

Baux Commerciaux

L'INDEMNITE D'EVICITION

en droit algérien

- 2006 -

*définition – historique
procédure – méthodes d'évaluation
exemples tirés de la pratique
en Algérie et en France
références jurisprudentielles*

Mohamed El Habib ETTAYEB

**Préliminaire sur les dispositions relatives
aux baux commerciaux,
dans la récente loi du 6/2/2005 modifiant
le code de commerce**

Cette nouvelle étude, en même temps qu'elle répond à une demande accrue des lecteurs concernés personnellement ou intéressés professionnellement par ce sujet, se propose également de clarifier les modifications apportées en la matière par la récente loi du 6/2/2005 (v. nouveau texte en annexe)

En ce qui concerne le sujet traité dans le présent ouvrage, ces nouvelles dispositions apportent deux changements notables :

1-bailleur et locataire ont désormais la possibilité, dans le contrat de bail, d'écarter d'un commun accord le régime du droit au renouvellement du bail (ou à l'indemnité d'éviction) : c'est ce qu'énonce le nouvel article 187 bis in fine; en fait, aux termes de cet article, il n'est pas nécessaire pour les contractants d'exprimer leur volonté en ce sens par une mention expresse dans le contrat de bail : tous les nouveaux baux, c'est à dire conclus à partir du 09/02/2005, sont soumis au nouveau régime, qui exclut le droit au renouvellement du bail, sauf si une clause expresse insérée par les contractants expriment leur volonté de se soumettre à l'ancienne législation; cela découle de la rédaction du dernier alinéa de cet article 187 bis « ***sauf stipulation contraire des parties***, le preneur est tenu de quitter les lieux loués à l'échéance du terme fixé par le contrat sans signification

de congé, et sans prétendre à l'indemnité d'éviction telle que prévue par le présent code »; Il s'agit là de toute évidence d'une erreur nécessitant une rectification dans un proche avenir : en effet, de deux choses l'une : si la solution recherchée par le législateur était de supprimer totalement pour l'avenir le droit du locataire au statut, ce droit restant acquis uniquement dans les baux antérieurs à la nouvelle loi, si telle était la volonté du législateur, il aurait fallu dans ce cas supprimer la formule « sauf stipulation contraire des parties » dans l'art. 187 bis, ou bien la réserver expressément aux seules dispositions qui exemptent les parties de la signification du congé; de même qu'il aurait fallu supprimer également tous les articles du chapitre « baux commerciaux » consacrant le droit au statut, et ce serait ainsi une abrogation pure et simple de l'ancienne législation, le nouveau texte ne s'appliquant qu'aux nouveaux baux; par contre, si la volonté du législateur était d'adopter une législation hybride offrant aux contractants la possibilité de choisir librement entre le régime habituel protégeant le droit du locataire au statut, et un nouveau régime excluant ce droit, dans ce cas, cette législation hybride ne comportant pas d'abrogation, c'est le nouveau régime qui aurait du être dérogoire, et non l'ancien : dans le nouvel art. 187 bis, la position dérogoire des nouvelles dispositions a été inversée, et transférée aux anciennes: autrement dit, si tout le chapitre "baux commerciaux" n'est pas abrogé et reste applicable aussi bien pour les anciens baux que pour les actuels et à venir qui lui seraient soumis par la volonté des parties, c'est donc l'option pour le nouveau régime qui doit être dérogoire et expresse, et non l'inverse;

sinon il faudrait alors dans la rédaction actuelle de ce chapitre ainsi modifié par cette nouvelle loi, ajouter à chacun de la presque totalité de ses articles la mention : « ...en ce qui concerne les baux passés en dérogation à l'art.187 bis ainsi que les baux antérieurs à la loi du 06/02/05... ». Il en est ainsi, par exemple, de l'article 199 qui déclare « nulle et non avenue toute clause insérée dans le contrat de bail, contraire au droit au renouvellement du bail. »; ou encore l'art.172, qui précise les conditions d'accession du locataire au statut, conditions liées à la durée du bail; de l'article 176, qui pose le principe même du droit à l'indemnité d'éviction; pour ne citer que ces exemples. Par conséquent, le deuxième alinéa de l'article 187 bis devrait plutôt être rédigé de la façon suivante : « par dérogation aux dispositions du présent code relatives au droit du locataire au renouvellement du bail, les parties peuvent, par une clause expresse dans le contrat de bail, déroger aux dites dispositions, et exclure donc le bénéfice de ce droit; dans ce cas, le preneur est tenu de quitter les lieux loués à l'échéance du terme fixé par le contrat sans signification de congé, et sans prétendre à l'indemnité d'éviction telle que prévue par le présent code » ; l'abrogation de l'a.199 sus énoncé serait en outre indispensable ;

