

21 La cession du bail commercial à l'épreuve de la réforme du droit des contrats

Le régime de la cession de contrat figurant dans le Code civil depuis la réforme du droit des obligations a des incidences sur la cession de bail commercial. Les praticiens ont donc tout intérêt à vérifier l'articulation des clauses des baux et actes de cession dont ils sont chargés avec le droit commun.

1 La réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, a introduit dans le Code civil un **cadre général pour la cession de contrat et son opposabilité** (C. civ. art. 1216 s. nouveaux), qui n'existait pas auparavant.

Il ne fait pas de doute que le **bail commercial** est un **contrat** conclu entre le bailleur et le locataire et que, dans un certain nombre de cas, le locataire peut, selon la nouvelle formule du Code civil, « céder sa qualité de partie » à ce contrat. Certes, au bail commercial est attaché un droit particulier : le **droit au bail**, qui permet au locataire de bénéficier du statut des baux commerciaux et, notamment, au-delà de la jouissance des locaux, d'avoir droit au renouvellement du bail. Pour autant, l'opération, que le Code de commerce appelle « cession de bail » mais que la pratique nomme aussi fréquemment « cession de droit au bail », reste une cession de contrat.

Dès lors, comment articuler les nouvelles règles du Code civil avec celles du Code de commerce relatives à la cession de bail commercial (C. com. art. L 145-16 s.) ?

2 Les règles générales du Code civil s'appliquent sous réserve de **règles particulières** à tel ou tel contrat (C. civ. art. 1105 nouveau), c'est-à-dire quand ces règles générales ne sont pas incompatibles avec des règles particulières. Les dispositions du Code de commerce relatives à la cession d'un bail commercial ne couvrent pas tous les aspects de la cession de contrat. Le droit commun de la cession de contrat et les règles particulières à la cession de bail commercial doivent donc être combinés.

3 L'incidence des règles de droit commun sur la cession de bail commercial est différente selon que la cession est

DISPOSITIONS DU CODE CIVIL SUR LA CESSION DE CONTRAT

Article 1216

Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé.

Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte.

La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité.

Article 1216-1

Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir.

A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat.

Article 1216-2

Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant.

Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant.

Article 1216-3

Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent.

Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord.

Si le cédant est libéré, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette.

soumise ou non à l'accord du bailleur. En effet, le Code civil n'organise la cession de contrat qu'avec l'**accord du cédé** (le bailleur, en cas de cession de bail), tandis que le Code de commerce prévoit, dans certains cas, la cession du bail **sans accord du bailleur**.

Il convient pour les **praticiens** d'examiner les contrats de bail commercial préexistants à la lumière de la réforme pour les adapter si nécessaire et d'arrêter les stipulations des nouveaux baux et actes de cession en tenant compte de cette réforme.

4 Les développements ci-dessous s'appliquent à l'**apport en société** d'un bail commercial qui est assimilé à une cession (notamment, Cass. 3^e civ. 2-2-1977 : Bull. civ. III n° 58).

I. Cession de bail soumise à l'accord du bailleur

5 Le **Code civil** prévoit désormais qu'un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'**accord de son cocontractant**, le cédé (C. civ. art. 1216, al. 1 nouveau).

Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit **effet à l'égard du cédé** lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte (C. civ. art. 1216, al. 2 nouveau).

Ces dispositions s'appliquent-elles à la cession de **bail commercial**, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles

avec des dispositions spécifiques du Code de commerce ?

6 Les **clauses usuelles des baux commerciaux** correspondent aux hypothèses de cession de contrat envisagées par l'article 1216 du Code civil, si bien que cet article trouve à notre avis application. En effet, dans le contrat de bail commercial, on trouve fréquemment soit une clause qui interdit au locataire de céder son bail sans que le bailleur ait autorisé la cession (ou agréé le cessionnaire), sauf à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise (n° 12), soit une clause qui autorise le locataire à céder son bail sans avoir à obtenir préalablement l'autorisation du bailleur (par exemple, au profit d'un cessionnaire exerçant la même activité, ou au profit d'une société du même groupe).

Dans le premier cas, le bailleur donne son accord lors de la cession (en intervenant à l'acte de cession, par exemple) ; dans le second cas, le bailleur (futur cédé) donne par avance son accord à la cession dans le contrat (le bail), conclu avec le locataire (futur cédant).

7 En présence dans un bail commercial de l'une ou l'autre de ces clauses, les dispositions du Code civil sur la cession de contrat trouvent notamment, à notre avis, les applications suivantes :

- la **cession** doit être **constatée par écrit**, cette exigence étant imposée à peine de **nullité** (C. civ. art. 1216, al. 3 nouveau) ;

- l'**opposabilité au bailleur** de la cession est régie par l'article 1216 du Code civil (n° 8).

La question se pose par ailleurs de l'incidence du droit commun de la cession de contrat sur la **libération du cédant**, à défaut de clause de garantie (n° 11).

Opposabilité au bailleur de la cession

8 A notre avis, quand une clause du bail prévoit que le bailleur doit donner son accord à la cession, les **formalités d'opposabilité au tiers** prévues par l'article 1690 du Code civil (signification de l'acte par huissier ou acceptation de la cession par le tiers dans un acte authentique), auparavant appliquées à la cession de bail (n° 14), ne s'imposent plus. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1216 instaure, dans le cas où **le cédé a donné**

son accord à la cession par avance, un régime d'opposabilité allégé (notification ou prise d'acte) qui peut s'appliquer à la cession de bail commercial.

Aucune précision n'est donnée sur la forme de la **notification**. Celle-ci peut notamment être faite par voie postale, de préférence par lettre recommandée AR pour se ménager la preuve de la réception. Le Code civil n'impose pas non plus de forme particulière à la « **prise d'acte** ». Un écrit nous semble toutefois préférable.

En outre, l'article 1216 du Code civil ne prévoit pas de formalisme d'opposabilité dans le cas où **l'accord du cédé est donné au moment de la cession** du contrat. On peut en déduire que, dans ce cas, le seul accord du cédé suffit à lui rendre la cession opposable. Il nous semble toutefois prudent de prévoir alors une clause par laquelle le bailleur reconnaît formellement qu'il accepte que le cessionnaire devienne la nouvelle partie au contrat (avec ou non libération du cédant : n° 11).

9 En pratique, l'accord préalable du bailleur à la cession d'un bail commercial ou l'acte de cession lui-même, quand

le bailleur y intervient, prévoient souvent que celui-ci **dispense expressément** le cédant de procéder aux formalités d'opposabilité. Cette faculté d'écarter les formalités ne nous paraît pas remise en cause. Il s'agit en effet de formalités prévues pour la protection du cédé, à laquelle il peut renoncer.

10 Les formalités de l'article 1690 du Code civil **continueront cependant à s'appliquer** aux contrats antérieurs au 1^{er} octobre 2016 qui prévoient que la cession n'est opposable au bailleur qu'après signification ou acceptation par lui dans un acte authentique, ou encore aux contrats qui visent explicitement « les formalités de l'article 1690 ». Les parties qui souhaiteront alléger ce formalisme devront **modifier le bail**. L'article 1690 pourra aussi s'appliquer aux nouveaux contrats si les parties le prévoient car l'article 1216, alinéa 2 du Code civil n'est pas une disposition d'ordre public ; il ne crée qu'une faculté pouvant être écartée par une clause contraire.

Condition de la libération du cédant

11 Le **Code civil** prévoit que la cession du contrat libère le cédant pour l'avenir, si **le cédé y a expressément consenti**. A défaut, et sauf clause contraire, le **cédant est tenu solidairement** à l'exécution du contrat (C. civ. art. 1216-1 nouveau).

De son côté, le **Code de commerce** prévoit la possibilité (fréquemment utilisée en pratique), d'accompagner la cession du bail d'une **clause de garantie**, cette clause ne pouvant pas produire effet plus de trois ans après la cession (C. com. art. L 145-16-1 et L 145-16-2).

Avant la réforme, le cédant était déchargé des obligations nées du bail commercial en l'**absence d'une telle clause** ; il avait en effet été jugé que le cédant ne pouvait être tenu du paiement des loyers échus après la cession que s'il en avait pris l'engagement (Cass. 3^e civ. 15-1-1992 n° 90-11.289 : GP 1992 p. 654 note Barbier).

Faut-il désormais considérer que cette jurisprudence est obsolète à défaut de libération expresse du cédant par le bailleur, conformément à l'article 1216-1 du Code civil ? Ou peut-on écarter l'application de cet article en tenant le raisonnement suivant : la solidarité étant envisagée par le Code de commerce comme une simple faculté, l'absence de clause de garantie revient pour le cédé à accepter tacitement de libérer le cédant, ce qui est incompatible avec l'article 1216-1 exigeant son consentement exprès ?

La réponse nous paraît incertaine et les parties doivent donc régler la question en amont, soit en prévoyant une clause de garantie (limitée par le Code de commerce à trois ans), soit, si telle est leur volonté, en prévoyant la libération expresse du cédant par le cédé.

II. Cession de bail non soumise à l'accord du bailleur

12 Le **Code de commerce** prévoit que la clause qui interdit au locataire de céder son bail à l'**acquéreur** de son **fonds de commerce** ou de son **entreprise** est réputée non écrite (C. com. art. L 145-16, al. 1). Il s'agit donc d'un cas où le bail commercial peut être cédé sans l'accord du bailleur (le cédé).

