



Décision du Défenseur des droits n°MLD-2014-22

RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

Décision relative à une recommandation de réforme législative du Code de commerce

Domaine(s) de compétence de l'Institution : Lutte contre les discriminations

Thème(s) :

- *Discrimination* :

critère de discrimination : NATIONALITE

domaine de discrimination : BIENS ET SERVICES/COMMERCES

Synthèse :

Le Défenseur des droits s'est saisi d'office d'une réclamation relative à problématique relative à l'exclusion des étrangers extra-communautaires du droit au renouvellement d'un bail commercial et du droit de reprise des locaux d'habitation accessoires des locaux commerciaux. En 2011, la Cour de cassation a jugé discriminatoire l'exclusion du droit au renouvellement du bail commercial opposable aux autres étrangers. Ces dispositions n'ont cependant pas été abrogées depuis lors. Interrogé par le Défenseur des droits, le Ministère compétent reconnaît que cette situation n'a plus de justification. Conformément à la recommandation du Défenseur, le Ministère envisage d'abroger les restrictions prévues par les articles L. 145-13 et L. 145-23 du Code de commerce. Dans un souci de cohérence, le Défenseur recommande également de supprimer les dispositions discriminatoires des articles 18 à 20 de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement. Le Défenseur demande à être tenu informé des suites dans un délai de six mois.

Paris, le 3 mars 2014

Décision du Défenseur des droits n°MLD-2014-22

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne des droits de l'homme et notamment ses articles 14 et l'article 1^{er} de son Protocole additionnel n° 1 ;

Vu la Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession ;

Vu la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée ;

S'étant saisi d'office de la problématique relative à l'exclusion des étrangers extra-communautaires du droit au renouvellement d'un bail commercial et du droit de reprise des locaux d'habitation accessoires des locaux commerciaux ;

Décide de recommander une réforme législative visant à abroger les restrictions fondées sur la nationalité prévues par les articles L. 145-13 et L. 145-23 du code de commerce.

Le Défenseur des droits demande au Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de six mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Dominique BAUDIS

Recommandation

Le 4 novembre 2013, le Défenseur des droits s'est saisi d'office de la problématique relative à l'exclusion des étrangers extra-communautaires du droit au renouvellement d'un bail commercial et, le cas échéant, du droit de reprise des locaux d'habitation accessoires des locaux commerciaux.

En l'état actuel de la loi, un preneur étranger n'a pas droit au renouvellement du bail commercial (article L. 145-13 du code de commerce) ⁽¹⁾. De même, le bailleur étranger ne peut pas refuser le renouvellement du bail sur les locaux d'habitation accessoires aux locaux commerciaux prévu à l'article L. 145-22 du Code de commerce (article L. 145-23 du Code de commerce) ⁽²⁾.

En réponse à l'enquête menée par le Défenseur des droits, Madame Sylvia PINEL, Ministre de l'artisanat, du commerce et du tourisme, a indiqué dans un courrier du 13 janvier 2014 que les dispositions susmentionnées résultaient de la survivance, pour des raisons historiques, d'une législation qui ne trouve plus de justifications aujourd'hui.

Conformément à la recommandation du Défenseur, elle a ainsi fait savoir qu'elle envisageait d'abroger les articles L. 145-13 et L. 145-23 du Code de commerce. Cette abrogation pourra intervenir par voie d'amendement dans le cadre de l'examen par le Parlement du projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, qui comporte plusieurs dispositions relatives à la rénovation du régime des baux commerciaux. Ce projet de loi sera examiné au début de l'année 2014.

I. Le dispositif concerné

A titre préliminaire, il convient de relever que dans l'hypothèse où le preneur n'obtient pas le renouvellement du bail commercial, il peut bénéficier d'une indemnité d'éviction.

Conformément au dispositif établi dès 1926 et inséré dans le code de commerce par un décret du 30 septembre 1953, bénéficiant du droit au renouvellement du bail commercial, d'une part, les ressortissants français commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers et d'autre part, certains étrangers « privilégiés », à savoir :

⁽¹⁾ « Sous réserve des dispositions de la loi du 28 mai 1943 relative à l'application aux étrangers des lois en matière de baux à loyer et de baux à ferme, les dispositions de la présente section ne peuvent être invoquées par des commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers de nationalité étrangère, agissant directement ou par personne interposée, à moins que, pendant les guerres de 1914 et de 1939, ils n'aient combattu dans les armées françaises ou alliées, ou qu'ils n'aient des enfants ayant la qualité de Français. L'alinéa précédent n'est pas applicable aux ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ».