2- la forme authentique du contrat de bail est désormais exigée sous peine de nullité par ce même nouvel article; ce formalisme était toutefois déjà exigé avec la même rigueur par l'article 324 bis du code civil, et avant cela par l'art. 12 du code notarial de 1970. S'agit-il donc simplement d'un deuxième rappel à l'ordre

devant la tendance persistante des usagers à se contenter des actes sous seings privés, et devant une jurisprudence souvent compatissante à l'égard de ces derniers ? Mais cette jurisprudence ne se base-t-elle pas souvent dans ces cas sur l'article 172 du code de commerce, qui, en plus des précisions qu'il édicte sur les conditions de durée du bail et que nous venons d'évoquer, semble par ailleurs faire exception à la règle de l'art.324 bis en écartant cette exigence et en consacrant plutôt un pur consensualisme ? (voir infra p.35) Dans ce cas, une mise en conformité de l'article 172, sur ce point, n'aurait-elle pas été souhaitable ?

3- une autre disposition nouvelle mérite d'être signalée, concernant les baux commerciaux mais n'entrant pas dans le cadre de cet ouvrage : le nouvel article 192 dispose que la demande de révision du loyer adressée par lettre au locataire, doit désormais obligatoirement comporter, sous peine de nullité, le nouveau loyer proposé; cette obligation aussi existait déjà certes, implicitement, dans l'ancien article, mais n'était pas sanctionnée par la nullité, et très souvent les demandes en révision de loyer ne comportaient pas de proposition de nouveau prix, ce qui vidait de son sens même cette étape amiable obligatoire de la procédure.

Mis à part ces trois points, les autres modifications restent secondaires :

- dans l'article 169, « entreprises artisanales » est ajouté à artisans », et « notamment » remplace « en outre », (« en outre » était pourtant plus exact) ;

- l'article 170 voit les « entreprises publiques économiques » remplacer les défunctes « entreprises socialistes » ; et se voit ajouter l'expression « également » ;
- l'article 192 remplace « loyer » par « montant du loyer » ;

En outre, le législateur semble s'être désintéressé du sort des justiciables confrontés aux problèmes procéduraux liés aux baux nouveaux comportant éventuellement option pour l'ancienne législation ainsi qu'aux baux antérieurs à la nouvelle loi, et qui vont pourtant constituer pendant longtemps encore la majeure partie des baux existants : en effet, aucune des anomalies et lacunes que comportent certains autres articles du chapitre relatif aux baux commerciaux n'a été traitée, notamment les articles 187, 194, 197, et 198, dont les carences ou la mauvaise rédaction ont été suffisamment détaillées dans le présent ouvrage (voir infra les paragraphes concernés notamment pages 63, 67, 68, 185, 189) La clarification de ces articles truffés d'erreurs matérielles et d'incohérences aurait été salutaire pour une bonne partie des litiges existants ou à naître relatifs à ces anciens baux, puisqu'une loi interprétative peut être rétroactive.

Pour revenir aux nouvelles dispositions objet de ce préliminaire, elles prévoient également dans le nouvel article 187 ter : « les renouvellements des baux conclus antérieurement à la publication de la présente loi demeurent régis par la législation en vigueur à la date de la conclusion du bail » : donc, les baux en cours avant le 9/2/2005 demeurent régis par les anciennes dispositions telles qu'elles sont expliquées dans le présent ouvrage ;

Pour les baux conclus à partir du 9/2/2005, le choix est donc laissé comme nous venons de le voir aux contractants, c'est à dire qu'ils choisissent librement de se soumettre aux anciennes ou aux nouvelles dispositions du code de commerce en la matière : s'ils optent pour l'ancien régime, ce qui sera probablement assez rare, il en sera comme pour les anciens baux; exemple : un promoteur immobilier ou un propriétaire de galeries marchandes qu'il a conçues pour la location à des commerçants, et qui donc n'envisage pas à priori de récupérer ses locaux tant que les locataires honorent leurs obligations: en pareil cas en effet, l'objectif du propriétaire de l'immeuble est principalement un revenu régulier stable consistant en des loyers élevés, en contrepartie du régime du droit au renouvellement du bail pour le locataire commerçant ;

Par contre si les co-contractants préfèrent se soumettre à la nouvelle législation, cette préférence sera présumée de droit comme nous venons de l'expliquer, (en attendant la rectification souhaitée sur ce point) sans qu'il leur soit nécessaire de l'exprimer par une clause expresse : cela voudra donc dire que le locataire renonce au droit au renouvellement du bail, et donc au droit à l'indemnité d'éviction, quelque soit la durée du bail, et dans ce cas la plus grande partie des indications contenues dans cet ouvrage ne sera plus applicable.

