

Actualité de la pratique des baux commerciaux Annexes documentaires

Table des matières

I/ Le bail en état futur d'achèvement	2
10 questions sur la bail en état futur d'achèvement, Opérations immobilières d'avril 2013	2
II/ L'annexe environnementale ou bail vert	7
Articles du Code de l'environnement.....	7
Articles du Code de la construction et de l'habitation.....	8
III.1/ Clauses d'indexation	10
TGI Paris, 5 juillet 2012, n° 10/04850	10
CA Aix-en-Provence, 15 mars 2013, n° 11/06632	15
III.3/ Clauses relatives à la répartition des charges et travaux	24
Cass. 3 ^e civ. 13 juin 2012 n°11-17114	24
Cass. 3 ^{ème} civ. 19 décembre 2012 n°11-25414	27
Cass. 3 ^e civ. 6 mars 2013 n°11-27331	31

I/ Le bail en état futur d'achèvement

10 questions sur la bail en état futur d'achèvement, Opérations immobilières d'avril 2013

10 QUESTIONS SUR...

LE BAIL COMMERCIAL EN L'ÉTAT FUTUR D'ACHÈVEMENT

Le dispositif du bail commercial en l'état futur d'achèvement (Befa) s'est développé depuis une douzaine d'années, les opérations en blanc (sans preneur) se raréfiant. Sa singularité réside essentiellement dans la période séparant la date de la signature du bail de celle de la mise à disposition des locaux. Une rédaction rigoureuse de ce contrat est donc primordiale. L'expérience révèle que ce type de montage, impliquant classiquement un promoteur-vendeur, un investisseur-bailleur et un utilisateur-preneur, soulève plusieurs difficultés juridiques évoquées ici.

PAR JEAN-LUC TIXIER, DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT ASSOCIÉ, CMS BUREAU FRANCIS LEFEBVRE, CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT À L'UNIVERSITÉ DE PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE

CONTEXTE

Le Befa est une création de la pratique. Ce montage puise son inspiration et une partie de sa substance dans la vente en l'état futur d'achèvement (Vefa). Il n'est pas prévu d'intervention du législateur pour le réglementer.

1 Pourquoi recourir au bail commercial en l'état futur d'achèvement ?

La validité de la vente d'un immeuble à construire est reconnue de longue date et a été consacrée par le législateur qui organise ce type de vente, notamment lorsqu'elle porte sur un immeuble d'habitation dit du « secteur protégé » (articles L261-1 et L261-10 du code de la construction et de l'habitation). Les ventes d'immeubles commerciaux et tertiaires à construire empruntent d'ailleurs certains éléments de ce dispositif. Dans ce contexte, il apparaît difficile de trouver des obstacles à la validité et à l'efficacité d'un Befa pour les motifs suivants.

Prétendre que la détermination de l'objet du Befa ferait défaut ne laisse pas de surprendre. Les éléments descriptifs de l'objet du Befa, qu'ils soient déterminés ou déterminables (aménagements à définir, variantes ou options), constituent par ailleurs un engagement du vendeur vis-à-vis du futur bailleur. La thèse selon laquelle le Befa pourrait seulement revêtir la forme d'une promesse de bail traduit une volonté délibérée de refuser, son efficacité à un contrat qui possède la plénitude des éléments constitutifs d'un bail.

Les récentes évolutions jurisprudentielles sur la possible rétractation, certes fautive, du promettant dans les promesses unilatérales de vente suffisent à écarter la préférence de la promesse unilatérale de bail (à laquelle serait alors annexé le projet de bail, signé définitivement lors de l'entrée dans les lieux) au profit du Befa. En outre, la promesse de bail non liée à l'avant-contrat souscrit par le bailleur se révèle fragile (Cour de cassation, 3^e ch. civ., 19 septembre 2012, n° 10-12024).

La « promesse synallagmatique de bail ne valant pas bail » n'entraîne pour les parties qu'une obligation de faire, dont l'inexécution est sanctionnée seulement par des dommages-intérêts à l'exclusion de toute exécution forcée. En considération des intérêts en jeu, cette solution n'est pas pratiquée en matière de Befa.

L'allégation reprochant au Befa sa soumission à de nombreuses conditions suspensives n'infléchit pas non plus le bien-fondé de son choix par rapport à une promesse : les conditions dont est affecté un contrat ne déterminent pas la nature de celui-ci. Le promoteur/vendeur est souvent le négociateur du bail et n'est pourtant pas celui qui l'exécutera. C'est l'acquéreur en Vefa qui se substituera au promoteur et s'engagera à mettre l'immeuble à disposition.

Les parties réticentes à l'égard du Befa peuvent choisir de se lier par un bail seulement à compter de la livraison de l'immeuble. Elles demeurent alors réciproquement exposées à l'aléa de la défaillance de l'autre, sans solution réellement efficace de protection.

2 En quoi la structure duale d'un Befa est déterminante ?

La Vefa mêle obligation de construire et vente. De son côté, le découpage du Befa s'opère en une première phase de construction, de la signature jusqu'à la mise à disposition des locaux ; une seconde phase de bail proprement dite lui succède. L'obligation de construire pèse rarement sur le bailleur, lequel est plus souvent simple acquéreur des futurs locaux. Le Befa lie immédiatement les parties qui déterminent librement leurs rapports jusqu'à la date d'achè-

vement. La constatation de l'achèvement des locaux emportera prise d'effet du bail.

Lors de la phase initiale, les relations contractuelles sont régies par le droit commun des contrats et ne sont pas soumises aux règles d'ordre public du statut des baux commerciaux (Cour de cassation, 3^e ch. civ., 8 janvier 1997, n°95-11014, Société Ufrance immobilier c/Société Générale). Ainsi la possibilité offerte au preneur de renoncer au cours de cette période à poursuivre l'exécution du contrat moyennant une contrepartie financière n'est pas analysée au regard des dispositions du statut (même arrêt). Les spécificités de cette période initiale, celles de la constatation de l'achèvement et l'organisation de l'année de « parfait achèvement » impliquent une rédaction spécifique (voir questions 9 et 10).

S'agissant de la phase postérieure à l'achèvement, les dispositions du statut des baux commerciaux, si les conditions de l'article L145-1 du code de commerce sont remplies, et les stipulations habituelles (dérogations éventuelles au statut, et au droit commun du louage) retrouvent leur prééminence : la négociation de ces dernières ne se distingue pas de celle du bail d'un immeuble existant.

La présentation du Befa traduit généralement cette dualité de périodes relevant chacune d'un régime juridique distinct :

- période antérieure à la constatation de l'achèvement et mise à disposition des lieux ;
- période consécutive à cette dernière avec les conditions générales et particulières y afférentes.

3 Quelles sont les différentes qualités que le bailleur peut endosser en Befa ?

Le Befa peut recouvrir différentes situations au regard de la qualité du bailleur :

- le bailleur est maître d'ouvrage avec un éventuel recours à un contrat de promotion immobilière ;
- le bailleur, signataire initial du Befa, est aussi vendeur en Vefa des locaux à construire. Mais l'acquéreur deviendra le bailleur définitif. En pareil cas, le preneur négocie avec le maître d'ouvrage, mais très rapidement (dès la phase de construction) le bail aura vocation à être exécuté par l'acquéreur. Ce dernier ne disposera alors ni des mêmes prérogatives, ni des mêmes droits, qu'un bailleur maître d'ouvrage. La rédaction du bail devra en tenir compte ;
- Enfin, le bailleur signataire a déjà acquis les locaux en Vefa, la rédaction du Befa s'en trouve alors simplifiée d'autant.

Dans tous les cas, le bailleur s'engage à l'égard du preneur de telle sorte que tout ce qui est prévu au Befa soit exécuté, sans qu'il ne puisse invoquer une quelconque discordance avec les engagements « amonts » souscrits à son égard. Il convient dans ces conditions d'adopter un principe de « transparence » dans la conclusion des différents contrats.

4 L'objet du Befa : que constitue son « achèvement » ?

Nombreux sont les Befa conclus avant même l'obtention du permis de construire : la description précise de l'immeuble impose alors un important travail documentaire. Corrélativement, le preneur doit pouvoir s'assurer à temps que l'ensemble des pièces administratives et descriptives contractuelles s'inscrit dans les prévisions de la documentation du Befa et que ces pièces ne font pas apparaître de différences anormales par rapport aux prévisions du bail.

Aucun dispositif n'impose une méthode de calcul des surfaces. Cependant, le Befa doit définir avec précision les surfaces, leur mode de calcul (initial sur plans, puis final à l'achèvement), l'inévitable tolérance (du même ordre que celle admise dans les Vefa) ainsi que la modification corrélative du montant du loyer qui s'y attache.

Idéalement, la définition de l'immeuble tel que délivré par le bailleur doit reprendre à l'identique celle de l'immeuble considéré comme livrable dans la Vefa. Il s'agit, le plus souvent, de celle de l'article R261-1 du code de la construction et de l'habitation (CCH) au titre de la Vefa du « secteur protégé ». L'immeuble sera considéré comme pouvant être mis à disposition (le preneur devant alors en prendre possession), lorsque seront exécutés les ouvrages et installés les éléments d'équipement qui seront indispensables à l'utilisation, conformément à la destination de l'immeuble. L'immeuble ne sera donc pas achevé au sens contractuel du terme. La jouissance du preneur devra débuter même s'il existe des défauts de conformité (pourtant qu'ils ne présentent pas un caractère substantiel) ou des malfaçons (dès lors qu'elles ne rendent pas les ouvrages ou les éléments précités impropres à leur utilisation). L'emprunt à l'article R261-1 du CCH se poursuit souvent en précisant que la constatation de cet « achèvement » n'emportera pas par elle-même reconnaissance de la conformité aux prévisions du contrat.

5 Comment prévoir la progression et l'évolution du projet en Befa ?

Étant considérés la date de signature, la nécessité d'informer le preneur sur l'avancement de la construction et l'impératif d'apporter des modifications à l'initiative de preneur, le Befa doit prévoir la survenance de causes d'évolutions indépendantes de la volonté des parties.

Le Befa peut aussi envisager sous certaines conditions (nature, époque, incidences ou chiffrage) des modifications à l'initiative du preneur, assorties d'une détermination anticipée des conséquences sur le montant du loyer.

Une annexe déterminera opportunément les « confirmations de projet » à savoir tout ce qui doit faire l'objet de choix d'ores-et-déjà prévus dans leur principe : choix de revêtements, de peintures, de quincaillerie, etc. Ce document technique recensera toutes les

REPÈRES

Le champ d'application du Befa est assez étendu. Peuvent être concernées des opérations portant sur des bureaux, des centres commerciaux, des entrepôts et même des hôtels.

ATTENTION

L'obligation de délivrance du bailleur en Befa se situe à la mise à disposition des locaux, et après l'achèvement des travaux. L'encadrement contractuel du Befa doit donc être adapté aux spécificités de cette situation.

prestations déjà prévues dans leur principe et quantités prévisionnelles sur lesquelles le preneur sera invité à opérer ses choix définitifs (les qualités et performances étant déjà prévues dans le contrat). Peut aussi être envisagée l'hypothèse où, à l'occasion de ses choix, le preneur accompagne ceux-ci, en définitive, d'une demande de modification de qualité ou de performance.

Dans le Befa, le principe et les modalités de l'intervention des entreprises auxquelles seront confiés les travaux demandés par le preneur, alors que l'opération de construction immobilière ne sera pas encore terminée donnent lieu en pratique à des négociations difficiles. Une solution permet d'optimiser la date d'installation du preneur à condition d'être acceptée par le maître d'ouvrage de l'immeuble et par le bailleur : elle consiste à confier ces travaux aux entreprises intervenant déjà sur site pour le compte du maître de l'ouvrage.

Souvent des aménagements et agencements initiaux sont effectués, ou supportés, par le preneur. Ce faisant ces travaux participent de l'obligation de délivrance, dont la charge se trouve alors transférée au preneur. Par définition, ils ne modifient pas les lieux loués, mais les complètent et les achèvent.

Au regard des débats que sont susceptibles de soulever ces questions en référence aux articles R145-5 et R145-8 du code de commerce, il est conseillé de veiller à ce que le Befa aborde explicitement quel sera le sort de ces travaux et leur incidence sur le loyer (motivant ou non un déplaçonnement sur ce fondement). Les parties sont en effet libres d'organiser dans le bail, les conditions financières du renouvellement, puisque ni la règle du plaçonnement, ni les critères de définition de la valeur locative ne sont d'ordre public.

6 Quelles conditions suspensives inscrire dans le Befa ?

Le Befa peut être signé à des stades très variables d'avancement du projet. Plus la signature intervient en amont de l'opération, plus le bail sera assorti de conditions suspensives. Mais une fois ces conditions levées le bail deviendra définitif et efficace.

Les conditions les plus fréquentes sont afférentes à l'obtention du permis de construire, à la purge du retrait et du recours des tiers, à l'obtention des autorisations des commissions départementales d'aménagement commercial (CDAC), etc. Toutes autres conditions suspensives peuvent également être envisagées. Il convient cependant de prévoir des délais adaptés, des justifications des diligences et démarches nécessaires à leur réalisation (tel que l'audit dossier PC/PCM avant dépôt et la justification documentée de leur réalisation) ainsi que les conséquences du défaut de réalisation de ces conditions dans les délais prévus.

Ces conditions suspensives, le plus souvent stipulées au profit du seul preneur, sont autant de portes de sortie offertes à ce dernier. Elles peuvent concerner :

- des faits juridiques (avant-contrat non conclu par le bailleur dans un certain délai, puis absence de signature du contrat dans le délai prévu dans l'avant-contrat) ;
- des faits matériels (absence d'achèvement de fondations dans un certain délai par exemple).

Les conditions suspensives peuvent aussi comprendre, dans autant de délais distincts, le dépôt d'un dossier complet de demande de permis de construire, conforme aux exigences légales et réglementaires ainsi qu'aux dispositions locales d'urbanisme, l'obtention d'un permis de construire et l'acquisition du caractère définitif de ce dernier.

7 Comment s'opèrent la constatation de l'achèvement et la vérification de la conformité des travaux ?

Les parties déterminent librement les modalités de la constatation de l'achèvement des locaux emportant prise d'effet du bail. Les clauses doivent non seulement clairement définir la notion d'achèvement des lieux loués, mais surtout organiser la vérification de la conformité des travaux (contractuelle et administrative) :

- ses modalités (notamment préavis minimal) ;
- sa chronologie ;
- son articulation avec la réception (par le maître d'ouvrage) ;
- son articulation avec la livraison (à l'acquéreur en Vefa, valant état des lieux).

Ces modalités doivent s'inscrire dans un cadre temporel réaliste, eu égard notamment à la surface des lieux loués, à l'ensemble des investigations à mener, à l'articulation de ces trois opérations consécutives : réception (contrat d'entreprise), livraison (Vefa) et mise à disposition (Befa) ainsi que l'articulation avec les éventuelles réserves formulées dans les trois cadres contractuels respectifs.

Ces trois opérations, totalement distinctes, n'ont pas le même fondement juridique et ne concernent pas les mêmes intervenants. Elles doivent pourtant être réalisées quasiment concomitamment, et il est préférable que les éléments réservés soient identiques, étant supposé que les descriptifs contractuels sont concordants. L'absence de possibilité pour le preneur d'intervenir dans le cadre du procès-verbal de réception explique la prévision d'un pré-état des lieux en parallèle des opérations préalables à la réception (OPR) ou à la livraison (OPL).

8 Le loyer du Befa présente-t-il des particularités ?

Comme dans tout bail commercial statutaire, les parties déterminent librement le montant du loyer initial. À de nombreux égards, les problématiques du Befa

ne se distinguent pas, au titre de la période de jouissance, de celles d'un bail d'immeuble existant.

Pour la période commençant à courir à compter de la mise à disposition, le bail portant sur une construction future, le plus souvent les parties conviennent d'adopter un loyer déterminable en fonction de la surface de plancher.

Lors de la conclusion du bail, le loyer est davantage fixé en fonction d'un ratio purement financier (tel que la rentabilité des capitaux investis dans la construction ou l'acquisition de l'immeuble), plutôt qu'en fonction de la valeur locative.

L'insertion d'une clause d'actualisation est assez fréquente, puisqu'une durée importante sépare la conclusion du Befa de sa prise d'effet.

L'actualisation est un mode de détermination du loyer qui permet au bailleur de se protéger des risques de l'inflation en procédant à une revalorisation le jour de la prise d'effet du loyer. Elle ne doit donc pas être confondue avec l'indexation, qui est « une modalité imprimée à l'obligation de somme d'argent par une convention (clause d'indexation), une décision de justice ou par la loi qui tend à faire varier le montant de l'obligation en fonction d'un élément objectif de référence nommé indice » (*Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant). Ainsi, est une actualisation, non une indexation, le mécanisme par lequel le montant initial du loyer est fixé en tenant

compte des indices de référence entre la date de la convention et celle de l'entrée dans les lieux (cour d'appel de Paris, 27 janvier 1979, JurisData n° 1979-165009; Cour de cassation, 3^e ch. civ., 23 février 1983, n° 81-13547).

Cette différence de nature a pour corollaire une distinction de régime applicable puisque les dispositions qui encadrent l'indexation dans les contrats à exécution successive (article L112-1 du code monétaire et financier) sont d'interprétation stricte et visent exclusivement les clauses d'indexation.

Le Befa stipule donc le plus souvent :

- une clause d'actualisation du loyer sur la base de la variation d'un indice (qui peut être le BTO1) entre la date de conclusion du bail et sa date de prise d'effet;
- une clause d'indexation du loyer ainsi actualisé, par référence à l'évolution de l'indice Insee du coût de la construction à compter de la date de prise d'effet du bail.

Or l'article L145-39 du code de commerce dispose que si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire. Pour l'application de cet article

« Les négociations sont âpres si le preneur exige une mise à disposition anticipée des locaux »



Mahbod Haghghi, directeur juridique de Sodearif (filiale de développement immobilier de Bouygues Bâtiment IDF) et vice-président de Juridim

Sur quels types de biens Sodearif privilégie-t-il les montages en bail commercial en l'état futur d'achèvement ?

Tout dépend de « l'entrée » du projet. Sauf pour les affaires initiées directement par l'utilisateur ou par l'investisseur, quasiment tous les autres projets de développement de bureaux ou de commerces ont recours à la technique du

bail commercial en l'état futur d'achèvement, puisque les investisseurs en blanc sont devenus assez rares.

Quels sont les principaux points de vigilance lors de l'élaboration d'un Befa et les écueils rencontrés ?

Les négociations portant sur un bail commercial, alors que l'investisseur n'est pas autour de la table sont ardues. La marge de négociation du promoteur-vendeur est assez faible s'il ne veut pas obérer les chances de placement de son produit sur le marché auprès d'investisseurs exigeants. D'un autre côté, les arguments en faveur de cette exigence font défaut au promoteur lors de la négociation, puisque le preneur connaît son importance dans le montage de l'opération et sait que sans lui il n'y a pas de développement immobilier. Il y a parfois des moments difficiles : il m'est arrivé de devoir renégocier un Befa signé, après que l'investisseur a été trouvé ! Les points de négociation sont presque toujours les mêmes : le sort des travaux preneurs, la définition des charges locatives, la définition de l'achèvement des travaux et les conditions (et garanties) de prise de possession. Enfin, les négociations sont âpres si le preneur exige une mise à disposition anticipée des locaux.

Comment le Befa arrive-t-il à concilier les intérêts de l'investisseur-acquéreur, du promoteur-vendeur et du preneur ?

Le Befa est une invention de la pratique et la conclusion d'un Befa suivie de la signature d'une Vefa, constituent pour le promoteur immobilier des moments d'indéniable réussite, puisqu'aussi bien il aura réussi à concilier des intérêts et contraintes de trois personnes qui a priori ont plus de raisons pour ne pas s'entendre que le contraire. Dans les cas où l'investisseur est d'ores et déjà présent au moment de la conclusion du Befa, le promoteur doit veiller à ce que la conjonction des intérêts des futures parties au bail, ne se retourne pas contre lui. Au fond, l'investisseur cherche un bien loué, le locataire cherche un immeuble de bureaux adapté à ses besoins, et le promoteur cherche à développer un projet de construction. Seulement, les délais et les prix du promoteur ne sont pas immédiatement acceptés par l'investisseur ni par le locataire : l'équilibre économique prend un sens presque physique entre les trois forces en présence et le projet du promoteur, doit « tenir debout ». Un Befa est une synthèse réussie !

Propos recueillis par Sophie Michelin-Mazéran

À SAVOIR

L'annexe environnementale qui doit être intégrée dans les baux de locaux de plus de 2000 m² à usage de bureaux ou de commerces, conclus à compter du 1^{er} janvier 2012, est aussi obligatoire dans le cadre d'un Befa auquel elle doit donc être annexée dès la conclusion du contrat.

au Befa, faut-il apprécier l'augmentation du loyer de plus du quart par les jeux successifs de la clause d'actualisation puis de la clause d'indexation? La cour d'appel de Paris répond par la négative (1^{er} février 2012, n° 10/00319). Les juges estiment, logiquement, que seule constitue une clause d'échelle mobile la clause d'indexation applicable au loyer entré en vigueur. La clause d'actualisation ne constitue pour sa part qu'un mode de détermination du prix initial intervenant en amont de l'exécution du bail (caractérisée par la jouissance des lieux et le paiement effectif d'un loyer).

9 La prise d'effet du bail : quelles en sont les modalités ?

La levée des conditions suspensives et l'achèvement des locaux n'entraînent pas la signature impérative d'un nouvel acte d'« avenant ». Aucun motif juridique objectif ne justifie l'exigence d'une telle signature. Que pourrait motiver cette obligation, alors qu'aucun nouvel acte n'est signé entre le bailleur-acquéreur en Vefa et son vendeur.

Le nécessaire constat de l'achèvement vaut mise à disposition des lieux et corrélativement prise d'effet de la période de jouissance du preneur. Dans le rapport de force opposant le bailleur au preneur, ce dernier doit faire preuve de persévérance pour que le bailleur accepte de tirer les conséquences de ce que pourrait être sa potentielle défaillance (ou celle de son vendeur) : délivrance hors délai ou immeuble substantiellement non-conforme. En réalité cela peut, le plus souvent s'expliquer, par le fait qu'usant de la liberté contractuelle qu'offre le Befa régi par le droit commun des contrats, ce montage aura ouvert au preneur, au cours de la période de construction, une (ou plusieurs) faculté(s) de sortie. Tel est le cas dans les hypothèses d'un démar-

rage de l'opération (dépôt du permis de construire, obtention du permis purgé, démarrage des travaux, etc.) plus tardif que prévu, un retard dans les travaux (autre que celui justifié par un cas de force majeure ou des causes légitimes de prorogation contractuellement définies) ou une modification substantielle des ouvrages.

En pratique, alors que l'acqureur en Vefa auquel il est proposé de prendre livraison d'un immeuble « achevé » peut consigner le solde (ou une fraction de celui-ci) exigible à la livraison, la possibilité pour le preneur en Befa de consigner une partie des premiers loyers exigibles implique de plus âpres discussions. Un compromis peut consister dans la consignation, totale ou partielle, du dépôt de garantie.

10 L'année de parfait achèvement : une période sensible ?

Le bail énonce, le plus souvent, que pour permettre au bailleur d'exercer ses garanties, le preneur devra lui signaler tous désordres susceptibles d'être réparés dans le cadre des garanties des constructeurs. Le Befa impose en particulier au preneur de signaler immédiatement tous désordres relevant de la garantie de parfait achèvement. Néanmoins, cette dernière est rarement due au bailleur par l' (ou les) entreprise(s) ayant réalisé les locaux, elle est due au maître d'ouvrage vendeur.

Fréquemment, d'un commun accord entre le promoteur-vendeur, le preneur et l'entreprise générale qui a réalisé les travaux (liée au maître d'ouvrage-vendeur), cette dernière met en œuvre un dispositif de « plateforme » que chacun des protagonistes, et notamment le preneur, est invité à alimenter pendant l'année durant laquelle l'entreprise est débitrice de la garantie de parfait achèvement. Le preneur dénonce ainsi immédiatement les désordres dont il a connaissance

Ce dispositif, s'il est séduisant d'un point de vue « fonctionnel », ne traduit cependant pas la réalité des rapports juridiques et des devoirs qui s'imposent à chacun pour faire valoir ses droits. Il est en effet essentiel que le Befa précise que le bailleur accepte que la dénonciation à son égard soit présumée faite dès lors que le preneur aura « renseigné » ladite plateforme.

Inversement, il est essentiel que le bailleur s'engage, par « transparence » à dénoncer à son vendeur tout ce que lui signale son preneur. Cependant, dès lors que le preneur aura alimenté la « plate-forme » le preneur doit-il dispenser son bailleur de faire diligence auprès du promoteur-vendeur? En l'absence de lien de droit entre le preneur et le vendeur, et encore moins entre le preneur et l'entreprise générale (débitrice de garantie d'achèvement exclusivement vis-à-vis du vendeur), seuls des dispositifs contractuels explicites contenus dans le Befa et dans la Vefa, cohérents entre eux, peuvent aboutir à un dispositif efficace protecteur de chacun.

Anticiper et gérer la défaillance du preneur

La défaillance du preneur est une source d'attention particulière dans le dispositif du bail commercial en l'état futur d'achèvement. Le plus souvent, le contrat prévoit que le preneur sera convoqué pour l'état des lieux (remise des clefs) et qu'au cas où il ne viendrait pas sur première convocation, il sera de nouveau convoqué par une voie solennelle (exploit d'huissier). Dès lors que l'immeuble aura été déclaré achevé par l'expert (ou l'homme de l'art), le plus souvent désigné dans le contrat, le bail sera considéré comme ayant pris effet. En cas de carence du preneur dans son obligation de prendre possession et de défaut de paiement du premier loyer corrélativement exigible, le comportement fautif du preneur

pourra impliquer le jeu d'une clause pénale. S'ouvre alors aussi pour le bailleur la possibilité d'actionner la clause résolutoire pour non-paiement des loyers, mais les dispositions de l'article L145-41 du code de commerce devront alors être respectées. Le bail peut aussi être de ce seul fait résilié de plein droit aux torts du preneur, avec la même réserve. Les sanctions prévues en cas de défaut de prise de possession des locaux à leur achèvement sont variables : pénalité n'excédant pas le plus souvent neuf mois de loyer, clause pénale équivalant à deux ans de loyer assortie d'une garantie à première demande de même montant ou indemnité de retard identique à celle prévue en cas de défaut en cours de bail.

II/ L'annexe environnementale ou bail vert

Articles du Code de l'environnement

Article L125-9

1. Les baux conclus ou renouvelés portant sur des locaux de plus de 2 000 mètres carrés à usage de bureaux ou de commerces comportent une annexe environnementale.

Un décret définit le contenu de cette annexe.

