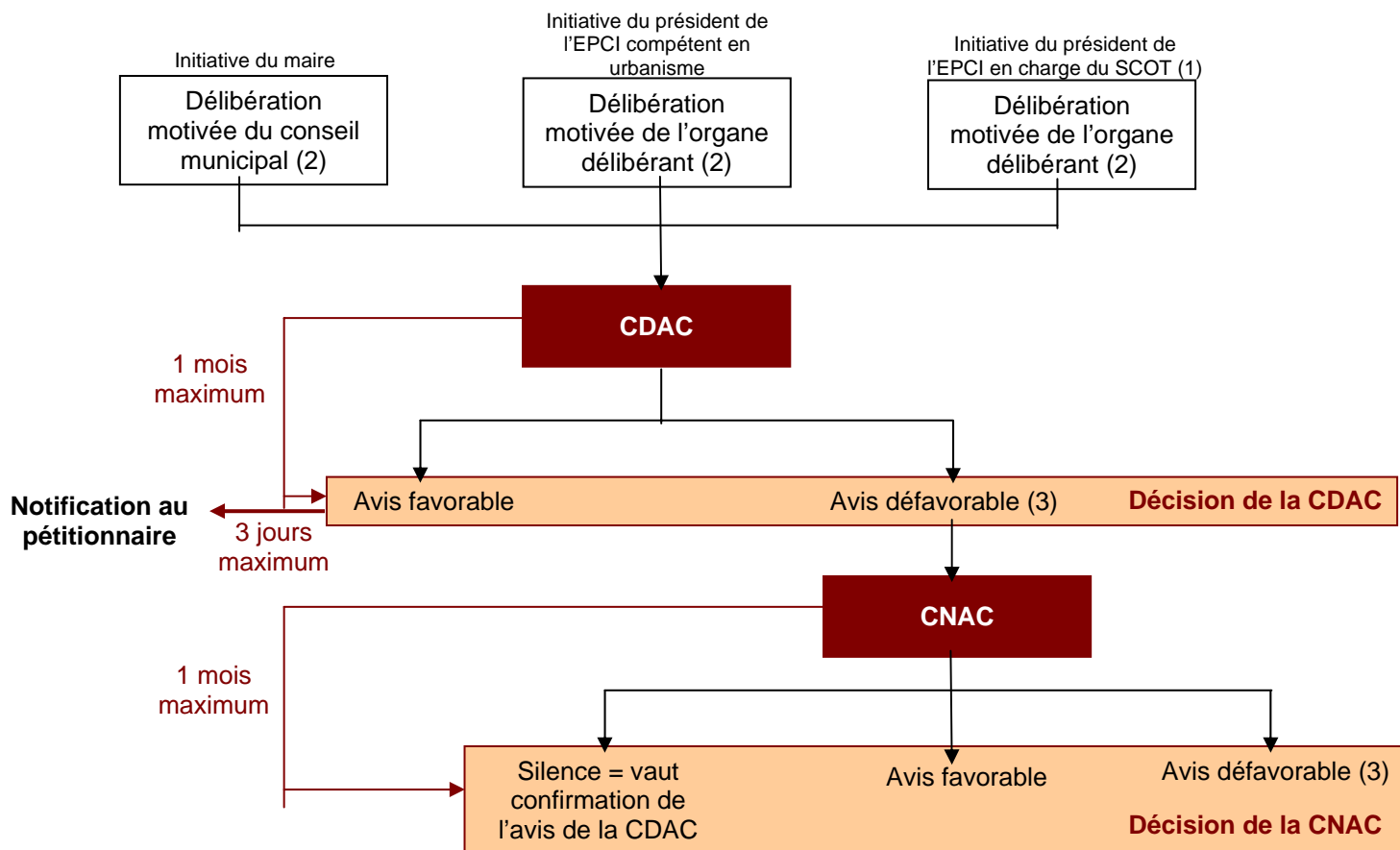
Pour les projets nouvellement dispensés d'autorisation (car d'une surface de vente comprises entre 300 et 1000 m<sup>2</sup>), les élus locaux disposeront de la faculté de les soumettre, pour avis, aux commissions départementales d'aménagement commercial (CDAC).

Ainsi, selon le nouvel article L. 752-4 du Code de commerce, dans les communes de moins de 20 000 habitants, le maire ou le président de l'établissement public intercommunal (EPCI) compétent en matière d'urbanisme, saisi d'une demande de permis de construire ou d'équipement commercial d'une surface de vente comprise entre 300 et 1000 m<sup>2</sup>, pourra proposer à l'organe délibérant de la commune ou de l'EPCI de saisir la CDAC, afin que celle-ci statue sur la conformité du projet par rapport aux critères des autorisations d'aménagement commercial (cf. point 1.2.3 *infra* et nouvel article L. 752-6 du Code de commerce). La décision sera prise par délibération motivée de ces organes délibérant. Cette décision doit être transmise au pétitionnaire dans un délai de 3 jours.

La CDAC devra se prononcer dans un délai d'un mois. Le pétitionnaire du permis se verra notifier la délibération motivée de la CDAC dans les trois jours de sa délibération, et une procédure d'appel devant la commission nationale d'aménagement commercial (CNAC) est instaurée.

Dans tous les cas, le caractère défavorable de l'avis s'opposera à la délivrance du permis de construire.

Cette procédure de saisine facultative de la CDAC est entrée en vigueur dès la publication de la LME (article 102-XXIX de la LME). Les élus locaux compétents peuvent ainsi saisir la commission départementale d'équipement commercial (CDEC) sans attendre l'entrée en vigueur du nouveau régime, ni la mise en place des nouvelles CDAC.



- (1) La demande de permis de construire lui est transmise dans les 8 jours par le maire ou le président de l'EPCI compétent en matière d'urbanisme
- (2) La décision est transmise au pétitionnaire dans le délai de 3 jours
- (3) Le permis de construire doit être refusé.

**Schéma récapitulatif de saisine de la CDAC pour les projets d'une surface de vente comprise entre 300 et 1000 m²**

**1.2. Réforme de la procédure d'autorisation**

**1.2.1. Instauration des commissions d'aménagement commercial**

Les commissions départementales d'équipement commercial (CDEC) deviennent commissions départementales d'aménagement commercial (CDAC) et les commissions nationales d'équipement commercial (CNEC) deviennent commissions nationales d'aménagement commercial (CNAC). Ce changement de dénomination est justifié par la volonté de mettre en place une « *appellation plus conforme aux objectifs qui doivent désormais guider ces commissions et qui justifient l'existence d'un régime d'autorisation, c'est-à-dire le développement durable et l'aménagement du territoire* » (extrait des rapports parlementaires).

La mise en place des CDAC et CNAC est subordonnée par à la publication du décret d'application. En conséquence, le législateur a prévu, sous réserve des décisions passées en force de chose jugée, de valider les autorisations d'aménagement délivrées jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009, en tant qu'elles seraient contestées par le moyen tiré du caractère non nominatif de l'arrêté préfectoral fixant la composition de la CDEC ayant délivré l'autorisation.

Cette mesure est d'application immédiate. Elle a pour objet de sécuriser les autorisations fragilisées par une décision récente du Conseil d'État (CE, 16 janvier 2008, Sté Leroy Merlin), qui avait déclaré illégal un arrêté du préfet qui fixait la composition de la CDEC, sans préciser l'identité des représentants éventuels des élus et autorités devant siéger. L'acte ne permettait pas, comme le prévoit les textes, de connaître à l'avance l'identité des personnes susceptibles de siéger, soit en vertu de la qualité qui le leur permet, soit par l'indication nominative de la personne susceptible de les représenter.

Le poids des élus au sein des commissions se trouve renforcé.

Ils sont désormais au nombre de cinq (et non plus trois) dans les **CDAC**, ce qui porte le nombre de membres de cette commission à huit (nouvel article L. 751-2-1 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 102-III de la LME). Outre les trois élus locaux intéressés (maire de la commune d'implantation, président de l'EPCI compétent en matière d'aménagement et maire de la commune la plus peuplée de l'arrondissement), font désormais partie de la CDAC, le président du conseil général ou son représentant ainsi que le président ou son représentant du syndicat mixte ou de l'établissement public de coopération intercommunale chargé du schéma de cohérence territoriale auquel a adhéré la commune d'implantation du projet, et trois personnalités qualifiées en matière de consommation, de développement durable et d'aménagement du territoire. Ces personnalités sont destinées à remplacer notamment les présidents de chambres de métiers et les présidents de chambre de commerce, cette présence étant contestée par les instances communautaires.

En effet, l'article 14 de la Directive « services » prévoit que les États membres ne doivent pas subordonner l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect de certaines exigences, et notamment « *l'intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents au sein d'organes consultatifs, dans l'octroi d'autorisations ou dans l'adoption d'autres décisions des autorités compétentes* » (article 14-6) de la Directive).

Lorsque l'un des élus détient plusieurs mandats parmi ceux mentionnés par les textes, le préfet désigne pour le remplacer un ou plusieurs maires de communes situées dans la zone de chalandise concernée.

Lorsque la zone de chalandise du projet dépasse les limites du département, le préfet complète la composition de la CDAC en désignant au moins un élu et une personnalité qualifiée de chaque autre département concerné.

La CDAC peut en outre entendre toute personne dont l'avis présente un intérêt (nouvel article L. 751-2-II dernier alinéa, dans sa rédaction issue de l'article 102-III-2° de la LME).