Les conséquences et les problèmes d'application de ces nouvelles dispositions

Pour les baux anciens, ainsi que les baux nouveaux soumis aux anciennes dispositions, de même que dans les cas où fonds et murs appartiennent tous deux au même propriétaire, le fonds de commerce continuera d'exister sous la même forme et avec le même contenu, avec toutes ses utilisations pratiques et juridiques, notamment la vente et le nantissement ; par contre, pour les nouveaux baux soumis aux nouvelles dispositions, la principale conséquence de celles-ci sera sans doute la dépréciation majeure du fonds de commerce, en tant qu'entité juridique propre distincte dans le patrimoine du commerçant, c'est à dire en tant que bien cessible appartenant à ce dernier. Ainsi, quelque soit le régime, nouveau ou ancien, auquel se soumettent les contractants, le locataire continuera à devenir propriétaire du fonds de commerce au bout de vingt-quatre mois d'occupation effective et d'exercice effectif d'une activité commerciale, mais ce droit de propriété sera surtout théorique dans les contrats soumis au nouveau régime : un locataire exerçant son commerce depuis vingt-quatre mois dans un local qu'il occupe en vertu d'un bail de trois ans soumis à la nouvelle législation, est théoriquement propriétaire du fonds, il a donc le droit de le vendre, ou le donner en gérance (s'il remplit les conditions spéciales à la gérance), ou le soumettre à un

nantissement, mais ces possibilités resteront surtout théoriques, car les tiers concernés par ces opérations seront évidemment dissuadés par le fait que ce droit de propriété risque fort de s'éteindre à l'échéance prévue au contrat. Dans ce nouveau cadre donc, le fonds de commerce perdra le plus souvent la plus grande partie de sa valeur, qui réside en fait dans sa pérennité, dans le droit au renouvellement du bail, surtout lorsque l'on sait que dans la pratique, la plupart des nouveaux baux continuent, malgré cette nouvelle loi, à être conclus pour des durées moyennes de une à trois années, ceci en raison de la méfiance persistante des deux parties, généralement le bailleur à l'égard du locataire, quelquefois le locataire à l'égard de l'activité envisagée et de sa rentabilité; du reste, sur le simple plan de l'évaluation d'un fonds de commerce par exemple, la pratique comptable et expertale a besoin généralement de se baser sur une moyenne d'activité d'au moins trois années, comme le consacrent d'ailleurs les articles 79 et 82 du même code; il faut rappeler à ce propos que les raisons invoquées sur ce point à l'appui de cette nouvelle loi se résument, selon ce qui ressort de l'exposé des motifs, en ce que le législateur a considéré d'un côté que le régime du droit au renouvellement du bail privilégiait excessivement le locataire commerçant par rapport au bailleur, qui était dépossédé de son bien et ne pouvait le plus souvent le récupérer qu'au prix d'une indemnité d'éviction souvent exorbitante; d'un autre côté, le législateur a pris en compte le fait que les bailleurs généralement, pour se prémunir contre cette situation, ne consentaient le plus souvent que des baux de moins de deux années, pour

éluder l'article 172 (v.infra p.39), et cette pratique généralisée devenait préjudiciable à la stabilité commerciale et économique; cette nouvelle loi a donc été présentée comme un remède à ce double aspect stabilité économique/équité: or, malgré son adoption et la large couverture médiatique dont elle a bénéficié, nous constatons que la plupart des baux continuent à être conclus pour une courte durée, deux ans généralement : méfiance persistante, avons-nous dit, méconnaissance générale du contenu exact de cette loi ? A notre avis, si ces facteurs en sont effectivement en partie responsables, ce qui serait rassurant sur le caractère provisoire de cet état de fait, il n'en reste pas moins qu'une autre donnée non moins importante ne doit pas être oubliée, il s'agit de la hantise de l'imposition sur les revenus des loyers : rappelons que devant le manque d'information du public au sujet des règles pratiques régissant ce domaine, le bailleur déclare le plus souvent dans le contrat un loyer très en deçà du loyer réellement convenu, de même qu'il préfère généralement se faire payer six mois ou même une année d'avance de loyers, pour se prémunir contre un éventuel « volte-face » du locataire qui risquerait de se mettre à ne lui verser que le loyer déclaré : ce risque subsiste donc pour la durée restante, et devient plus important dans un bail de longue durée : la solution résiderait donc ailleurs que dans le code de commerce : d'abord, une adéquation ou une plus grande transparence de l'impôt sur les revenus des loyers, ensuite, on ne répètera jamais assez que le rôle d'information et de clarification des notaires à l'égard des parties est loin d'être négligeable, sur ce point comme sur bien d'autres,