⁽²⁾ « Les dispositions de l'article L. 145-22 ne sont pas applicables aux bailleurs de nationalité étrangère, agissant directement ou par personne interposée, à moins que, pendant les guerres de 1914 et de 1939, ils n'aient combattu dans les armées françaises ou alliées, ou qu'ils n'aient des enfants ayant la qualité de Français. L'alinéa précédent n'est pas applicable aux ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ».

- ceux ayant combattu pendant les guerres de 1914 et 1939 dans les armées françaises ou alliées ;
- ceux ayant des enfants de nationalité française ;
- les ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ;
- ceux invoquant une réciprocité législative ⁽³⁾ ;
- ceux se prévalant d'une convention diplomatique entre leur État et la France ⁽⁴⁾.

Par ailleurs, la portée de la restriction est tempérée par les conditions de mise en œuvre du droit au renouvellement du bail commercial. En pratique, la condition de nationalité n'a pas à être remplie pendant toute la durée du bail, mais elle est exigée au jour du congé ou de la demande de renouvellement ⁽⁵⁾.

II. Sa remise en cause

Malgré les exceptions susmentionnées, cette restriction prévue par le Code de commerce est susceptible d'être remise en cause sur le double fondement de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit de l'Union européenne.

1) Son incompatibilité au regard de la Convention européenne des droits de l'homme

La Cour de cassation a jugé en 2011 que l'exclusion du droit au renouvellement du bail commercial opposable aux autres étrangers ne poursuivait aucun motif d'intérêt général et qu'elle était discriminatoire au regard de la Convention européenne des droits de l'homme qui est d'applicabilité directe dans l'ordre juridique français.

• L'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2011 ⁽⁶⁾

Les faits

Dans une affaire donnant lieu à un arrêt de la Cour de cassation le 9 novembre 2011 (publiée au bulletin) ⁽⁷⁾, un commerçant turc ne sollicitait au départ qu'un loyer plafonné lors du renouvellement de son bail commercial. Le bail ayant été renouvelé à deux reprises, le

⁽³⁾ Il s'agit de preneurs étrangers ressortissants d'un Etat offrant aux Français les avantages d'une législation similaire ou admettant l'assimilation des étrangers aux nationaux dans l'exercice des droits civils. Pour une illustration, *CA Paris, 16e ch., sect. B, 4 juin 1999, n° 97/16986 : AJDI 1999, p. 817* au sujet d'un preneur marocain

⁽⁴⁾ Pour une illustration, *CA Paris, 16e ch., sect. A, 13 sept. 1994, n° 93/11525 : Loyers et copr. 1994, comm. 479* au sujet d'un preneur russe ; *CA Paris, 16e ch. sect. B, 9 juill. 1992, n° 90/025254 : Administrer mars 1993, p. 60* au sujet d'un preneur chinois

⁽⁵⁾ *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*

⁽⁶⁾ F. Auque, « La propriété commerciale du commerçant turc », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 3, 19 Janvier 2012, p. 1057

⁽⁷⁾ *Cass. Civ. 3e, 9 novembre 2011, n° 10-30.291*

bailleur avait estimé ingénieux de délivrer congé pour une date lointaine, afin que la durée effective du bail fût supérieure à douze ans et le loyer déplaçonné, comme le prévoit le statut des baux commerciaux. Pour faire échec à la fixation automatique du loyer à la valeur locative, le preneur notifia une demande de renouvellement pour une date antérieure, sachant qu'en cas de conflit entre congé et demande de renouvellement, la jurisprudence fait prévaloir la demande ⁽⁸⁾. Le bailleur excipa de la nullité de la demande de renouvellement signifiée par le preneur en invoquant les dispositions de l'article L.145-13 du Code de commerce rendant inapplicable, aux étrangers, la section du statut des baux commerciaux sur le renouvellement du bail. La Cour d'appel de Paris refusa d'annuler la demande du preneur en estimant que le bailleur avait manifestement renoncé à priver son locataire étranger du droit au renouvellement du bail et à se prévaloir des dispositions dudit article L. 145-13.

La solution de la Cour de cassation

La Cour de cassation, soulevant d'office un moyen d'ordre public ⁽⁹⁾, a déclaré : « *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 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne 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* ».