Ce cas est une **règle particulière** du Code de commerce qui neutralise le droit commun de la cession de contrat soumise à l'accord du cédé. Par conséquent, les règles d'opposabilité au cédé, prévues à l'article 1216 du Code civil, ne peuvent pas être appliquées au bailleur qui n'a pas donné son accord. Quel ré-

“ Les formalités de l'article 1690 continueront à s'appliquer si le contrat de bail le prévoit ”

gime d'**opposabilité au bailleur** faut-il alors retenir ?

Le Code de commerce prévoit aussi la transmission du bail commercial, sans l'accord du bailleur, en cas de fusion, ou de scission de sociétés, de transmission universelle de patrimoine dans les conditions de l'article 1844-5 du Code civil ou en cas d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions (C. com. art. L 145-16, al. 2). Les formalités d'opposabilité au bailleur ne s'imposent alors pas (Cass. com. 1-6-1993 n° 91-14.740 : RJDA 7/93 n° 622). Il s'agit en effet de cas de transmission universelle de patrimoine et non de cession, obéissant à un régime particulier.

13 Le Code de commerce ne comporte pas de disposition sur l'opposabilité au bailleur de la cession du bail.

14 Avant la réforme du droit des contrats, le Code civil prévoyait que la **cession « d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers »** devait lui être signifiée par huissier ou être accepté par lui dans un acte authentique pour lui être opposable (C. civ. art. 1689 et 1690). Ces formalités étaient appliquées à la cession de bail, analysée comme une cession de **contrat particulier** comportant une **cession de créance**, à savoir le droit de jouissance des locaux (Cass. soc. 12-11-1954 : Bull. civ. IV n° 691 ; CA Versailles 2-5-1996, 2^e ch. 2^e sect.). Régulièrement accomplies, elles avaient pour effet d'ouvrir au cessionnaire le droit de se prévaloir du bail envers le bailleur (Cass. 3^e civ. 17 juillet 1979 n° 78-10.657 : Bull. civ. III n° 155).

15 Depuis la réforme du Code civil, seule la cession d'un droit ou d'une action demeure soumise aux formalités de l'article 1690. La cession de créance, à laquelle le Code civil consacre désormais une section (art. 1321 à 1326), obéit au formalisme allégé de la notification ou de la prise d'acte (C. civ. art. 1324, al. 1). La cession de créance est ainsi devenue une **opération autonome** par rapport à la cession d'un droit ou d'une action et les articles la régissant ne peuvent être appliqués que s'il est donné au terme « créance » un sens le distinguant des mots « droit ou action ». La créance ainsi entendue ne peut être que celle dont l'objet est susceptible d'être réalisé par un **paiement** (C. civ. art. 1342 ; ex-art. 1235) : elle est le droit au paiement d'une somme d'argent ou à une prestation en nature déterminée ou déterminable, correspondant à la délivrance d'une chose ou à une prestation de services (cf. B. Mercadal, *Mémento Droit commercial* n° 14200).

16 En conséquence, dans la mesure où l'article 1216 du Code civil sur la cession de contrat ne peut pas être appliqué (n° 8), la cession de bail doit, à notre avis, être envisagée sous l'angle de la **cession de droit** et rester soumise au formaliste de l'article 1690. En effet, la cession du contrat de bail emporte bien cession de divers droits incorporels : droit de jouissance des locaux et droit au renouvellement, notamment (n° 1). Appliquer le formalisme allégé de la cession de créance à la cession de bail commercial non soumise à l'accord du

bailleur aurait le mérite de retenir un **formalisme identique** à celui de la cession de bail soumise à son accord (n° 8), puisque l'article 1324 du Code civil, sur la cession de créance, et l'article 1216 du même Code, sur la cession de contrat, prévoient tous deux la notification ou la prise d'acte. On objectera toutefois qu'il est prudent d'entourer l'opposabilité de plus de solennité quand le bailleur ignore la cession.

17 Rien n'empêche les parties de se mettre d'accord en amont de la cession sur les formalités qui devront être respectées. Pour prévenir le risque de litige et renforcer la sécurité juridique, les **parties au bail commercial** ont désormais intérêt, tant que la Cour de cassation ne se sera pas prononcée, à **préciser explicitement** à quelles formalités d'opposabilité elles entendent soumettre la cession non soumise à l'accord du bailleur. Elles peuvent, selon nous, opter librement pour le formalisme allégé de la notification ou de la prise d'acte ou pour le formalisme plus contraignant de la signification ou de l'acceptation dans un acte authentique. Elles peuvent aussi prévoir que le bailleur dispense le cédant des formalités d'opposabilité, par exemple quand le bail organise son information au moment de la cession.

L'opposabilité au bailleur de la cession de bail est un **enjeu** fondamental. A défaut, notamment, le bailleur est fondé à considérer le prétendu cessionnaire comme un occupant sans droit ni titre, ce dernier n'ayant pas droit au statut et le cédant restant tenu de payer les loyers.