notamment en ce qui concerne les clauses et les variantes de contrat, par exemple la formule 3,6,9 années, qui laisse à chaque partie la possibilité de mettre fin au bail à la fin de chacune des trois périodes (voir p.37); cette formule très connue mais peu usitée chez nous à cause de certains obstacles administratifs, présente d'ailleurs l'avantage d'être en général plus sécurisante pour les deux parties : par exemple, il faut rappeler, sur le simple plan de la relation de bail, que si le bailleur ne peut obliger le locataire à quitter les lieux avant le terme fixé dans le contrat de bail, celui-ci de son côté, ne peut non plus mettre fin unilatéralement au bail avant le dit terme, par exemple au cas où l'activité entreprise s'avère beaucoup moins rentable que prévu, et le bailleur reste en droit de réclamer les loyers échus jusqu'au terme fixé, sauf résiliation du bail. Dans ce contexte, la formule 3,6,9 serait donc plus sûre. Reste à s'assurer là encore des interférences administratives sur ce point, notamment son acceptation au niveau du centre national du registre du commerce.

Un dernier point reste à préciser, en ce qui concerne le congé : comme nous venons de le voir, le nouvel article 187 bis stipule, entre autres dispositions, que « *sauf stipulation contraire des parties*, le preneur, à l'échéance du terme fixé dans le contrat, est tenu de quitter les lieux *sans signification de congé...* » : cette énonciation ne constitue pas une interdiction . Le congé n'est plus obligatoire, mais les parties peuvent très bien convenir, par une clause insérée dans le contrat, d'un préavis obligatoire de trois ou six mois par exemple, afin de pouvoir prendre à l'avance leurs dispositions : pour le

bailleur, chercher à l'avance un autre locataire, mais surtout pour ce dernier, chercher un nouveau bailleur afin de ne pas interrompre gravement son activité. Il est vrai que des difficultés pourraient cependant surgir quant à l'application de cette clause, notamment au sujet de la forme de ce préavis, son contenu, les conditions de sa notification : ces aspects pourront être librement discutés par les parties sur la base des conseils éclairés du notaire. Dans la pratique, beaucoup de bailleurs méfiants préfèrent la formule « bail non renouvelable » dans le contrat, ce qui signifie qu'à l'échéance du terme fixé, ou même avant, si les parties décident de renouveler le bail, elles devront conclure un autre contrat, sinon, le locataire sera considéré comme occupant sans droit ni titre au delà du terme fixé, et le bailleur pourra, en cas de besoin, obtenir son expulsion immédiate par ordonnance de référé; dans ces cas, la convention de préavis précédemment évoquée n'est pas insérée dans le contrat, mais fait plutôt l'objet d'un simple accord verbal donnant lieu à une simple obligation morale entre les parties. Cette attitude rigide, désavantageuse pour le locataire, a pour origine l'expérience des bailleurs dans les baux d'habitation soumis au décret législatif 93/03 (comparable sur ce point à la présente loi 05/02) : dans ces baux, il est souvent arrivé en effet que des difficultés d'application surgissent lorsque bailleur et locataire ont inséré dans le contrat la formule « bail renouvelable », et que le bailleur, pour une quelconque raison fortuite, n'a pu manifester à l'avance son intention de récupérer ses locaux ; si le locataire, au delà du terme fixé, est toujours dans les lieux, certaines parties dans ces cas ont été

conduites à croire et à soutenir devant le tribunal que le bail était tacitement renouvelé.