Ce faisant, le Cour de cassation reconnaît, d'une part, que le droit au renouvellement du bail commercial est protégé par la Convention garantissant le respect des biens et que, d'autre part, l'exclusion des étrangers de son bénéfice n'est aucunement justifiée. Cette jurisprudence s'inscrit directement dans la lignée de celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le droit au renouvellement du bail commercial est constitutif d'un bien

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme consacre une conception extensive de la notion de « bien ». Ainsi, en est-il d'une créance de valeur patrimoniale qu'elle soit constituée ⁽¹⁰⁾ ou simplement virtuelle, dans la mesure où l'intéressé a « une espérance légitime » de voir concrétiser sa créance ⁽¹¹⁾. Il suffit en principe qu'il existe une base suffisante en droit interne pour que l'on puisse qualifier la créance du requérant de valeur patrimoniale.

La jurisprudence de la Cour de cassation s'inscrit dans cette lignée. Elle réaffirme dans cet arrêt sa position tenue dans un arrêt du 18 mai 2005 ⁽¹²⁾, selon lequel le droit au

(8) Cass. 3e civ., 3 nov. 1986 : Bull. civ. 1986, III, n° 152. - Cass. 3e civ., 1er oct. 1997 : AJDI 1998, p. 108, obs. J.-P. Blatter

(9) *A. Dorsner-Dolivet et T. Bonneau, L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure : D. 1986, chron., p. 59*

(10) CEDH 9 décembre 1994 *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce* au sujet d'une créance contractuelle reconnue par une sentence arbitrale définitive et obligatoire

(11) CEDH 20 novembre 1995 *Presso Compania Naviera SA et la c/ Belgique* au sujet d'une créance ni constatée ni liquidée par une décision judiciaire

(12) Cass. 3^{ème} Civ., 18 mai 2005, n° 04-11.349

renouvellement, en ce qu'il constitue un élément de la propriété commerciale du preneur, était couvert par l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 à la CEDH.

La Cour de cassation comprend ainsi la notion de « bien » comme incluant les intérêts économiques relatifs au commerce. Le droit au renouvellement du bail commercial constitue un droit de créance qu'il peut faire valoir par exemple en obtenant une indemnité d'éviction en cas de non-renouvellement.

L'exclusion de son bénéfice fondée sur la seule nationalité du commerçant est injustifiée

Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, si elle « *manque de justification objective et raisonnable* », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « *but légitime* » ou s'il n'y a pas de « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». Par ailleurs, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement.

Toutefois, « *seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité* » ⁽¹³⁾. La Cour pose ainsi une exigence de preuve particulière sur un motif de discrimination aussi « suspect » que la nationalité.

La Cour a jugé que le refus de renouveler un bail commercial du seul fait de la nationalité du preneur ne repose sur aucun « *motif d'intérêt général* ». Elle en conclut que cette exclusion est discriminatoire au sens de la Convention.

Les commentateurs de cet arrêt ont relevé « *qu'il est vrai qu'on peine à voir, au XXI^e 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 (...)* » ⁽¹⁴⁾.

En effet, on rappellera l'importance que peut avoir le bail commercial pour l'exploitation du fonds de commerce. Garanti par les dispositions du code de commerce aux articles L.145-8 et suivants, le droit au renouvellement du bail commercial constitue une prérogative essentielle pour l'exercice de l'activité professionnelle du preneur à bail. Il assure notamment la poursuite et le développement de l'activité économique ainsi que la stabilité du fonds de commerce.

⁽¹³⁾ CEDH 16 septembre 1996 *Gaygusuz c/ Autriche*, Req. 17371/90

⁽¹⁴⁾ F. Auque, précitée ; 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 ; V. également M. Pédamon & H. Kenfack, *Droit commercial*, Dalloz, 3e éd. 2011, n° 172 qualifiant la situation de « *curieuse survivance du nationalisme économique* » et KENFACK (H.), Requiem pour la condition de nationalité dans les baux commerciaux », *La semaine juridique JCP*, éd. G, n° 3, 16 janvier 2012, p. 53

Au-delà de l'inconventionnalité de l'article L. 145-13 du Code de commerce au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, cette disposition pose également difficulté au regard du droit de l'Union.

2) Son incompatibilité au regard de l'article 11 de la directive 2003/109

La directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée donne un statut européen aux ressortissants de pays extérieurs à l'UE résidant de manière légale et ininterrompue pendant cinq ans sur le territoire d'un pays de l'UE.

Une fois acquis le statut de résident de longue durée, la personne intéressée a, en vertu de l'article 11-1 sous a) de ladite directive, le droit à l'égalité de traitement avec les ressortissants nationaux, notamment en matière de conditions d'accès à une activité non salariée ainsi qu'en matière de conditions d'emploi et de travail.

Compte tenu des éléments susmentionnés démontrant l'importance du droit à renouvellement du bail commercial pour la profession de commerçant, le seul fait d'exclure du bénéfice de ce droit des ressortissants extracommunautaires résidents de longue durée leur causerait un désavantage particulier du seul fait de leur nationalité.