A Paris, la composition de la CDAC diffère, compte tenu de la spécificité administrative de la ville de la capitale (qui est à la fois une ville et un département). Ainsi, pour les projets dont l'implantation est envisagée sur la commune de Paris, la CDAC comprend 2 élus supplémentaires : un adjoint au maire de Paris et un conseiller régional. En outre, le maire de Paris et le maire d'arrondissement du lieu d'implantation du projet, qui sont membres de la CDAC, peuvent désormais être représentés (nouvel article L 751-2 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 102-III-3° de la LME).

Au sein des **CNAC**, seules sont modifiées les compétences des personnalités qualifiées, dans les mêmes conditions que pour les CDAC (nouvel article L. 751-6-5° du Code de commerce). En outre, les quatre personnalités qualifiées pourront également être désignées pour leur compétence en matière d'urbanisme ou de développement durable, le ministre chargé de l'urbanisme et de l'environnement procédant en conséquence à la désignation de l'une de ces personnalités (nouvel article L. 751-6-I du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 102-IV-1° et 2° de la LME).

Aucun membre ne peut siéger dans une commission, départementale ou nationale, s'il a un intérêt personnel dans une affaire ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées. Au sein de la commission nationale, la notion d'intérêt direct est maintenue (la notion ayant été supprimée pour les membres des commissions départementales). Pour assurer cette neutralité, les membres des commissions ont l'obligation de déclarer les intérêts qu'ils ont dans une activité économique (nouvel article L. 751-7 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 102-VII de la LME).

### 1.2.2. Allègement de la procédure d'autorisation

L'objectif de la LME est le raccourcissement et l'encadrement des délais d'instruction. Notamment, la procédure d'enquête publique, qui était prévue par la législation actuelle pour les projets les plus importants, est totalement supprimée.

La CDAC devra se prononcer sur les demandes d'autorisation, dans un délai de deux mois (contre quatre aujourd'hui). Son silence à l'issue de ce délai sera considéré comme une décision implicite d'autorisation (nouvel article L. 752-14 du Code de commerce).

La décision sera désormais obtenue à la majorité des membres présents (le quorum de 4 voix sur 6 disparaissant). Le préfet, qui préside la CDAC, ne prend pas part au vote. Par souci de transparence, le sens du vote de chaque membre de la Commission sera repris dans le procès-verbal.

La décision de la CDAC devra être notifiée dans les dix jours au pétitionnaire et au maire (nouvel article L. 752-14-II, dans sa rédaction issue de l'article 102-XIX de la LME).

Le recours contre la décision de la CDAC devra être introduit devant la CNAC dans un délai d'un mois (contre deux aujourd'hui).

La liste des personnes auxquelles le recours devant la CNAC est ouvert est clarifiée : il s'agit du pétitionnaire, préfet, du maire de la commune d'implantation du projet, du président de l'établissement public de coopération intercommunal ou du président du syndicat mixte et de toute personne ayant intérêt à agir.

Les membres de la CDAC qui s'est prononcée ne peuvent plus faire appel d'une décision, puisque pour siéger ils ne peuvent plus avoir d'intérêt dans l'affaire (nouvelles règles de conflit d'intérêt).

La saisine de la CNAC devient un préalable obligatoire à l'introduction de tout recours contentieux, à peine d'irrecevabilité de ce dernier (nouvel article L. 752-17 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 102-XXI de la LME). Dès lors, l'ensemble du contentieux de la légalité des décisions d'aménagement commercial relèvera, à l'avenir, de la compétence exclusive du Conseil d'État, en premier et dernier ressort.

La CNAC peut entendre, à sa demande, le maire de la commune d'implantation du projet (membre de la CDAC qui s'est prononcée en première instance).

La CNAC disposera toujours d'un délai de quatre mois pour statuer (nouvel article L. 752-17 alinéa 1<sup>er</sup>, dans sa rédaction issue de l'article 102-XXI de la LME).

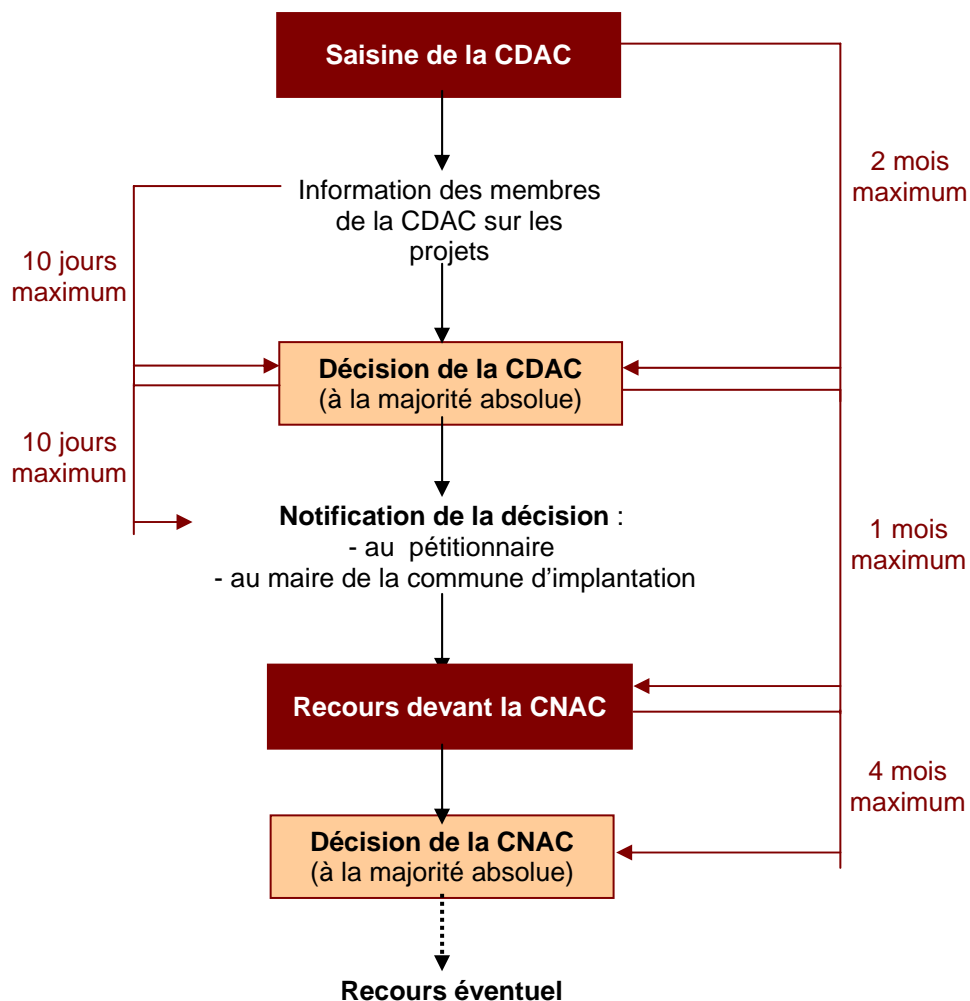


Schéma récapitulatif : procédure de délivrance d'une autorisation

**1.2.3. Renouveau des critères de délivrance de l'autorisation**

La LME réduit considérablement le nombre de critères en vertu desquels la CDAC autorise ou refuse un projet d'aménagement commercial, notamment aux fins de mettre la législation en conformité avec les exigences communautaires.

La CDAC, pour délivrer ou refuser l'autorisation d'aménagement commercial, examine les effets du projet en matière d'aménagement du territoire, de développement durable et de protection des consommateurs (nouvel article L. 752-6 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 102-XVI de la LME).

Ces critères sont conformes aux exigences de la Commission européenne, pour qui « *les objectifs de protection de l'environnement et de l'urbanisme, ou l'aménagement du territoire, sont des raisons d'intérêt général de nature à justifier des restrictions aux libertés fondamentales* » (communiqué de la Commission européenne du 13 décembre 2006).

Les critères d'évaluation sont, en matière d'aménagement du territoire, l'effet sur l'animation de la vie urbaine, rurale et de montagne, l'effet du projet sur les flux de transport, les effets découlant des procédures prévues aux articles L. 303-1 du code de la construction et de l'habitation (soit les opérations programmées d'amélioration de l'habitat) et L. 123-11 du code de l'urbanisme (savoir les zones d'aménagement concerté).

Les critères d'évaluation en matière de développement durable sont la qualité environnementale du projet et son insertion dans les réseaux de transport collectif.

Conformément aux exigences communautaires, toute référence à un critère économique ou de concurrence est évacuée.

En effet, l'article 14 de la Directive « services » prévoit que les Etats membres ne doivent pas subordonner l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect de certaines exigences listées par cet article, et notamment « *l'application au cas par cas d'un test économique consistant à subordonner l'octroi de l'autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande de marché, à évaluer les effets économiques potentiels ou actuels de l'activité ou à évaluer l'adéquation de l'activité avec les objectifs de programmation économique fixés par l'autorité compétente* » (article 14-5° de la Directive « services »).

Ces nouveaux critères vont mettre fin à la jurisprudence développée par le Conseil d'État pour tente de concilier les anciens critères d'autorisation. Avant la LME, les CDEC devaient rechercher si le projet était de nature à compromettre l'équilibre entre les différentes formes de commerce. En l'absence de déséquilibre, l'autorisation devait être délivrée, sans prendre en compte les autres critères. En revanche, en cas de déséquilibre, les CDEC devaient procéder à un bilan avantages/inconvénients et rechercher si l'inconvénient lié au déséquilibre était compensé par les effets positifs que le projet pouvait présenter au regard des autres critères (Conseil d'État, 27 mai 2002, SA Guimatho). Cette construction jurisprudentielle reposait essentiellement sur des critères économiques, ce qui était condamné par la Commission européenne.

CRITERES D'AUTORISATION	
AVANT LA LME	APRES LA LME
<p>1° Offre et demande globale pour chaque secteur d'activité dans la zone de chalandise</p> <p>2° Densité d'équipement en moyennes et grandes surfaces dans la zone concernée</p> <p>3° Effet potentiel du projet sur l'appareil commercial et artisanal de la zone et des agglomérations concernées, ainsi que sur l'équilibre souhaitable entre les différentes formes de commerce</p> <p>4° Impact éventuel du projet en termes d'emplois salariés et non salariés</p> <p>5° Conditions d'exercice de la concurrence au sein du commerce et de l'artisanat</p> <p>6° Engagements des demandeurs de création de magasins de détail à prédominance alimentaire</p>	<p>1° Critères en matière d'aménagement du territoire :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Effet du projet sur l'animation de la vie urbaine, rurale et de montage</li> <li>- Effets du projet sur les flux de transport</li> <li>- Effets découlant des procédures prévues aux articles L. 303-1 du code de la construction et de l'habitation (OPAH) et L. 123-11 du code de l'urbanisme (ZAC)</li> </ul> <p>2° Critères en matière de développement durable :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Qualité environnementale du projet</li> <li>- Insertion du projet dans les réseaux de transport collectif</li> </ul> <p>3° Critères liés à la protection du consommateur</p>

<p>de créer dans les zones de dynamisation urbaine ou les territoires ruraux de développement prioritaires des magasins de même type d'une surface de vente inférieure à 300 m<sup>2</sup>, pour au moins 10% des surfaces créées</p> <p>7° Actions destinées à assurer le maintien ou l'implantation de commerce de proximité ou d'artisans, pour les projets destinés à être implantés dans une agglomération où est mise en œuvre une des procédures prévues aux articles L. 303-1 du code de la construction et de l'habitation (OPAH) et L. 123-11 du code de l'urbanisme (ZAC)</p>	
--	--

**Tableau récapitulatif : critères pris en compte pour la délivrance des autorisations**

**1.2.4. Mise en œuvre des projets : articulation avec les autorisations d'urbanisme**

L'obtention de l'autorisation d'aménagement commercial, lorsqu'elle est requise, constitue toujours un préalable obligatoire à la délivrance du permis de construire éventuellement nécessaire à la réalisation du projet.

Cependant, en application des articles L. 425-7 et 425-8 du Code de l'urbanisme, la mise en œuvre du permis de construire ne pourra être entreprise avant l'expiration des délais de recours contre l'autorisation d'aménagement commercial. Cela revient à conférer au recours contentieux contre cette autorisation un effet suspensif du permis de construire (qui n'existe pas concernant les autres autorisations préalables à la délivrance du permis de construire, tel l'agrément concernant les activités en Ile-de-France).

**1.3. Réforme des pouvoirs de contrôle des autorités compétentes**

**1.3.1. Nouveaux pouvoirs du maire en matière de concurrence**

Indépendamment de la procédure d'autorisation d'aménagement commercial, les maires se voient reconnaître la faculté de saisir le Conseil de la Concurrence en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail (nouvel article L. 752-5 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 102-XV de la LME), le Conseil de la Concurrence pouvant alors prononcer les injonctions de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles et sanctions pécuniaires prévues à l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Cette disposition est entrée en vigueur dès la publication de la LME.

**1.3.2. Nouveaux pouvoirs du préfet en matière de répression**

En cas d'exploitation illicite contrevenant au nouveau régime des autorisations d'aménagement commercial, le préfet pourra désormais mettre en demeure l'exploitant concerné de ramener sa surface de vente à celle autorisée, dans un délai d'un mois. Passé ce délai, il pourra, sans préjudice de l'application des sanctions pénales encourues, ordonner la fermeture au public des surfaces illégalement exploitées, jusqu'à régularisation effective (nouvel article L. 752-23 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 102-XXVII de la LME).

Ces mesures seront assorties d'une astreinte journalière de 150 euros.

**2. Les innovations apportées en matière de baux commerciaux**

La LME apporte diverses réformes au statut des baux commerciaux, qui restait une matière quasi inchangée depuis le décret du 30 septembre 1953, malgré divers travaux et rapports préconisant des adaptations et modernisations de ce régime, et nommant le rapport rendu en avril 2004 au garde des

Sceaux par le groupe de travail constitué sous la présidence de Philippe Pelletier (dit rapport Pelletier), afin de le mettre en adéquation avec une économie moderne, bien différente de celle ayant justifiée l'instauration d'un statut protecteur en 1953.

La LME reprend certaines des propositions phares du rapport Pelletier. Les modifications apportées par la LME au statut des baux commerciaux sont d'importance inégale (assouplissement de l'obligation d'immatriculation des locataires, application conventionnelle du statut aux professionnels, diverses réformes relatives à la durée tant du bail commercial que du bail dérogatoire, consécration légale de l'indice sur les loyers commerciaux).

### **2.1. L'assouplissement de l'obligation d'immatriculation du locataire**

L'article L. 145-1 du Code de commerce permet désormais à l'exploitant d'un fonds de commerce ou artisanal de bénéficier de la protection statutaire des baux commerciaux, alors même que ses co-preneurs ou co-indivisaires non exploitants ne seraient pas immatriculés au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers.

Le même droit est accordé aux héritiers ou ayants droit d'un exploitant décédé, dès lors que le maintien de l'immatriculation de leur ayant-cause a été demandé pour les besoins de la succession.

Cette modification est une réaction à la lecture très rigoureuse qu'a toujours effectuée la Cour de cassation des conditions d'application du statut des baux commerciaux posées par l'article L. 145-1 du Code de commerce au titre du droit au renouvellement, et notamment de la condition d'immatriculation de l'exploitation du fonds commercial ou artisanal. La Cour a ainsi toujours exigé, non seulement l'immatriculation du locataire exploitant, mais également, en cas de pluralité de preneurs à bail, l'immatriculation de chacun d'entre eux et ce même s'ils n'étaient pas eux-mêmes copropriétaires ou co-exploitants du fonds.

La Cour de cassation n'acceptait d'exception que pour les époux communs en biens et les cohéritiers indivis. Ainsi, elle refusait le renouvellement lorsque les cotitulaires du bail, non exploitant, n'étaient pas immatriculés au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers (au moins en qualité de non-exploitant) ou lorsque le nu-proprétaire d'un fonds de commerce (alors même qu'il n'est pas l'exploitant du fonds, cette qualité appartenant à l'usufruitier) n'était pas lui-même immatriculé.

La modification de l'article L. 145-1 du Code de commerce ne vise que les co-preneurs ou co-indivisaires non exploitants. Ainsi, l'obligation d'immatriculation multiple, à titre de condition du droit au renouvellement du bail, demeure à l'égard des co-exploitants d'un fonds, de même qu'en cas de démembrement de propriété du droit au bail (le nu-proprétaire et l'usufruitier n'étant pas en indivision).

### **2.2. L'application conventionnelle du statut des baux commerciaux aux professionnels<sup>1</sup>**

Avant la LME, la soumission volontaire d'un professionnel au statut des baux commerciaux présentait un intérêt limité, dans la mesure où le statut des baux professionnels (issu de l'article 57A, inséré dans la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 par la loi n°89-462 du 6 juillet 1989) était d'ordre public. La jurisprudence en avait donc déduit l'application cumulative des dispositions protectrices des deux statuts, statut des baux commerciaux et statut des baux professionnels (Cass., A.P., 17 mai 2002, JurisData n°2008-014447). La jurisprudence considérait en effet que, s'il est possible d'octroyer au locataire les avantages résultant du statut des baux commerciaux, cela ne peut le priver pour autant de ceux qui lui sont reconnus par l'article 57 A, et notamment le droit de donner congé à tout moment.

Cependant, dans la mesure où l'ordre public en matière locative est un ordre public de protection, auquel le bénéficiaire peut renoncer une fois le droit acquis, il était fréquent de voir le locataire renoncer à sa faculté de donner congé à tout moment en adoptant conventionnellement le statut des baux commerciaux. Ces pratiques conduisaient à une certaine insécurité juridique, notamment sur la portée d'une telle renonciation. La doctrine, quant à elle, estimait que lorsque le professionnel avait

<sup>1</sup> Pour une étude approfondie de la question et notamment pour une définition de la notion de location à usage professionnelle, voir *J. Lafond, L'application volontaire du statut des baux commerciaux aux « professionnels » après la loi LME, JCP N, N°42, 1311.*

renoncé à l'application du statut des baux professionnels par l'adoption conventionnel du statut des baux commerciaux, le statut issu de l'article 57-A ne pouvait continuer à s'appliquer, les avantages résultant du régime des baux commerciaux étant substantiels et constituant largement la contrepartie de l'abandon de la faculté de donner congé à tout moment (voir *J.-P. Blatter, La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et les baux commerciaux, AJDI, Septembre 2008, p. 649*).

Consacrant la proposition n° 67 du rapport Pelletier, la LME modifie les articles 57-A de la loi du 23 décembre 1986 et L. 145-2 du Code de commerce, afin de permettre, tout en reconnaissant « *la coexistence de deux statuts d'ordre public* », de déroger conventionnellement au statut des baux professionnels en adoptant le statut des baux commerciaux.

Il est ainsi ajouté à l'article L. 145-2 une septième catégorie de baux bénéficiant du statut des baux commerciaux (« *aux baux d'un local affecté à un usage exclusivement professionnel, si les parties ont conventionnellement adopté ce régime* »).

Cette dérogation concerne uniquement les locaux affectés à un usage exclusivement professionnel. En effet, les locaux affectés à usage mixte (habitation et professionnel) sont régis par la loi n°89-462 du 6 juillet 1989, d'ordre public. Il n'est pas possible de leur appliquer conventionnellement le statut des baux commerciaux.

En outre, il est ajouté un dernier alinéa à l'article 57-A, prévoyant expressément qu'en adoptant le régime des baux commerciaux, il est dérogé au statut des baux professionnels.

L'adoption conventionnelle du statut des baux commerciaux à un local affecté à un usage exclusivement professionnel emportera donc exclusion automatique du statut des baux professionnels, sous réserve que cette adoption soit claire et non équivoque. La Cour de cassation appliquera certainement sur ce point sa jurisprudence en matière de baux dérogatoires, qui décide que la seule stipulation d'une durée de deux années n'est pas suffisante pour exprimer la volonté des parties de se soumettre au régime des baux dérogatoires (3<sup>e</sup> civ., 2 février 2005, Bull. civ. III, n°20).

L'adoption conventionnelle du statut des baux commerciaux ne pourra être simplement partielle, l'exclusion du statut des baux professionnels étant alors automatique. Il ne sera donc pas possible aux parties de procéder à un « panachage » des dispositions des différents statuts. La location d'un local à usage professionnel sera donc assujettie, soit de plein droit au statut des baux professionnels (organisé par l'article 57-A de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986), soit de par la volonté expresse et non équivoque des parties au statut des baux commerciaux.

	BAIL COMMERCIAL	BAIL PROFESSIONNEL
<b>Nature de l'engagement des parties</b>	Acte de disposition (restrictions concernant les pouvoirs et la capacité des parties)	Acte d'administration
<b>Durée</b>	9 ans minimum	6 ans
<b>Congé délivré par le preneur en cours de bail</b>	En principe tous les 3 ans moyennant un préavis de 6 mois, mais possibilité d'y déroger conventionnellement	A tous moment, moyennant un préavis de 6 mois
<b>Congé délivré par le bailleur en cours de bail</b>	Possible dans certains cas visés par les articles L. 145-18, L. 145-21 et L. 145-24 du Code de commerce (construction, reconstruction, surélévation de l'immeuble, exécution de travaux prescrits ou autorisés dans le cadre d'une opération de restauration immobilière)	Impossible
<b>Résiliation du bail</b>	La clause résolutoire de plein droit est réglementée	Liberté des conventions
<b>Révision du loyer en cours de bail</b>	Révision triennale légale (à défaut de stipulation d'une clause d'échelle mobile), plafonnée (ICC ou ILC) sauf causes de déplafonnement (article L. 145-38)	Liberté des conventions

<b>Cession du bail</b>	Liberté des conventions, sous la réserve de la cession du droit au bail à l'acquéreur du fonds, qui ne peut être interdite (disposition d'ordre public)	Liberté des conventions, la cession pouvant être totalement interdite.
<b>Sous-location</b>	Liberté des conventions. Dans le silence du bail, la sous-location est interdite.	Liberté des conventions. Dans le silence du bail, la sous-location est libre.
<b>Destination des locaux</b>	Fixée par le bail, avec possibilité d'exercer des activités connexes ou complémentaires et de demander une déspecialisation totale ou partielle	Fixée par le bail sans possibilité de demande une déspecialisation (sauf clause contraire du bail)
<b>Refus de renouvellement du bail</b>	Le refus de renouvellement doit être motivé par le bailleur (motifs graves et légitimes, immeuble insalubre ou dangereux, reprise pour habiter, construction, reconstruction ou surélévation de l'immeuble, exécution de travaux en secteur sauvegardé ou en zone de restauration immobilière). A défaut, le bailleur devra payer une indemnité d'éviction.	Toujours possible pour le bailleur, sans que ce dernier ait à motiver sa décision ou à payer une indemnité d'éviction.
<b>Renouvellement du bail</b>	Sur demande du locataire ou après congé du bailleur avec offre de renouvellement. Le bail est renouvelé en principe aux mêmes conditions, sauf en ce qui concerne le loyer (article L. 145-34). A défaut de demande ou d'offre de renouvellement, le bail se poursuit par tacite prolongation, avec possibilité pour les parties de donner congé à tout moment.	Facultatif pour le bailleur, qui peut subordonner le renouvellement à la fixation de nouvelles conditions. A défaut de refus de renouvellement signifié par le bailleur six mois avant la fin du bail, celui-ci est reconduit aux mêmes conditions et pour la même durée.

**Tableau comparatif du statut des baux commerciaux et professionnels**

### **2.3. Les réformes relatives à la durée**

#### **2.3.1. La suppression de la référence aux usages locaux**

Reprenant la proposition du rapport Pelletier, qui considérait que « *dans un Etat laïc et modernes, les usages locaux pouvaient être avantageusement remplacés par des règles sûres, uniformes et connues de tous, sur l'ensemble des territoires de la République* » l'article 45 de la LME fait disparaître toute référence aux usages locaux ou aux termes d'usage dans les articles du Code de commerce relatifs à la durée ou au renouvellement du bail commercial (articles L. 145-8, L. 145-9 et L. 145-12). Ces termes sont remplacés par le premier ou le dernier jour du trimestre civil.

Cette suppression est heureuse dans la mesure où la référence aux usages locaux était source d'incertitudes et d'inégalité, selon la région de conclusion des contrats, la connaissance et le maniement des usages n'étant pas aisé (les usages locaux étaient généralement liés à des fêtes ou des périodes religieuses). Les dates et délais en résultant étaient donc nombreux et divers.

Par exemple, en Provence, le congé devait être donné avant Pâques, pour la Saint-Michel, et en tout état de cause au moins six mois à l'avance. A Pau et dans sa région, le terme d'usage est annuel à partir du terme contractuel. A Rennes, le terme annuel est le 24 juin. A Toulouse, Nancy ou Bordeaux, le délai de six mois est compté de date à date.

Un congé pourra toujours être délivré pour le terme contractuellement prévu, sous réserve du respect d'un préavis de six mois. De même, le renouvellement du bail prendra effet pour le lendemain du terme contractuellement prévu, si la demande en est formulée au moins six mois à l'avance.

Toutefois, désormais, en période de tacite prolongation du bail commercial, qui commence, en l'absence de congé ou de demande de renouvellement, au lendemain du terme contractuellement prévu :

- un congé ne pourra être délivré à tout moment, que pour le dernier jour du trimestre civil éloigné de plus de six mois de ce congé (article L. 145-9 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 45 de la LME).  
Ainsi, par exemple pour un bail venant à échéance le 14 avril 2009, le congé pourra être délivré pour le terme contractuel jusqu'au 14 octobre 2008. Passé le 14 octobre 2008, le congé devra nécessairement être délivré pour le terme civil éloigné de plus de six de ce congé, savoir le 30 juin 2009 (si le congé est donné avant le 31 décembre 2008), le 30 septembre 2009 (si le congé est donné avant le 31 mars), le 31 décembre 2009 (si le congé est donné avant le 30 juin) et ainsi de suite ;
- une demande de renouvellement ne pourra prendre effet qu'au premier jour du trimestre civil qui lui fera suite (article L. 145-12 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 45 de la LME).  
Ainsi, par exemple pour un bail venant à échéance le 14 avril 2009, dans l'hypothèse d'un congé avec offre de renouvellement formulé par le bailleur avant le 14 octobre 2008, le nouveau bail prendra effet le 15 avril 2009. En cas de demande de renouvellement formulée par le preneur par exemple le 20 mai 2009, le nouveau bail prendra effet le 1<sup>er</sup> juin 2009.

### 2.3.2. Le nouveau régime des baux dérogatoires

La Cour de cassation avait considéré, en effectuant une lecture stricte de l'article L. 145-5 du Code de commerce, que le bail dérogatoire, même si sa durée était inférieure à deux ans, était nécessairement un bail unique qui ne pouvait de ce fait ni être reconduit, ni être renouvelé entre les mêmes parties, pour le même local, et ce même dans la limite de deux années fixée par l'article L. 145-5 du Code de commerce.

Il était ainsi impossible pour des parties de reconduire pour quelques semaines un bail dérogatoire d'une durée initiale inférieure à deux années, ce qui avait été critiqué par les propositions n° 80 et 81 du rapport Pelletier, qui préconisaient de « *permettre la succession de plusieurs baux dérogatoires dans la limite de la durée totale de deux ans* » et de « *clarifier la situation juridique des parties à l'issue de la période dérogatoire* », afin d'accorder à ce régime plus de souplesse et de sécurité. Le rapport soulevait en effet qu'il avait été observé que « *les parties pouvaient souhaiter s'engager pour une durée inférieure à deux ans, par exemple une année, et que rien ne justifiait que la prolongation de cette courte période demeure illicite.* »

L'article 44 de la LME consacre la proposition n° 80 du rapport Pelletier, en validant la conclusion de plusieurs baux dérogatoire successifs, dès lors que la durée totale de ceux-ci n'est pas supérieure à deux ans (nouvel article L. 145-5 du Code de commerce).

La nouvelle rédaction de l'article L. 145-5 du Code de commerce est ainsi la suivante : « *Les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux du preneur, déroger aux dispositions du présent chapitre à la condition que la durée totale du bail ou des baux successifs ne soit pas supérieure à deux ans* ».

La seule exigence légale demeure ainsi la limite de deux ans, qui encadre la conclusion d'un ou plusieurs baux successifs dérogatoires. Cette réforme apporte une simplification bienvenue qui apportera une souplesse de gestion aux parties. La LME n'ayant pas repris la proposition n° 81 du rapport Pelletier relative à la situation juridique des parties à l'issue de la période dérogatoire, les solutions jurisprudentielles relatives au terme du contrat continueront de s'appliquer, et notamment l'obligation de délivrer congé avant le terme du bail.

### 2.3.3. Suppression de la sanction de forclusion

L'ensemble des actions exercées en application du statut des baux commerciaux se prescrit par deux ans. Toutefois, la faculté pour le preneur de contester un congé ou de demander le paiement d'une indemnité d'éviction était assortie d'une forclusion biennale, laquelle n'était susceptible ni de suspension, ni d'interruption (délai préfix de deux ans et non prescription biennale).

Cette forclusion est abrogée dans les articles L. 145-9 et L. 145-10 du Code de commerce, par l'article 45-D de la LME.

Désormais, la nature du délai courant contre le locataire qui fait l'objet d'un refus de renouvellement sans offre de paiement d'une indemnité d'éviction est un délai de prescription de deux ans, et non plus un délai préfix (sanctionné par la forclusion). Désormais, aux fins de sauvegarder ses intérêts, le locataire pourra désormais valablement agir en assignant son bailleur en paiement d'une indemnité d'éviction (ce qui a un effet interruptif du délai de prescription).

### 2.3.4. Délai de libération des lieux par le locataire après paiement de l'indemnité d'éviction

L'article L. 145-29 du Code de commerce prévoyait qu'en cas d'éviction, le preneur devait remettre les lieux au bailleur « pour le premier jour du terme d'usage suivant l'expiration du délai de quinzaine à compter du versement de l'indemnité entre les mains du locataire lui-même ou éventuellement d'un séquestre. » Cette formulation était imprécise et sujette à de nombreuses difficultés d'interprétation. En outre, selon les usages locaux, la computation de ce délai pouvait s'étendre de seize jours seulement à près d'une année, ce qui était source d'inégalités.

L'article 46 de la LME, consacrant la proposition n° 104 du rapport Pelletier, a donc précisé le délai de libération des lieux après paiement de l'indemnité d'éviction, en indiquant que le locataire devait remettre les lieux au bailleur « à l'expiration d'un délai de trois mois suivant la date de versement de l'indemnité d'éviction » (nouvel article L. 145-29, dans sa rédaction issue de l'article 46 de la LME). En outre, si l'indemnité est versée entre les mains d'un séquestre, il est désormais prévu que le délai de libération commencera désormais à courir à compter du jour où la notification du versement entre les mains du séquestre sera faite au locataire.

## 2.4. La consécration légale de l'indice sur les loyers commerciaux

Pour être applicable, le nouvel indice des loyers commerciaux (ILC), créé par un accord interprofessionnel réuni sous l'égide de la fédération Procos, en date du 20 décembre 2007, avait besoin de la validation du législateur.

En effet, l'ILC est composé pour 50% de l'indice des prix à la consommation, pour 25% de l'indice du coût de la construction et pour 25% de l'indice du chiffre d'affaires du commerce de détail.

Or, par application de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier (qui prohibe précisément l'indexation des loyers sur l'indice général des prix) cet indice était totalement illicite en tant qu'il reposait en partie sur l'indice des prix à la consommation.

Les articles 40 et 47 de la LME ont donc modifié les articles L. 112-2 et L. 112-3 du code monétaire et financier et les articles L. 145-34 et L. 145-38 du Code de commerce afin de consacrer l'ILC en tant qu'indice de révision des loyers des baux soumis au statut des baux commerciaux, consacrant ainsi la proposition n°86 du rapport Pelletier, préconisant de « poursuivre les travaux en cours en vue de créer un indice INSEE mesurant le coût de la location, plus adéquat que celui mesurant le coût de la construction ».

Le nouvel article L. 112-2 du code monétaire et financier prévoit désormais que « Est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'institut national des statistiques et des études économiques ou, pour des activités commerciales définies par décret, sur la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux publié dans des conditions fixées par ce même décret par l'institut national des statistiques et des études économiques. »

Et le nouvel article L. 112-3 du code monétaire et financier prévoit que « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 112-1 et du premier alinéa de l'article L. 112-2 et selon des modalités définies par décret, peuvent être indexés sur le niveau général des prix :

9° *Les loyers prévus pour les conventions portant sur un local d'habitation ou sur un local affecté à des activités commerciales relevant du décret prévu au premier alinéa de l'article L. 112-2.* »

Il ressort de la nouvelle rédaction de ces textes que le nouvel ILC est applicable dès la parution du décret d'application de la LME sur ce point. C'est chose faite avec la publication du décret d'application n°2008-1139 du 4 novembre 2008, qui détermine les conditions de fixation de cet indice par l'institut national des statistiques et des études économiques et les activités économiques pouvant faire l'objet d'une indexation fondée en partie sur la variation du niveau général des prix. Il s'agit de « *toutes les activités commerciales, y compris celles exercées par les artisans, à l'exception des activités commerciales exercées dans des locaux à usage exclusif de bureaux, y compris les plates-formes logistiques, ainsi que les activités industrielles au sens de l'article L. 110-1-5° du code de commerce* » (nouvel article D. 112-2 du Code monétaire et financier, créé par le décret n°2008-1139 du 4 novembre 2008).

Restait à modifier les articles L. 145-34 et L. 145-38 du Code de commerce, qui se référaient, pour la fixation du loyer du bail renouvelé (article L. 14-34) et pour la révision triennale légale (article L. 145-38) au seul indice du coût de la construction. En effet, ces articles (dans leur référence à l'indice INSEE du coût de la construction) sont d'ordre public. L'application de la variation de l'ILC pour la fixation du loyer du bail renouvelé ou pour l'exercice de la révision triennale légale était donc empêchée par la référence exclusive par ces articles au seul indice INSEE du coût de la construction. L'article 47-I de la LME a donc modifié ces articles afin d'intégrer le nouvel ILC, lorsqu'il sera applicable.

Ainsi, si le loyer du bail renouvelé est en principe fixé à la valeur locative, ce loyer renouvelé ne pourra être supérieure au loyer plafond, qui sera désormais calculé en appliquant au loyer initial, soit la variation de l'indice INSEE du coût de la construction, soit la variation de l'indice INSEE des loyers commerciaux lorsqu'il sera applicable (nouvel article L. 145-34 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 47-I de la LME).

De même, la majoration ou la diminution du loyer consécutive à une révision triennale légale, lorsque son jeu n'aura pas été écarté par l'application d'une clause d'échelle mobile, ne pourra excéder, soit la variation de l'indice INSEE du coût de la construction, soit la variation de l'indice INSEE des loyers commerciaux lorsqu'il sera applicable (nouvel article L. 145-38 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 47-I de la LME).

L'ILC ne sera pas applicable à tous les baux commerciaux, puisqu'il ne concernera que les « *activités commerciales définies par décret* » (nouvel article L. 112-2 du code monétaire et financier). Ainsi, et du fait de la rédaction du décret n°2008-1139 du 4 novembre 2008, l'ILC ne sera notamment pas applicable aux activités exercées dans des locaux à usage exclusif de bureaux, y compris les activités commerciales (nouvel article D. 112-2 du Code monétaire et financier).

A cet égard, le nouvel article D. 122-2 apporte une précision sur la notion de « locaux à usage exclusif de bureaux », en disposant expressément que cet usage n'est pas incompatible avec l'exercice dans les locaux considérés d'une activité commerciale ou de plate-forme logistique.

Ainsi, la précision que le local est à usage exclusif de bureaux n'emportera pas par elle-même la qualification de destination de bureaux au sens de l'article R. 123-9 du Code de l'urbanisme. Un local initialement affecté à destination commerciale et sur lequel est conclu un bail portant sur une activité certes commerciale mais avec la mention expresse d'usage exclusif de bureaux n'emporterait donc pas obligation pour le bailleur de déposer une déclaration préalable pour constater le changement de destination entre deux catégories visées à l'article R. 123-9 du Code de l'urbanisme (commerce et bureau), en violation apparente de l'article R. 421-17 b) du Code de l'urbanisme. **Ce point restera à trancher par la jurisprudence.**

Cet indice, applicable à raison de l'activité considéré, jouera tant à l'occasion des révisions triennales que des renouvellements plafonnés et pourra être adopté conventionnellement par les parties pour asseoir une clause d'échelle mobile (en application de l'article L. 145-39 du Code de commerce).

S'agissant des révisions triennales légales, l'application de l'ILC aux activités commerciales sera d'ailleurs obligatoire, les dispositions de l'article L. 145-38 étant d'ordre public. En revanche, s'agissant du loyer du bail renouvelé, les parties auront la possibilité d'adopter dans le bail, comme indice de référence, soit l'indice INSEE du coût de la construction, soit l'indice INSEE des loyers commerciaux. Il sera ainsi possible dans un bail d'appliquer l'ILC aux révisions triennales mais l'ICC lors du renouvellement, ce qui pourrait avoir pour conséquence que le loyer renouvelé soit inférieur au dernier loyer fixé à l'occasion d'une révision. Ces questions pourront être une cause potentielle de

contentieux dans l'avenir (considérera-t-on notamment qu'il pourra s'agir d'une cause de déplafonnement ?).

La LME ne comporte aucune disposition transitoire relative à l'entrée en vigueur de ces nouvelles règles. Le nouvel ILC ne pourra donc s'appliquer, sauf accord contraire des parties, qu'aux baux à conclure après le 6 novembre 2008 (date de publication du décret d'application au journal officiel). Les baux en cours et les baux renouvelés ne pourront opter pour l'application du nouvel ILC qu'avec l'accord exprès des parties.

L'INSEE a publié le 10 novembre 2008 l'ILC du 2<sup>ème</sup> trimestre 2008, qui s'élève à 101,20 (soit une variation annuelle de 3,85%, contre une variation annuelle de 8,85% pour l'ICC).

### **3. Les innovations apportées au régime du changement d'usage des locaux**

Dans certaines communes françaises, le régime de la police de l'usage des locaux vient protéger le logement, qui ne peut pas être transformé pour un usage autre que l'habitation, sauf à être autorisé par l'autorité administrative compétente et moyennant le paiement d'une compensation (article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation).

Ce régime vise à protéger l'affectation à usage d'habitation des locaux situés dans des secteurs où l'activité économique est forte et entraîne l'occupation de plus en plus fréquente de locaux, initialement à usage d'habitation, en locaux à usage professionnel ou commercial (l'ouest parisien, le quartier d'affaires de la Défense, la quasi-totalité des villes des Hauts-de-Seine, par exemple).

La LME réforme ce régime, non pas dans son esprit, mais dans les procédures de mise en œuvre, afin de donner plus de prérogatives aux élus locaux et de faciliter l'installation d'activités professionnelles, commerciales ou artisanales dans certains locaux d'habitation (qu'il s'agisse de logements privés ou de logements appartenant à des organismes HLM). L'objectif est ainsi d'assouplir les conditions d'utilisation des locaux d'habitation comme locaux professionnels accessoires, afin d'encourager le développement des activités et la création d'entreprises.

#### **3.1. Réforme de la procédure du changement d'usage**

##### **3.1.1. Transfert de la compétence au niveau municipal**

L'article 13 de la LME opère, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009, un transfert de la compétence décisionnaire en matière de police de l'usage des locaux, actuellement exercée par les préfets, aux **maires** respectifs des communes de plus de 200 000 habitants et de celles situées dans les départements des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne, dans lesquelles le changement d'usage des locaux est soumis à une autorisation préalable, en application du premier alinéa de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation.

Par ailleurs, le champ d'application de la police des changements d'usage qui, avant la LME, pouvait être étendu à d'autres communes par décision de l'autorité administrative prise après avis du maire (ancien article L. 631-9), pourra désormais l'être sur proposition du maire de la commune concernée (nouvel article L. 631-9 du code de la construction et de l'habitation, dans sa rédaction issue de l'article 13-IX de la LME).

##### **3.1.2. Procédure de changement désormais fixée par le conseil municipal**

Parallèlement au transfert de compétence du pouvoir de la police des changements d'usage, l'article 13 de la LME prévoit désormais que, dans chacune des communes visées par le premier alinéa de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation, une délibération émanant, soit du conseil municipal, soit de l'organe délibérant de l'EPCI compétent en matière d'urbanisme dont la commune serait membre, fixe les conditions dans lesquelles sont délivrées les autorisations de changement d'usage, en fonction notamment des caractéristiques des marchés de locaux d'habitation et de la

nécessité de ne pas aggraver la pénurie de logements (conditions de délivrance des autorisations de changement d'usage, détermination des compensations par quartier et, le cas échéant, par arrondissement). Aujourd'hui, ces conditions sont définies par arrêté préfectoral.

### 3.2. Réforme des conditions du changement d'usage

#### 3.2.1. Un changement d'usage facilité

Les conditions de fonds, dans lesquelles le demandeur pourra être autorisé à utiliser une partie de sa résidence principale à un usage autre que l'habitation, sont assouplies.

Ainsi, cette possibilité d'utilisation d'une partie de la résidence principale à un autre usage est désormais ouverte, sur autorisation préalable du maire de la commune concernée, en vue de « l'exercice d'une activité professionnelle, y compris commerciale, pourvu que :

- aucune stipulation contractuelle prévue par le bail ou le règlement de copropriété ne s'y oppose ;
- l'activité professionnelle dont il s'agit n'engendre ni nuisance ni danger pour le voisinage et qu'elle ne conduise à aucun désordre pour le bâti » (nouvel article L. 631-7-2 du code de la construction et de l'habitation, dans sa rédaction issue de l'article 13-V de la LME).

Un tel changement d'usage n'était jusqu'alors autorisé qu'en vue de l'exercice d'une activité professionnelle ne présentant à aucun moment un caractère commercial (ancien article L. 631-7-2, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2005-655 du 8 juin 2005).

En outre, l'article L. 631-7-3 prévoyait que « par dérogation aux dispositions des articles L. 631-7 et L. 631-7-2, l'exercice d'une activité professionnelle, y compris commerciale, est autorisée dans une partie d'un local à usage d'habitation, dès lors que l'activité considérée n'est exercée que par le ou les occupants ayant leur résidence principale dans ce local et ne conduit à y recevoir ni clientèle, ni marchandises. »

Il est créé un nouvel article L. 631-7-4, autorisant **de plein droit** (i.e. sans l'autorisation préalable visée par l'article L. 631-7 du code de la construction) l'exercice d'une activité professionnelle, y compris commerciale, dans une partie d'un local d'habitation situé en rez-de-chaussée, pourvu que :

- l'activité considérée ne soit exercée que par le ou les occupants ayant leur résidence principale dans ce local, qu'elle n'engendre ni nuisance, ni danger pour le voisinage et qu'elle ne conduise à aucun désordre pour le bâti ;
- aucune stipulation contractuelle prévue par le bail ou le règlement de copropriété ne s'y oppose ;
- le local en cause n'appartienne pas à un organisme HLM.

Dans ces hypothèses, l'application du statut des baux commerciaux est par principe écartée, le bail d'habitation de la résidence principale ne pouvant constituer un élément constitutif du fonds de commerce.

#### 3.2.2. Les règles propres aux organismes HLM

Pour les logements situés dans les HLM, l'autorisation visée par le nouvel article L. 631-7-2 du code de la construction (savoir l'autorisation d'exercice d'une activité professionnelle, y compris commerciale, dans une partie de la résidence principale de l'exploitant) n'est susceptible d'être accordée que dans les locaux situés au rez-de-chaussée (nouvel article L. 631-7-5-I du code de la construction et de l'habitation).

Lesdites autorisations sont alors précédées d'un avis du propriétaire du local (nouvel article L. 631-7-5-II du code de la construction et de l'habitation).

La LME supprime ainsi la restriction qui existait jusqu'alors, issue de l'article 40 de la loi n°2007-290 du 5 mars 2007 dite loi DALO, qui n'ouvrait cette faculté d'utilisation des locaux situés en rez-de-chaussée à des fins professionnelles qu'à titre temporaire et uniquement dans les zones urbaines sensibles (article L. 443-11 alinéa 7 du code de la construction et de l'habitation).

L'absence de caractère temporaire de l'autorisation ainsi accordée par la LME oblige à une précision relative à la législation sur les loyers : « le bail d'habitation de ces locaux n'est pas soumis au chapitre

*V du titre IV du livre Ier du Code de commerce et ne peut être un élément constitutif du fonds de commerce. »*

Enfin, est étendu aux logements appartenant aux organismes HLM le dispositif de l'article L. 631-7-3, autorisant **de plein droit** l'exercice d'une activité professionnelle, y compris commerciale, dans une partie d'un local d'habitation, pourvu que :

- l'activité considérée ne soit exercée que par le ou les occupants ayant leur résidence principale dans ce local,
- l'activité ne conduise pas recevoir dans le local une clientèle ou des marchandises ;
- elle n'engendre ni nuisance, ni danger pour le voisinage et qu'elle ne conduise à aucun désordre pour le bâtiment ;
- aucune stipulation contractuelle prévue par le bail ou le règlement de copropriété ne s'y oppose.

### 3.2.3. Articulation avec la législation des autorisations d'urbanisme

L'assouplissement des conditions de changement d'usage dans certains locaux d'habitation pose une question au regard du régime des autorisations d'urbanisme.

En effet, dès lors qu'est autorisée (de plein droit ou sur autorisation préalable du maire de la commune concernée) un changement d'usage d'une partie d'un local d'habitation, doit-on, au regard de la législation d'urbanisme :

- considérer qu'il y a nécessairement changement de destination de cette partie du local, ce qui nécessiterait le dépôt d'une déclaration préalable (en application de l'article R. 421-17 b) du code de l'urbanisme) ou d'un permis de construire (lorsque le changement de destination s'accompagne de la modification des structures porteuses ou de la façade du bâtiment, en application de l'article R. 421-14 b) du code de l'urbanisme) ; ou
- considérer qu'il s'agit d'une utilisation accessoire d'un local toujours destiné principalement à l'habitation. Il n'y aurait alors pas changement de destination, en application du principe posé par l'article L. 123-9 du code de l'urbanisme, selon lequel les locaux accessoires sont réputés avoir la même destination que le local principal.

## 4. L'extension du droit de préemption des communes

Le droit de préemption des communes, régi par les articles L. 214-1 à L. 214-3 du code de l'urbanisme, concerne les cessions de fonds de commerce, de fonds artisanaux ou de baux commerciaux.

L'article 101 de la LME modifie l'article L. 241-1 du code de l'urbanisme, pour élargir le champ d'application de ce droit de préemption et soumettre au droit de préemption des communes « *les cessions de terrains portant ou destinés à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1000 m<sup>2</sup>* ».

Cette réforme doit être lue à la lumière de la réforme apportée aux autorisations d'urbanisme commercial. Elle permet en effet aux élus locaux de conserver la possibilité d'intervenir et d'empêcher l'installation d'un équipement commercial aux dimensions inférieures au nouveau seuil de 1000 m<sup>2</sup>, visé par la réforme de l'urbanisme commercial. Ainsi, si les communes n'ont plus leur mot à dire sur le fondement de l'autorisation d'urbanisme commercial, elles gardent un droit de regard sur le fondement du droit de préemption.

Ainsi, à supposer que la commune n'ait pas été en mesure de bloquer un projet d'aménagement commercial (car non soumis à autorisation d'urbanisme commercial en raison de sa taille et non soumis à la procédure d'avis auprès de la CDAC en raison de la taille de la commune d'implantation), elle pourra toujours bloquer ce projet en exerçant son droit de préemption.

A cet égard, les prérogatives des communes en matière de droit de préemption sont d'ailleurs renforcées, l'article L. 214-2 du code de l'urbanisme ayant été modifié, afin d'étendre les objectifs en vertu desquels les communes peuvent exercer leur droit de préemption. L'objet du droit de préemption est désormais, non seulement de préserver la diversité, mais également de « *promouvoir le développement* ».

Pour les terrains « destinés à porter des commerce *d'une surface de vente comprise entre 300 et 1000 m<sup>2</sup>* », le notaire devra donc systématiquement interroger l'acquéreur, afin de connaître son projet sur le terrain acquis.

Reste une incertitude sur la hiérarchie à adopter entre les différents droits de préemption mis en place. En effet, sur un même immeuble, deux droits de préemption concurrents peuvent s'exercer (notamment le droit de préemption urbain ou en zone d'aménagement différé et le droit de préemption de l'article L. 214-1 du code de l'urbanisme), dont les titulaires peuvent être différents. En effet, le droit de préemption urbain peut être délégué, en vertu des textes, à l'aménageur de la zone d'aménagement, ou à une société chargée de la restauration d'un périmètre défini. Or, le législateur n'a pas prévu de hiérarchie entre ces différents droits de préemption.

Le notaire devra donc notifier le droit de préemption urbain ou en zone d'aménagement différé et le droit de préemption de l'article L. 214-1 du code de l'urbanisme, sans savoir ce qu'il adviendrait en cas d'exercice des droits de préemption par les deux titulaires.

Ces dispositions sont entrées en vigueur dès la publication de la LME.

## **5. Le volet « entreprises » de la LME**

La LME a pour objectif de « *lever les contraintes qui empêchent certains secteurs de se développer, de créer des emplois et de faire baisser les prix* ». Pour les entreprises, et en particuliers pour les petites et moyennes entreprises, cet objectif passe par la simplification de toutes les étapes de vie de l'entreprise (création, reprise, développement, transmission) dont certaines ont un impact direct en matière immobilière.

### **5.1. Création d'un statut de l'entrepreneur individuel**

La LME simplifie les formalités de création des sociétés à responsabilités limitée unipersonnelles (EURL) et des sociétés par actions simplifiées unipersonnelles (SASU), dont l'associé unique assure la gérance ou la présidence, en prévoyant une dispense de publicité au BODACC lors de la création de ces sociétés. Le décret d'application viendra préciser les conditions d'application de cette dispense. Ainsi, à compter de la publication du décret d'application, les actes de sociétés soumis à publicité seront opposables aux tiers à compter de leur inscription au registre du commerce et des sociétés et non plus 16 jours après leur publication au BODACC.

Une procédure allégée est également prévue pour l'approbation des comptes : l'obligation de déposer le rapport annuel de gestion au registre du commerce et sociétés est supprimée, le dépôt au registre du commerce et des sociétés de l'inventaire et des comptes annuels valant désormais approbation des comptes. L'associé unique demeure toutefois tenu d'établir un rapport pour l'information des tiers.

### **5.2. Réforme des dispositions applicables en matière d'insaisissabilité**

L'article 14 de la LME étend la protection de la résidence principale des entrepreneurs individuels (créée par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 et codifiées aux articles L. 526-1 et suivants du Code de commerce) à tous biens fonciers (bâti ou non bâti) non affectés à l'usage professionnel de l'entrepreneur.

La LME crée ainsi un véritable patrimoine professionnel d'affectation, distinct du patrimoine personnel (non affecté à l'usage professionnel), patrimoine dont l'insaisissabilité ne se réduit plus à la seule résidence principal de l'entrepreneur.

En outre, les éléments du patrimoine que l'entrepreneur aura déclarés comme insaisissables pourront être sortis du régime de l'insaisissabilité dans leur ensemble ou individuellement.

Enfin, dans l'hypothèse où l'entrepreneur aurait renoncé au bénéfice de l'insaisissabilité sur certains éléments de son patrimoine personnel, au bénéfice d'un créancier, l'éventuel cessionnaire de la créance ainsi garantie pourra désormais se prévaloir de cette renonciation à l'encontre de l'entrepreneur.

Ainsi, le nouvel article L. 562-3 du Code de commerce, tel qu'issu de l'article 14 de la LME, prévoit que « *la déclaration peut, à tout moment, faire l'objet d'une renonciation soumise aux mêmes conditions de validité et d'opposabilité. La renonciation peut porter sur tout ou partie des biens ; elle peut être faite au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers mentionnés à l'article L. 526-1 désignés par l'acte authentique de renonciation. Lorsque le bénéficiaire de cette renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci.* »

### **5.3. Dispense d'immatriculation et régime microsocial**

La LME modifie l'article L. 123-1-1 du code de commerce, dispensant les personnes physiques exerçant une activité commerciale de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés, dès lors qu'elles bénéficient du régime dit microsocial, organisé par l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale.

Le décret d'application devra préciser les conditions d'application de cette dispense, et notamment les modalités de déclaration d'activité auprès du centre des formalités des entreprises compétent, les conditions de l'information des tiers sur l'absence d'immatriculation, ainsi que les modalités de déclaration d'activité consécutives au dépassement de seuil.

Des dispositions semblables ont été prises concernant les personnes physiques exerçant une activité artisanale, les dispensant d'immatriculation au répertoire des métiers (article 19 de la loi n°96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat).

Cette dispense d'immatriculation n'emportera pas dénégarion du droit au statut des baux commerciaux, et ce même si la LME n'a pas spécifiquement modifié l'article L. 145-1 du code de commerce à ce sujet.

En outre, on peut penser que les dispositions relatives au régime microsocial devront être combinées avec celles ayant allégé les dispositions du contrôle des changements d'usage des locaux d'habitation. En effet, dans bien des cas, le bénéficiaire du régime microsocial ne disposera pas d'un local spécifique dédié à son activité commerciale, mais exercera son activité dans une partie de son local d'habitation.

### **5.4. Attractivité renforcée des SAS**

La LME simplifie le droit des sociétés applicables aux sociétés par actions simplifiée (SAS), afin d'en faire le véhicule phare des petites et moyennes entreprises.

Ainsi, aucun capital minimum n'est plus exigé pour la création de telles sociétés.

En outre, le LME rend optionnelle pour ces sociétés, dès lors qu'elles ne dépassent pas certains seuils de capital social (à fixer par décret), la certification de leurs comptes par un commissaire aux comptes. De même, l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes ne sera plus exigée que pour les seules SAS dépassant certains seuils de capital social (à fixer par décret) et pour les SAS contrôlant ou contrôlées par une ou plusieurs sociétés.

Enfin, diverses mesures autorisent les apports en industrie pour les SAS, les actions rémunérant ces apports étant alors inaliénables.

## **6. Les innovations en matière de sûretés<sup>2</sup>**

La LME comporte diverses mesures en matière bancaire et financière, ayant un impact direct en matière de financement immobilier même si ces réformes ont un champ d'application plus large que l'unique matière immobilière.

### **6.1. Renforcement des prérogatives de l'agent de sûretés**

La LME modifie l'article 2328-1 du Code civil afin de permettre à une personne désignée à cette fin dans l'acte de prêt, non seulement d'inscrire, « *de gérer et de réaliser toute sûreté réelle pour le*

<sup>2</sup> Avec la participation de Florence VILAIN, doctorante en droit des biens, Université de Créteil

*compte des créanciers de l'obligation garantie* », i.e. les prêteurs au titre d'un crédit syndiqué (ancienne rédaction de l'article 2328-1 du Code civil, issue de la loi n°2007-211 du 19 février 2007), mais également de constituer une telle sûreté pour leur compte.

Se pose la question de savoir si cet agent, spécialement désigné à cette fin dans l'acte de prêt, pourra valablement constituer une telle sûreté, en son nom uniquement mais pour le compte de l'ensemble des créanciers du crédit syndiqué, sans avoir à désigner chacun d'eux dans l'acte constitutif de la sûreté.

## **6.2. Consécration du droit de rétention au créancier gagiste sans dépossession**

La LME modifie l'article 2286 du Code civil en y ajoutant un 4°, qui confère au créancier titulaire d'un gage sans dépossession un droit de rétention à l'instar du créancier gagiste avec dépossession.

La nouvelle rédaction de l'article 2286 du Code civil est ainsi devenue : « *Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :*

- 1° *Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;*
- 2° *Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;*
- 3° *Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ;*
- 4° ***Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.*** »

L'article 2286, inséré dans le Code civil par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 (l'« **Ordonnance** »), consacre le droit de rétention dans le chapitre relatif aux sûretés, bien qu'il ne soit appréhendé ni comme une sûreté personnelle ni comme une sûreté réelle.

Il a en effet une finalité de sûreté en tant qu'il permet de se garantir contre le non paiement d'une créance, mais il n'octroie pas de droit de préférence sur le bien retenu à la différence d'une sûreté réelle, et n'offre pas non plus de patrimoine supplémentaire sur lequel pourrait se payer le créancier en cas de défaillance du débiteur, comme dans l'hypothèse d'une sûreté personnelle. Le titulaire d'un droit de rétention ne peut que retenir la chose et refuser de la restituer jusqu'au complet paiement de sa créance, à charge pour lui cependant d'assurer la conservation du bien et de ne pas s'en dessaisir volontairement.

L'article 2286 consacrait, avant l'entrée en vigueur de la LME, trois fondements au droit de rétention. Si le droit de rétention fondé sur la connexité juridique (article 2286-2° du Code civil) et celui fondé sur la connexité matérielle (article 2286-3° du Code civil) existaient déjà, l'Ordonnance a introduit un droit de rétention dont le fondement est plus novateur que les précédents. Ce dernier consiste simplement en la remise d'un bien par le débiteur à son créancier afin de garantir le paiement d'une dette et naîtrait d'une simple convention (article 2286-1° du Code civil). Il s'agit d'un droit de rétention conventionnel.

Même si l'article 2286-1° ne l'évoque pas explicitement, ce droit de rétention conventionnel intègre celui conféré au créancier titulaire d'un gage avec dépossession, mentionné à l'article 2340 du Code civil issu de l'Ordonnance. Le gage avec dépossession est, en effet, un contrat par lequel le constituant remet un bien à un créancier en garantie de sa créance à charge pour lui de restituer le bien en cas de paiement par le débiteur (il s'agit donc d'un droit de rétention issu d'un contrat).

Mais si le droit de rétention est ce faisant acquis au créancier gagiste avec dépossession, il n'était pas certain qu'il bénéficie au créancier gagiste sans dépossession.

La LME, en complétant l'article 2286 du Code civil, répond à cette interrogation en consacrant expressément un droit de rétention au bénéfice du créancier gagiste sans dépossession.

Malgré la levée de l'incertitude quant à l'existence d'un tel droit de rétention, il est légitime de s'interroger sur sa mise en œuvre : le créancier ne détenant pas effectivement le *corpus* de la chose, il ne peut à première vue la retenir, la rétention supposant la détention matérielle.

Cette difficulté peut être résolue à la lumière de la mise en œuvre du gage automobile qui consacre implicitement un droit de rétention fictif qui résulte de la possession fictive du véhicule automobile conférée au gagiste par l'article 2352 du Code civil<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> L'article 2352 du Code civil dispose que « Par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession.

Cette prérogative autorise notamment le créancier, dans l'hypothèse où le bien gagé serait menacé, de demander à être mis en possession du bien afin de pouvoir exercer effectivement son droit de rétention. Détenant le *corpus*, il deviendra alors un détenteur effectif et bénéficiera du pouvoir du rétenteur qui tire sa force de la détention du bien sans limite de temps et ce, jusqu'au complet paiement de sa créance.

Il peut également s'opposer à la vente poursuivie par un créancier bénéficiant d'un rang préférable.

Toutefois, une telle possession fictive succombe face à une détention effective, même postérieure. Ainsi, un garagiste détenant le véhicule objet du gage, en vertu d'un contrat de prestation de service, pourrait opposer son droit de rétention issu de ce contrat, au détenteur fictif s'il n'a pas été payé par le débiteur.

En conséquence, le droit de rétention consacré par l'Ordonnance ne présente pas les mêmes avantages attachés au droit de rétention conféré au créancier gagiste avec dépossession, qui détenant le *corpus*, ne pouvait se voir primer par aucun autre créancier.

Ce droit de rétention, qu'il soit fictif ou effectif, sera véritablement utile notamment dans le cadre d'une procédure collective. Le créancier, mis en possession, pourra retenir le bien jusqu'au paiement de sa créance par l'administrateur ou le liquidateur, même en cas de période d'observation, court-circuitant ainsi la règle d'interdiction des paiements et la procédure d'ordre des créanciers.

Il n'est toutefois pas à l'abri d'une confrontation à un détenteur effectif qui paralyserait son droit de rétention fictif et ne l'autoriserait pas à se mettre en possession du bien.

La LME poursuit donc l'objectif de modernisation du droit des sûretés, initié par l'Ordonnance et la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 relative à la fiducie.

### **6.3. Extension du champ d'application de la fiducie**

La fiducie est un mécanisme permettant le transfert de droits patrimoniaux par un constituant à un fiduciaire à charge de réaliser une affectation déterminée au profit d'un bénéficiaire.

Après maintes tentatives d'instauration de la fiducie en droit français toutes avortées en raison notamment de craintes fiscales (projet de loi du 20 février 1992, proposition de loi du 8 février 2005), et le silence de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 sur tout mécanisme fiduciaire, la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 consacre enfin en droit français la fiducie sous deux formes (la fiducie sûreté et la fiducie gestion), mais regroupées dans une seule définition.

L'article 2011 du Code civil dispose en effet que « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droit ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit de plusieurs bénéficiaires* ».

Ainsi, la fiducie sûreté permet le transfert de droits, biens ou sûretés ou un ensemble de droits, biens ou sûretés par le débiteur, constituant, à un créancier, fiduciaire, et le plus souvent également bénéficiaire (une personne pouvant cumuler les deux qualités), afin de garantir une ou plusieurs créances.

La fiducie gestion, quant à elle, peut faire l'objet de multiples applications. A la lumière d'exemples donnés par le cabinet Francis Lefebvre<sup>4</sup>, la fiducie peut être notamment utilisée à des fins de coopération entre entreprises (mise en commun de fonds destinées à la recherche d'une application technique, à charge pour le fiduciaire de mener la recherche, le brevet revenant au bénéficiaire désigné dans le contrat) ou comme pratique bancaire, permettant au constituant de déposer en compte des fonds qu'il entend mettre à l'abri de ses créanciers parce qu'il les destine à un tiers.

La fiducie gestion ne peut cependant prendre la forme d'une fiducie libéralité, interdiction justifiée par des craintes fiscales. Elle ne peut ainsi permettre le transfert d'un patrimoine à titre gratuit, par le constituant au profit d'un bénéficiaire, qui serait géré temporairement par un fiduciaire (le temps par exemple que le bénéficiaire devienne majeur).

Outre le refus de consacrer la fiducie libéralité, le domaine de la fiducie instauré par la loi de 2007 était très restreint, traduisant par là même la timidité du législateur français face à ce nouveau mécanisme,

<sup>4</sup> Dossier pratique Francis Lefebvre, éd. EFL, juillet 2007, n° 316 et 317, p.19.

qui en sus des risques fiscaux qu'il engendre, ébranle le principe très français d'unité du patrimoine, en conférant au fiduciaire, en plus de son patrimoine personnel, un patrimoine fiduciaire (dit d'affectation). La loi de 2007 faisait donc de la fiducie un mécanisme réservé à un petit groupe d'acteurs économiques, le constituant ne pouvant être qu'une personne morale soumise de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés, et le fiduciaire, un établissement de crédit, d'assurance ou d'investissement.

Cette loi a fait l'objet de diverses critiques, relatives à la confusion des deux types de fiducie dans une même définition ou du champ trop restreint de la loi.

La LME a répondu à cette dernière critique et étend le champ d'application matérielle et temporelle de la fiducie d'un triple point de vue : (i) en autorisant toute personne physique ou morale (et non plus seulement les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés) à constituer une fiducie, (ii) en permettant aux avocats d'agir en qualité de fiduciaire à condition toutefois de fournir une garantie bancaire, et (iii) en portant la durée de la fiducie de 20 à 99 ans.

La définition unique de la fiducie demeure et la fiducie libéralité reste interdite, mais les acteurs appelés à user de la fiducie sont considérablement diversifiés, s'étendant même aux particuliers qui pourront bénéficier de nouveaux moyens de gestion patrimoniale et de garantie.

La LME contribue là encore à moderniser le droit des sûretés français en améliorant sa compétitivité mais ne fait cependant pas de la fiducie française un équivalent du trust anglo-saxon et ne répond pas à toutes les critiques qui ont été engendrées par la loi de 2007.

## **7. Les innovations en matière fiscale : l'unification du taux des droits d'enregistrement sur les cessions de parts et actions**

L'article 64 de la LME unifie à 3% les taux de droits d'enregistrement applicables aux cessions de parts sociales et actions prévues à l'article 726 du Code général des impôts.

Ce taux de 3% est plafonné à 5 000 euros par cession pour les cessions d'actions.

Les cessions de parts sociales continueront de bénéficier d'un abattement sur la valeur de chaque part, égal au rapport entre 23 000 euros et le nombre de parts constituant le capital de la société.

L'article 719 du Code général des impôts (relatif aux droits d'enregistrement applicables aux cessions de fonds de commerce) est également modifié, afin d'unifier le taux des droits d'enregistrement applicables aux cessions de fonds de commerce. Le taux passe ainsi à 3 % pour la fraction du prix comprise entre 23 000 et 200 000 euros et à 5% pour la tranche du prix supérieure à 200 000 euros.

Enfin, et pour conserver la neutralité fiscale (par rapport aux cession d'actif en direct), la cession des titres de sociétés à prépondérance immobilière reste soumise à des droits d'enregistrement au taux de 5%.