Pour clore cette approche sur les conséquences de cette nouvelle législation, bien qu'il soit encore trop tôt pour des prévisions précises, il semble tout de même d'ores et déjà que le paysage commercial sera sensiblement modifié par l'impact de cette nouvelle loi, en ce sens que la plus grande partie des commerces exercés dans des locaux loués en vertu de ces nouvelles dispositions seront de petits commerces, dans une proportion plus importante que celle qui a prévalu jusqu'à présent : commerces ne nécessitant pas de gros investissements, ni une longue période d'amortissement; ceci, sauf à apporter les modifications souhaitées, (voir ci-après) et sauf amélioration, rappelons-le, sur le plan de la fiscalité des loyers, en raison de cette tendance des bailleurs à préférer les baux de courte durée leur assurant sans risque un loyer réel confortable très supérieur au loyer déclaré . Il en résultera par ailleurs que la plupart de ces commerces ne pourront que difficilement obtenir un financement bancaire chaque fois que ce financement sera subordonné au nantissement de ce fonds, à cause précisément de la dépréciation de la valeur de ces fonds du fait de ces nouvelles dispositions, aussi bien sur le plan du droit au bail que sur celui des équipements et autres éléments matériels comme nous venons de le voir. Cela pose alors la question de savoir si en définitive, le législateur n'a pas tout simplement omis dans cette nouvelle loi de fixer une durée minimale obligatoire dans les contrats soumis au nouveau régime, et ce, en contre partie des larges avantages accordés au bailleur, pour un

véritable équilibre dans les rapports bailleur-locataire.
(voir ce point dans la conclusion)

INTRODUCTION

Après cette mise au point concernant le domaine d'application des nouvelles dispositions du code de commerce, nous pouvons donc aborder le sujet de l'indemnité d'éviction, qui reste donc applicable pour les anciens baux, ainsi que pour les baux nouveaux comportant option pour l'ancienne législation. Rappelons que cette étude, comme dans les deux premières éditions (1998 et 2002), vise à clarifier et analyser la nature juridique et les fondements de l'indemnité d'éviction, la procédure nécessaire à sa mise en œuvre, ainsi que les méthodes de son évaluation, de même qu'elle discute certains problèmes d'ordre juridique et pose certaines interrogations, propose quelques réponses; enfin elle expose divers points de vue et polémiques concernant ce sujet très actuel; le tout dans un style simplifié que nous espérons profitable à la plupart des lecteurs, et susceptible d'induire un débat encore plus approfondi sur chaque point soulevé.

L'indemnité d'éviction est avant tout une réparation, un dédommagement, dont l'article 176 de notre code de commerce prescrit le versement au locataire évincé, propriétaire du fonds de commerce, par le bailleur, propriétaire du local (du bien immobilier, des "murs") dans lequel est exploité ce fonds; ceci, au cas où ce bailleur refuse le renouvellement du bail, et en contre partie du dommage causé par ce refus de renouvellement.

A travers cette première définition succincte, nous constatons tout d'abord que ce sujet entre dans le cadre

d'un vaste chapitre du droit qu'on appelle les baux commerciaux et auquel notre code de commerce consacre 35 articles en son titre 2.

Le droit des baux commerciaux se distingue principalement par le fait qu'il est né d'une coexistence souvent conflictuelle entre deux propriétés distinctes, légalement reconnues :

1- La propriété du bien immobilier ou immeuble consistant dans le local (communément appelé "murs"), dans lequel est exploité le fonds de commerce; c'est donc une propriété immobilière, dans sa définition générale, avec toutes ses caractéristiques propres ;

2- La propriété du fonds de commerce exploité dans ce local : c'est une propriété de biens mobiliers ou meubles, pour la plupart incorporels.

Il existe un lien étroit entre ce conflit et le droit qui le régit d'une part et l'évolution et les orientations de la vie économique d'autre part. Des deux protagonistes, propriétaire immobilier (bailleur) d'un côté, propriétaire du fonds de commerce (locataire) d'un autre côté, chacun joue un rôle important dans la vie économique et sociale, ce qui lui confère certains droits, certains privilèges.

Il s'ensuit d'autre part un conflit aigu entre des intérêts financiers quelque fois énormes, pour chacun des partenaires. De même que cela peut conduire à des situations étranges (quoique rares) où par exemple le fonds de commerce présente une valeur supérieure à celle du bien immobilier dans lequel il est exploité.

Cette indemnité, par ailleurs, se limite à la réparation d'un préjudice exclusivement matériel, et cela apparaît à la lumière d'une simple lecture de l'alinéa 2 de l'article

176 sus-cité, relatif aux critères d'évaluation de cette indemnité, critères strictement matériels, sachant que ces dispositions légales spéciales dérogent aux règles générales de droit civil concernant le préjudice matériel et moral. De même que, comme nous le verrons dans les modalités et principes d'évaluation, il ne s'agit pas d'une rupture abusive de contrat, mais d'un refus de renouvellement d'une obligation contractuelle, avec une présomption de bonne foi chez les deux parties.

Il faut rappeler que le bail commercial découle, dans son fondement, du bail civil, régi par les articles 467 à 537 du code civil. Le bail commercial déroge seulement à certains de ces articles, notamment en matière de refus de renouvellement. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une résiliation du bail, par exemple pour faute grave commise par le locataire, l'application de l'a.177 du code de commerce ne déroge pas aux dispositions du droit civil en pareille matière, notamment les articles 481, 482, 491 et 492 (Voir sur ce point infra p.49).

Origine de l'indemnité d'éviction :

L'origine de notre article 176 remonte à la législation française, à laquelle il a été emprunté en 1975, date de la promulgation de notre code.

Avant 1962, l'article 46 du décret du 30.9.53 (portant statut général des baux commerciaux) étendait l'application de ce décret à l'Algérie. Cette application s'est donc poursuivie après 1962 en vertu de la loi du 31.12.62 portant reconduction de la législation antérieure, (française) et ce, jusqu'au 05.07.75, date d'effet de

l'ordonnance du 05.07.73, portant abrogation de la loi du 31.12.62 sus-citée. Puis la même année, le 26.09.75 furent promulgués les codes algériens, civil et commercial, avec effet rétroactif à partir du 05.07.75. En ce qui concerne le présent sujet, le texte algérien fut une reproduction pratiquement intégrale du texte français dans son contenu, avec cependant une modification dans l'ordre des articles et des alinéas, modification dictée de toute évidence par un souci d'algérianisation purement formelle et dont la principale conséquence fut la dénaturation et l'amputation de certains principes de procédure et de fond, comme nous le verrons plus loin.

Pour remonter plus loin aux origines de l'indemnité d'éviction dans la législation française, il nous faut revenir à la date de la reconnaissance officielle de la valeur économique du fonds de commerce, comme entité juridique propre, c'est à dire à la loi du 17.3.1909, relative aux règles de vente et de nantissement des fonds de commerce. A partir de cette date, s'accrochèrent et se précisèrent les mouvements syndicaux de commerçants, les courants doctrinaux parmi les juristes, les polémiques parlementaires, dans le sens d'une plus grande protection des droits du commerçant, notamment dans ses rapports avec le propriétaire immobilier, dont il est le plus souvent le locataire: les positions des deux parties étaient alors totalement opposées entre elles: d'un côté les commerçants s'appuyaient d'abord sur la notion d'abus de droit par le propriétaire dans son refus de renouveler le bail sans motif valable; ensuite sur l'idée d'enrichissement sans cause au profit de ce dernier, en ce sens qu'en reprenant son local, il profitait injustement des

fruits du labeur du commerçant, puisqu'il récupérerait sa clientèle.

Ce à quoi répondaient les propriétaires immobiliers, que si cette clientèle ne suivait pas le commerçant là où il se réinstallait, c'est qu'elle était surtout attachée au lieu, sachant que l'emplacement est un élément attaché au bien immobilier et non au fonds de commerce, donc devant profiter de droit au bailleur et non au locataire.

Les commerçants restaient attachés à une revendication principale visant à rendre obligatoire le renouvellement du bail en l'absence de motif valable; alors que les bailleurs immobiliers de leur côté, restaient attachés au principe et à la situation prévalant alors, c'est à dire la possibilité illimitée de défaut de renouvellement sans nécessité de motif ou de dédommagement, dès lors que la durée consensuelle du bail expirait.

Après une évolution qui dura plusieurs années, et des débats approfondis, la solution qui fut finalement adoptée, aux termes d'une loi du 30/06/1926, était la suivante: le bailleur conservait dans tous les cas la possibilité de refuser le renouvellement du bail, mais, en l'absence de tout motif légitime, il serait tenu de verser une indemnité au locataire évincé, en réparation du préjudice ainsi subi par ce dernier: c'était là un compromis qui conciliait ainsi les intérêts et les droits des deux parties et leurs positions si opposées.

Ainsi était née l'indemnité d'éviction.

Depuis, de nombreux textes modificatifs se sont succédés, notamment la loi du 18.4.46, le décret du 30.9.53 (texte de base en vigueur jusqu'à présent); les lois du 5.1.57; 12.5.65, 16.7.71 ;

Evidemment, cette évolution législative allait surtout en faveur du commerçant et aux dépens du bailleur, pour deux raisons : la première, le développement économique est en général plus directement lié aux innombrables activités commerciales qu'à l'influence des propriétaires immobiliers, même en ajoutant à ces derniers les promoteurs immobiliers; la deuxième, les locataires commerçants constituaient une frange plus importante (en nombre) de l'électorat : il était donc difficile à tout parti politique de négliger les revendications de cette catégorie sociale, aussi bien dans son programme politique, sa campagne électorale, que dans son activité parlementaire, c'est à dire législative.

Il va de soi que nous ne sommes que partiellement liés par les fondements doctrinaux et économiques de l'indemnité d'éviction, propres à la société française et à son histoire : tout au plus devons-nous nous inspirer de certains aspects de cet acquis juridique qui a tendance d'ailleurs, dans son principe du moins, à s'universaliser, en les adaptant harmonieusement à nos réalités économiques et sociales et à nos mentalités. Certains vont même jusqu'à estimer que l'indemnité d'éviction est injuste dans son fondement même, puisqu'elle concrétise la restitution par le bailleur de tous les loyers qu'il a perçus et même davantage, en contre partie de la

récupération d'un local vide ne comportant tout au plus qu'un résidu de clientèle (dans l'hypothèse d'une poursuite de la même activité), sachant que l'élément clientèle ne joue qu'un faible rôle dans notre pays, de par la nature de notre système économique caractérisé par une certaine persistance des traditions monopolistes d'état et par l'absence ou l'insignifiance d'une concurrence sérieuse quant à la qualité, notamment dans la prestation des services; alors que, toujours selon la même optique, le commerçant locataire de son côté, est sensé au bout d'une dizaine d'années par exemple (durée d'exploitation rencontrée le plus souvent dans les litiges soumis aux tribunaux) avoir amorti ses investissements.

D'autres, par contre, estiment que par l'indemnité d'éviction, la loi protège les intérêts de chaque partie, bailleur et locataire, et établit un équilibre entre les deux; en ce sens qu'en l'absence d'une telle règle, il suffirait au bailleur, à l'expiration du bail, de récupérer sans frais son local pour le louer de nouveau à un autre commerçant plus fortuné, contre un pas-de-porte conséquent et un loyer plus élevé et ainsi les baux commerciaux seraient sujets à spéculation et monopole des plus forts, au détriment des petits commerçants; ceci, sachant que tout système économique a besoin du petit commerce aux cotés du moyen et du gros commerce. L'indemnité d'éviction serait donc une barrière, un garde-fou, à caractère dissuasif pour le bailleur tenté par la spéculation.

Remarque: rappelons que le petit commerce s'est considérablement développé dans notre pays ces

dernières années, quelquefois d'une manière anarchique, contrairement au gros commerce et à l'industrie qui ont tendance à périlcliter. L'indemnité d'éviction concerne le plus souvent dans la pratique les petits et moyens commerces, en raison notamment du fait que le gros commerce et l'industrie supposent des possibilités financières qui permettent en général à leurs propriétaires d'être également propriétaires des biens immobiliers dans lesquels ils exploitent leurs fonds.

Par ailleurs, et dans le même ordre d'idées, nous remarquons actuellement une vague de procédures d'indemnités d'éviction devant les tribunaux, due principalement à la présence de petits et moyens capitaux en grand nombre, et à une volonté d'investissement, d'où une demande accrue sur le marché des fonds de commerce et des baux commerciaux. Ainsi, si le scénario classique représentait le bailleur offrant de ses deniers propres l'indemnité pour exploiter lui même ou par un des proches son local, il n'est pas exclu qu'à présent dans certains cas, se tient derrière ce bailleur un commerçant qui n'est autre que le futur locataire, et qui supporte lui même cette indemnité d'éviction, en plus d'un loyer plus élevé. Cependant, cet aspect marginal ne peut dépasser un certain seuil, car le nouveau locataire conscient du fait que lui aussi pourrait ultérieurement être évincé contre indemnité, n'ira jamais au delà d'un certain coût, sachant qu'en règle générale tout investisseur se fonde avant tout sur le rapport positif des avantages sur les risques.