Contrairement au droit de la Convention européenne, le droit de l'Union ne permet pas de justifier des discriminations directes fondées sur la nationalité.

Il résulte de ce qui précède que l'article L. 145-3 du Code de commerce apparaît comme caractérisant une discrimination fondée sur la nationalité prohibée sur le fondement de l'article 14 de la CEDH combiné avec l'article 1^{er} de son premier Protocole additionnel ainsi que sur le fondement de l'article 11-1 a) de la directive 2003/109.

3) Son incompatibilité au regard de l'article 1^{er} de la Convention n° 111 de l'OIT

L'article 1^{er} de la Convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession) que la France a ratifiée en 1981 interdit toute distinction, exclusion ou préférence fondée notamment sur l'ascendance nationale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession.

Aux fins de la présente convention, les mots *emploi* et *profession* recouvrent l'accès à la formation professionnelle, l'accès à l'emploi et aux différentes professions, ainsi que les conditions d'emploi.

Selon la jurisprudence du comité OIT, la notion d'ascendance nationale figurant dans la convention n° 111 ne vise pas les distinctions qui pourraient être faites entre les citoyens du pays concerné et les personnes d'une autre nationalité, mais celles qui seraient établies en fonction du lieu de naissance, de l'ascendance et de l'origine étrangère ⁽¹⁵⁾.

(15) Voir Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Ethiopie de la convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, et de la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Confédération nationale des travailleurs de l'Erythrée

Toutefois, dans la mesure où la grande majorité des ressortissants étrangers sont nés à l'étranger et/ou ont des parents étrangers et/ou ont une origine étrangère, l'exclusion des ressortissants étrangers du bénéfice du droit au renouvellement du bail commercial pourrait dès lors constituer une discrimination indirecte fondée sur l'ascendance nationale.

Ce type de discrimination peut être justifiée si l'Etat démontre qu'elle poursuit un but légitime et qu'elle est proportionnée.

En l'occurrence, le Ministère compétent a reconnu qu'il n'y avait plus de justification à l'heure actuelle à ce type de dispositif.

III. Proposition de réforme

L'article L.145-13 du Code de commerce a été adopté dans un contexte économique fortement influencé par les doctrines nationalistes. Cette disposition est non seulement inadaptée aux réalités économiques contemporaines qui sont celles d'un monde économique globalisé mais elle apparaît également discriminatoire.

En conséquence, dans un souci de mise en conformité des dispositions internes aux normes internationales et de sécurité juridique, il apparaît opportun de réformer les conditions de mise en œuvre du droit au renouvellement du bail commercial prévues à l'article L.145-13 du Code de commerce. Cette modification nécessiterait l'intervention du législateur.

On relèvera d'ailleurs que le législateur est déjà intervenu pour mettre fin aux conditions discriminatoires du droit d'ester en justice des sociétés de capitaux étrangères en France. En effet, la loi du 30 mai 1857 subordonnait le droit d'ester en justice en France des sociétés de capitaux étrangères à une autorisation délivrée par décret rendu en Conseil d'Etat. À la suite d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 juillet 2003, reconnaissant qu'elles aussi constituaient une discrimination en matière de droit au respect des biens ⁽¹⁶⁾, le législateur a finalement abrogé ces dispositions dans la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

Dans la mesure où l'article L. 145-3 du Code de commerce serait réformé, il faudrait, dans un souci de cohérence - et même si cette disposition semble peu usitée - également réformer d'autres dispositions afin de permettre au bailleur étranger le droit de refuser le renouvellement du bail sur les locaux d'habitation accessoires aux locaux commerciaux. Il s'agit de l'article L. 145-23 du Code de commerce ainsi que les articles 18 à 20 de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement.

http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDUR E_ID,P50012_LANG_CODE:2507198,fr

⁽¹⁶⁾ Il s'agit de preneurs étrangers ressortissants d'un Etat offrant aux Français les avantages d'une législation similaire ou admettant l'assimilation des étrangers aux nationaux dans l'exercice des droits civils. Pour une illustration, *CA Paris, 16e ch., sect. B, 4 juin 1999, n° 97/16986 : AJDI 1999, p. 817* au sujet d'un preneur marocain

En conséquence, conformément à l'article 32 de la loi organique lui donnant compétence de recommander des modifications législatives qui lui apparaissent utiles, le Défenseur des droits recommande au Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme d'abroger les articles L. 145-3 et L. 145-23 du Code de commerce et de supprimer le caractère discriminatoire des articles 18 à 20 de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement.