

**TOULOUSE  
CAPITOLE**  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*REQUIEM POUR LA CONDITION DE NATIONALITÉ DANS LES BAUX COMMERCIAUX*

HUGUES KENFACK

Référence de publication : La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 16 Janvier 2012, 53

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## REQUIEM POUR LA CONDITION DE NATIONALITÉ DANS LES BAUX COMMERCIAUX

*L'article L. 145-13 du Code de commerce, en ce qu'il subordonne, sans justification d'un motif d'intérêt général, le droit au renouvellement du bail commercial, protégé par l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à une condition de nationalité, constitue une discrimination prohibée par l'article 14 de cette même Convention.*

Cass. 3e civ., 9 nov. 2011, n° 10-30.291, FS P+B+R+I : JurisData n° 2011-024765

LA COUR - (...)

**Sur le moyen unique, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du Code de procédure civile :**

- Attendu, selon l'arrêt attaqué (*CA Paris, 2 déc. 2009*), que par acte à effet au 1<sup>er</sup> janvier 1975, Mme Renée B. a donné à bail en renouvellement à la société Antiquités et décoration Rapp (la société Rapp) des locaux à usage commercial ; que le 17 mars 1975, la société Rapp a cédé son droit au bail à M. A., de nationalité turque ; que Mme Renée B. a renouvelé le bail de M. A. par acte des 6 mars 1984 puis 20 janvier 1993 ; que le 23 juillet 2004, Mme Monique B., venant aux droits de Mme Renée B., a délivré à M. A. un congé pour le 31 mars 2005 avec offre de renouvellement à compter du 1<sup>er</sup> avril 2005 moyennant un loyer dé plafonné ; que M. A. a demandé le renouvellement de son bail le 23 août 2004 ; que le juge des loyers a été saisi et s'est déclaré incompétent au profit du tribunal de grande instance, les parties s'opposant sur la date du renouvellement du bail ;

- Attendu que Mme B. fait grief à l'arrêt de ne pas annuler la demande de renouvellement signifiée le 23 août 2004 et de dire que le bail s'est renouvelé le 1<sup>er</sup> octobre 2004 avec un loyer plafonné (...)

- Mais attendu que l'article L. 145-13 du Code de commerce, en ce qu'il subordonne, sans justification d'un motif d'intérêt général, le droit au renouvellement du bail commercial, protégé par l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à une condition de nationalité, constitue une discrimination prohibée par l'article 14 de cette même Convention ;

Que par ces motifs de pur droit substitués à ceux critiqués, l'arrêt attaqué est légalement justifié ;

**Par ces motifs :**

- Rejette le pourvoi (...)

*M. Terrier, prés., Mme Proust, cons.-réf.-rapp., Mme Bellamy, cons. doyen, Mmes Fossaert, Feydeau, MM. Fournier, Echappé, Parneix, Mme Andrich, cons., Mmes Manes-Roussel, Monge, Pic, M. Crevel, cons.-réf., M. Gariazzo, prem. av. gén. ; SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Vincent et Ohl, av.*

## 1. CONTEXTE

L'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux rapports entre particuliers est aujourd'hui une réalité, comme son influence positive sur le droit des baux commerciaux et au-delà sur tout le droit des contrats et le droit des affaires. L'arrêt du 9 novembre 2011 en est une illustration. La troisième chambre civile de la Cour de cassation décide fort logiquement, en application de cette Convention, d'écarter du paysage juridique français l'article L. 145-13 du Code de commerce qui exclut depuis plus d'un demi-siècle les commerçants étrangers du bénéfice de la propriété commerciale. Il ressort de l'alinéa 1 de cet article que « *sous réserve des dispositions de la loi du 28 mai 1943 relative à l'application aux étrangers des lois en matière de baux de loyer et de baux à ferme, les dispositions de la présente section [« du renouvellement »] ne peuvent être invoquées par des commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers de nationalité étrangère* ». Certes, il comporte plusieurs dérogations en faveur de certains étrangers « privilégiés » : ceux pouvant invoquer une réciprocité législative (preneur marocain : *CA Paris, 16e ch., sect. B, 4 juin 1999, n° 97/16986 : AJDI 1999, p. 817*), se prévalant d'une convention diplomatique entre leur État et la France (preneur russe : *CA Paris, 16e ch., sect. A, 13 sept. 1994, n° 93/11525 : Loyers et copr. 1994, comm. 479*. - ou preneur chinois : *CA Paris, 16e ch. sect. B, 9 juill. 1992, n° 90/025254 : Administrer mars 1993, p. 60*), ayant combattu pendant les guerres de 1914 et 1939 dans les armées françaises ou alliées, ayant des enfants de nationalité française et enfin ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Mais cet article d'une autre époque, celle du nationalisme ou