Cette même prudence commence progressivement à s'étendre dans les transactions entre commerçants sur les fonds de commerce. D'où précisément le rôle équitable et

dissuasif de l'indemnité d'éviction. Ce qui est sûr, c'est que l'indemnité d'éviction conditionne en partie l'investissement commercial à long terme: par long terme, on entend terme au delà de la durée du bail : ainsi, l'initiative commerciale et l'investissement baisseraient d'autant plus que diminuerait la confiance dans les possibilités de renouvellement du bail commercial.

Il faut rappeler enfin que si le principe de la propriété du fonds de commerce a tendance à s'universaliser, les règles d'application de l'indemnité d'éviction telles qu'elles se présentent dans cette étude, ne sont en vigueur pour le moment qu'en France, lieu de naissance de cette institution juridique, et dans un nombre très limité d'autres pays, principalement les anciennes colonies françaises, dont l'Algérie. Notre code en 1975, a repris intégralement les dispositions du décret de 1953, sans tenir aucun compte de nos réalités nationales et de nos besoins, surtout à l'époque. Ceci du fait que cette adoption n'a été précédée d'aucun débat libre et élargi, ni d'aucune étude approfondie et méthodique, comme d'ailleurs la plupart de nos textes de l'époque. Cet état de choses a cependant fait l'objet d'un réaménagement notable avec la récente loi du 6 février 2005 qui laisse aux nouveaux contractants la possibilité d'échapper au régime de l'indemnité d'éviction selon leur volonté.

En Allemagne, on a préféré à l'indemnité d'éviction un système de baux à durée plus longue, ainsi qu'un encouragement et une assistance financière à être propriétaire du cadre immobilier en même temps que du fonds de commerce. Le conflit est ainsi moins aigu entre

les deux sortes de propriétés, la spéculation est beaucoup moins élevée, et par contrecoup les prix sont plus stables. Dans d'autres pays la protection du commerçant locataire se limite au droit à un renouvellement limité à une durée déterminée, ou au droit à une indemnité forfaitaire (Italie). Mais aucun pays ne garantit autant que la France les droits du commerçant face au bailleur, et quelquefois au détriment de celui-ci. A tel point qu'en 1989 un propriétaire immobilier, dans une action judiciaire devant la cour de Dijon, s'est basé sur l'article 1 de la Convention Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes duquel "toute personne a droit au respect de sa propriété immobilière, ce qui interdit aux Etats signataires de s'immiscer dans l'usage que fait cette personne de son bien sauf pour préserver "l'intérêt général ".

Le demandeur reprocha ainsi à la législation Française en matière de baux commerciaux d'être en contrariété totale avec cette convention en ce sens que cette législation ne protège que les intérêts du commerçant, au détriment de ceux du bailleur, et ainsi ne protège plus l'intérêt général : la justice française a rejeté ces arguments, par un arrêt de la dite cour en date du 31-5-89, suivi d'un arrêt de la Cour de Cassation en date du 27-2-91 (revue droit immobilier 1991-518) : elle considéra que « le décret de 1953 est précisément fondé sur la recherche d'un équilibre entre l'intérêt général et la défense des droits individuels. »

Nous remarquons ici que cet attendu n'a pas répondu tout à fait directement à tous les arguments du bailleur en ce sens que la question qui reste posée est la

suivante: si l'indemnité d'éviction protège en principe le locataire contre l'éventuel arbitraire, ou les manœuvres spéculatives du bailleur, quelle en serait la contre partie qui protégerait réciproquement le bailleur contre les mêmes éventuels écarts du locataire ?

C'est à travers ce qui suit que nous nous proposons de répondre autant que possible à ces interrogations, notamment de par les modalités d'évaluation de l'indemnité, sur la base de critères objectifs, techniques, que nous allons essayer d'ordonner et d'analyser. A commencer par l'étude de l'article 176, de son contenu et de son application. Auparavant, il sera nécessaire de rappeler le domaine d'application de cette règle (chapitre1); ainsi que la procédure qui précède obligatoirement cette évaluation (chapitre 2); tout en exposant les problèmes d'ordre juridique qui continuent à susciter des polémiques, malheureusement sur des points souvent élémentaires, et notamment les règles de forme du congé; ensuite nous arriverons au chapitre 3, à l'évaluation proprement dite de l'indemnité d'éviction; avant de terminer par le chapitre 4 consacré à l'exécution de la décision de justice fixant l'indemnité d'éviction et au droit de repentir du propriétaire.

Tout ceci rappelons-le, n'est valable que pour les baux antérieurs au 9 février 2005 ainsi que les nouveaux baux comportant expressément option pour le régime des anciens baux.