des « anciens combattants » du siècle passé, prive les commerçants étrangers du droit au renouvellement du bail. Sa lecture à elle seule peut suffire à approuver sans réserve l'arrêt du 9 novembre 2011 (sur l'ensemble de la question, *M. Pédamon et H. Kenfack, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce : Dalloz, Précis, 3e éd., 2011, n° 397*).

En l'espèce, un bailleur se prévalait de l'article L. 145-13 du Code de commerce pour dénier le droit au renouvellement à un locataire de nationalité turque ne pouvant invoquer aucune dérogation. La cour d'appel avait essayé d'écartier l'application de ce texte en se fondant sur le fait qu'ayant précédemment renouvelé le bail à deux reprises, le bailleur avait renoncé à se prévaloir du bénéfice de cette disposition. L'objectif était louable même s'il n'était pas évident qu'une telle renonciation était licite et efficace (comp. *Cass. 3e civ., 13 juill. 2011, n° 10-16.902 : JurisData n° 2011-014331 ; Loyers et copr. 2011, comm. 267, note B. Vial-Pedroletti ; RJA 2011, n° 894* décidant que payer un loyer de bail renouvelé ne vaut pas renonciation à en soulever l'illégalité. - *Cass. 3e civ., 6. avr. 2011, n° 10-12.097 : Rev. loyers 2011, p. 244, obs. C. Lebel ; JCP E 2012, nos obs. à paraître* décidant que la renonciation à une clause d'inapplicabilité du statut des baux commerciaux ne peut résulter sans équivoque de la conclusion d'un bail dérogatoire). Procédant à une substitution de motifs, la Cour de cassation décide que « l'article L. 145-13 du Code de commerce, en ce qu'il subordonne, sans justification d'un motif d'intérêt général, le droit au renouvellement du bail commercial, protégé par l'article 1er du 1er protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à une condition de nationalité, constitue une discrimination prohibée par l'article 14 de cette même convention ». Elle recourt donc à un texte « non français » pour sauver un « étranger ».

## 2. ANALYSE

Fondé sur une motivation convaincante, cet important arrêt mérite entière approbation, y compris sur la méthode, au regard de l'analyse du contrôle de conventionnalité exercé par la Cour de cassation. Le contexte existant à l'époque de l'adoption de l'article L. 145-13 du Code de commerce a changé et il était temps que la législation évolue, ce qui n'a pas été fait : la troisième chambre civile de la Cour de cassation en a pris acte, comme l'avait d'ailleurs fait son homologue, la chambre commerciale, à propos de la loi du 30 mai 1857 sur le refus de reconnaissance des sociétés de capitaux étrangères en France, depuis lors formellement abrogée (*Cass. com., 8 juill. 2003, n° 00-21.591 : JurisData n° 2003-019940 ; JCP G 2004, II, 10111, note H. Kenfack et B. de Lamy ; D. 2004, p. 692, obs. G. Khairallah ; Defrénois 2003, art.*

37800, note R. Crône ; Bull. Joly Sociétés 2003, p. 243, note M. Menjucq ; Dr. sociétés 2004, comm. 1, note F. G. Trébulle). Elle fait entrer en partie le droit des baux commerciaux dans le siècle actuel, sur l'une des questions les plus importantes, à savoir le droit au renouvellement ou à défaut celui à une indemnité d'éviction. Certes, l'impossibilité du preneur de nationalité étrangère, en l'espèce turque, de bénéficier de ce droit n'était que relative. La condition de nationalité n'a pas à être remplie tout au long du bail, mais à certains moments, au jour du congé ou de la demande de renouvellement (*Cass. com.*, 13 avr. 1961, n° 58-10.389 : *Rev. loyers* 1961, p. 453. - *Cass. 3e civ.*, 4 oct. 1983, n° 81-16.007 : *Bull. civ.* 1983, III, n° 177). Elle est toutefois dépassée et inappropriée.

Pour écarter l'article L. 145-13 du Code de commerce prévoyant cette condition de nationalité, la Cour de cassation procède à un contrôle de conventionnalité (V. déjà *Cass. ch. mixte*, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Administration des Douanes c/ Sté des Cafés Jacques Vabre*). Ce contrôle porte sur la conformité de la disposition législative invoquée par le bailleur de l'espèce à la Convention EDH et l'interprétation donnée par la Cour EDH.

Plus précisément, il s'agit de se demander si l'absence de droit au renouvellement des preneurs étrangers (*C. com.*, art. L. 145-13) est conforme à l'article 14 de la Convention EDH qui interdit les discriminations fondées sur l'origine nationale. Encore faut-il au préalable qu'il y ait discrimination relative « à la jouissance des droits et libertés reconnus » par la Convention, ce que l'arrêt du 9 novembre fait bien ressortir, la jouissance du droit au renouvellement du preneur étranger étant entravée.

En effet, la Cour de cassation relève, d'une part et à juste titre, que le droit au renouvellement du bail commercial est protégé par l'article 1er du 1er protocole additionnel de la Convention. Ce droit au renouvellement qui a pour corollaire l'indemnité d'éviction est un « bien » au sens de l'article 1er du 1er protocole précité. Tout cela n'est d'ailleurs pas nouveau. La Cour EDH a consacré depuis longtemps déjà une conception extensive de la notion de « bien » en y incluant les « intérêts économiques » relatifs à un commerce. À défaut de renouvellement, le preneur a la possibilité d'obtenir une indemnité d'éviction. La Cour EDH prend ainsi en compte la réalité économique en qualifiant le droit au renouvellement, et notamment l'espérance légitime de créance en « bien » (*CEDH*, 6 oct. 2005, n° 1513/03, *Draon c/ France* : *JCP G* 2006, I, 109, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2006, II, 10061, note A. Zollinger. – *CEDH*, 26 avr. 2011, n° 32521/05, *Di Marco c/ Italie*. - Adde récemment B. Mallet-Bricout, *Panorama de droit des biens* : *D.* 2011, p. 2302 et 2303 et les critiques que peut susciter une telle position). La Cour de cassation partage cette notion extensive de « bien » et très logiquement elle décide en l'espèce que l'article L. 145-13 du Code de commerce prévoit une discrimination fondée sur la nationalité du preneur, qui affecte la

jouissance de son droit au renouvellement, « bien » protégé par l'article 1er du 1er protocole précité (V. également adoptant cet élargissement de la notion de « bien », *Cons. const., déc. 10 juin 2010, n° 2010-607 DC, Loi relative à l'EIRL : JO 16 juin 2010, p. 9730 ; D. 2010, p. 2553, note S. Mouton ; B. Mallet-Bricout, Panorama préc., p. 2303*). Une telle discrimination est contraire à la Convention EDH.

Mais son raisonnement ne s'arrête pas là. Elle ajoute, d'autre part, que cette discrimination ne repose pas sur « un motif d'intérêt général ». Elle trouve d'ailleurs cette affirmation si évidente qu'elle ne prend même pas la peine de la justifier, ce qui ne surprend pas du tout les spécialistes du droit des affaires mais sans doute aurait-il été plus pédagogique de le faire (V. les critiques de *L. d'Avout*, note sous l'arrêt : *LPA 7 déc. 2011, p. 9 et s.*). Toujours est-il qu'on peine à voir, au XXI<sup>e</sup> siècle, époque de la mondialisation des échanges, quel motif d'intérêt général pourrait justifier une telle discrimination datant de l'époque du nationalisme. La décision de la Cour de cassation s'impose : la condition de nationalité ne reposant sur aucune justification objective et raisonnable d'intérêt général, constitue une discrimination prohibée (V. *D. Gallois-Cochet, La condition de nationalité pour le droit au renouvellement est inconventionnelle*, in *L'essentiel Droit des contrats, 1er déc. 2011, p. 4*). Ne s'agit-il pas ici simplement du bon sens juridique ou même du bon sens tout court qui serait la chose au monde la mieux partagée ? (*Descartes, Discours de la Méthode, 1637*).

L'arrêt du 9 novembre 2011 montre bien que la Convention EDH peut permettre au juge national d'écarter des dispositions impératives du droit des baux commerciaux et non seulement une clause d'un bail (V. récemment *Cass. 3e civ., 10 mars 2010, n° 09-10.412 : Loyers et copr. 2010, comm. 130, note B. Vial-Pedroletti ; Procédures 2010, comm. 169, note R. Perrot ; RDC 2010/3, p. 913, note J.-B. Seube*). En supprimant la condition de nationalité, il adapte le droit des baux commerciaux aux réalités économiques actuelles (sur l'ensemble de la question *C. Alexandre-Caselli, F. Kendérian, H. Kenfack, A. Mbotaingar, J. Monéger, D. Moreno, A. Reygrobellet, J. Schmidt, Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques : LexisNexis, CREDA, coll. Le droit des affaires, 2011, dir. J. Monéger*). Le XXI<sup>e</sup> siècle est en effet celui de l'internationalisation et de l'Internet. Des commerçants français s'installent dans d'autres États. Des commerçants non français ou non européens exercent leurs activités en France. Le *Business* se moque des frontières et des nationalités. En outre, comme on l'a écrit, « l'étrange étranger (...) est celui sans lequel souvent il n'y a pas de boulanger, pas d'éboueur, pas de commerce ouvert à des heures indues, pas de livraison à l'aube... » (*J. Monéger, Étrange étranger : Loyers et copr. 2006, repère 8*). Comment dans ce cas expliquer la discrimination consistant, même avec de nombreuses exceptions, à refuser à un commerçant ou artisan qui crée, développe une activité commerciale ou artisanale, est titulaire d'une clientèle propre et propriétaire d'un fonds d'un fonds de commerce... le bénéfice de la propriété

commerciale simplement parce qu'il n'a pas la nationalité française ? Est-ce que les raisons qui ont justifié le droit au renouvellement disparaissent simplement en raison de l'absence de nationalité française du demandeur ? Instaurer une discrimination entre un Français et un étranger qui sont propriétaires de fonds de commerce en France est contraire à l'esprit des affaires. La suppression d'une telle discrimination mérite d'être approuvée sans réserve, même si elle est l'œuvre non pas du législateur mais du juge judiciaire et n'est pas passée par le prisme de la QPC (*contra* approuvant avec nuance *L. d'Avout, op. cit., p. 9 et s.*). Est-ce bien là l'essentiel ?

Certes, il appartient au législateur de modifier la loi, ce qui est plus simple et par conséquent évite de la part du juge le recours à la Convention EDH, cet instrument pouvant parfois être inadapté pour apporter une réponse globale à une question importante relevant d'une politique législative. Mais contrairement à ce qu'avait préconisé la Commission *Pelletier*, le législateur n'est toujours pas intervenu pour abroger ce texte ancien et rien ne permet, avant l'arrêt du 9 novembre 2011 de penser qu'il va le faire dans des délais raisonnables. Le XXI<sup>e</sup> siècle renvoie ainsi aux oubliettes la conception de l'office du juge de Montesquieu formulée au XVIII<sup>e</sup> siècle (*De l'esprit des Lois, 1758*) : « les juges de la Nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » (V. récemment l'intervention du procureur général près la Cour de cassation *J.-C. Marin, Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? : JCP G 2011, doct. 1431. - adde le dossier L'office du juge, in Justice Cassation : Dalloz, 2010*).

Par ailleurs, si le Conseil constitutionnel avait été saisi, il aurait certainement abouti au même résultat que la Cour de cassation. Le message adressé aux plaideurs tentés d'utiliser cet article devant les juges du fond est clair. Ils n'auront même pas le loisir de passer par une QPC, probablement pas transmise par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel, comme la plupart des QPC en matière de bail commercial (pour une analyse récente de la jurisprudence relative à la QPC, *B. Mathieu : JCP G 2011, doct. 1372 ; adde spécialement sur les baux commerciaux, H. Kenfack : JCP E 2012, à paraître*).

Ces critiques liées à la non-intervention du législateur ou du Conseil constitutionnel ne sont pas déterminantes et ne diminuent pas la portée de l'arrêt du 9 novembre 2011 qui fait honneur à la Cour de cassation (pour une approbation totale *J. Monéger, L'expulsion de l'étranger du statut des baux commerciaux ou l'honneur retrouvé : Loyers et copr. 2011, repère 11*).

### 3. PORTÉE

Appelé à être largement diffusé, alors même qu'il ne concerne pas un contentieux important, l'arrêt du 9 novembre 2011 a une portée « notable » (pour utiliser une expression connue des spécialistes des baux commerciaux). Certes, en substituant les motifs, la Cour de cassation ne répond pas à la question de la renonciation du bailleur, par deux renouvellements de bail commercial, à se prévaloir d'une disposition impérative du droit des baux commerciaux. Ce n'est que partie remise et aucun reproche ne peut lui être adressé sur ce point. La même substitution de motifs lui permet en revanche, de poser un principe en opérant sa censure contre une disposition légale au visa d'une norme qui lui est supérieure, ce qui dépasse largement l'application de cette norme au cas d'espèce.

D'une part, grâce à cet arrêt, **même s'il reste dans le paysage législatif français, l'article L. 145-13 du Code de commerce est désormais et de manière définitive, lettre morte dans l'ordre judiciaire**. Sa péremption est entérinée. Qui va le regretter ?

D'autre part, l'influence de l'arrêt va bien au-delà du seul article L. 145-13 du Code de commerce. En premier lieu, en restant dans les baux commerciaux et assimilés, le principe qu'il pose va également entraîner la péremption définitive de l'article L. 145-23 du Code de commerce applicable au bailleur étranger qui le prive, sous conditions, du droit de reprise des locaux d'habitation accessoires des locaux commerciaux pour habiter, prévu à l'article L. 145-22 du Code de commerce. Sont également concernés les articles 17 à 19 de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 sur ce même droit de reprise. Au-delà même du droit des affaires et assimilé, il convient de se demander ce que devient l'article 11 du Code civil d'après lequel « *l'étranger jouit en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par des traités de la Nation à laquelle cet étranger appartiendra* ». Le principe de cet article avait déjà été renversé en 1948 (*Cass. civ., 27 juill. 1948, Lefait : D. 1948, p. 535*). C'est désormais, en droit international privé français, toute la question de la condition des étrangers qui se pose (V. les interrogations de *L. d'Avout, préc.*).

En cette période de vœux, il convient d'espérer une modification législative rapide de tous les articles qui comportent des discriminations injustifiées d'un autre temps. Cet arrêt montre d'ailleurs au législateur la voie de l'honneur sur cette question.



En définitive, loin de toutes ces préoccupations, le commerçant turc de l'arrêt du 9 novembre 2011 et tous les locataires étrangers non « privilégiés » ont apprécié le cadeau que la Cour de cassation a déposé en avance au pied de leur sapin et qui est pourtant une évidence : ils sont des commerçants comme les autres... du moins en ce qui concerne le droit des baux commerciaux car il reste encore des entraves à l'exercice du commerce par un étranger en France. Qui a dit que Noël n'était que la fête des petits enfants et que le père Noël n'existait pas ?