2. Le preneur et le bailleur se communiquent mutuellement toutes informations utiles relatives aux consommations énergétiques des locaux loués. Le preneur permet au bailleur l'accès aux locaux loués pour la réalisation de travaux d'amélioration de la performance énergétique.

3. Cette annexe environnementale peut prévoir les obligations qui s'imposent aux preneurs pour limiter la consommation énergétique des locaux concernés.

4. Ces dispositions prennent effet le 1^{er} janvier 2012 à l'égard des baux conclus ou renouvelés à partir de cette date. Elles prennent effet trois ans après l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement pour les baux en cours.

Article D125-40

Modifié par Décret n°2012-517 du 19 avril 2012 - art. 2

Le contenu de l'annexe environnementale mentionnée à l'article L. 125-9 est défini aux articles R. 137-1 à R. 137-3 du code de la construction et de l'habitation.

Articles du Code de la construction et de l'habitation

Article R137-1

Créé par Décret n°2012-517 du 19 avril 2012 - art. 1

L'annexe environnementale mentionnée au 1 de l'article L. 125-9 du code de l'environnement comporte les éléments suivants, fournis par le bailleur :

- 1° La liste, le descriptif complet ainsi que les caractéristiques énergétiques des équipements existants dans le bâtiment et relatifs au traitement des déchets, au chauffage, au refroidissement, à la ventilation et à l'éclairage ainsi qu'à tout autre système lié aux spécificités du bâtiment ;
- 2° Les consommations annuelles énergétiques réelles des équipements et systèmes dont il a l'exploitation ;
- 3° Les consommations annuelles d'eau des locaux loués et des équipements et systèmes dont il a l'exploitation ;
- 4° La quantité annuelle de déchets générée par le bâtiment si le bailleur en assure le traitement et, le cas échéant, la quantité qu'il a fait collecter en vue d'une valorisation ou d'un traitement spécifique.

Article R137-2

Créé par Décret n°2012-517 du 19 avril 2012 - art. 1

L'annexe environnementale mentionnée au 1 de l'article L. 125-9 du code de l'environnement comporte les éléments suivants, fournis par le preneur :

- 1° La liste, le descriptif complet ainsi que les caractéristiques énergétiques des équipements qu'il a mis en place dans les locaux loués et relatifs au traitement des déchets, au chauffage, au refroidissement, à la ventilation, à l'éclairage ainsi qu'à tout autre système lié à son activité spécifique ;
- 2° Les consommations annuelles énergétiques réelles des équipements et des systèmes situés dans les locaux loués ou dont il a l'exploitation ;
- 3° Les consommations annuelles d'eau des locaux loués et des équipements et systèmes dont il a l'exploitation ;
- 4° La quantité annuelle de déchets générée à partir des locaux loués, si le preneur en assure le traitement, et, le cas échéant, la quantité qu'il a fait collecter en vue d'une valorisation ou d'un traitement spécifique.

Article R137-3

Créé par Décret n°2012-517 du 19 avril 2012 - art. 1

Le preneur et le bailleur établissent, selon la périodicité qu'ils fixent, un bilan de l'évolution de la performance énergétique et environnementale du bâtiment et des locaux loués. Sur la base de ce bilan, les deux parties s'engagent sur un programme d'actions visant à améliorer la performance énergétique et environnementale du bâtiment et des locaux loués.

NOTA:

Décret n° 2011-2058 du 30 décembre 2011 art 4 : les présentes dispositions s'appliquent :

- à compter du 1er janvier 2012, aux baux conclus ou renouvelés à partir de cette date ;

- à compter du 14 juillet 2013, aux baux en cours.

III.1/ Clauses d'indexation

TGI Paris, 5 juillet 2012, n° 10/04850

**TRIBUNAL
DE GRANDE
INSTANCE
DE PARIS**



18° chambre
2ème section

N° RG : **10/04850**

N° MINUTE : 2

contradictoire

**JUGEMENT
rendu le 5 juillet 2012**

Assignation du :
19 mars 2010

DEMANDEURS

S.A.R.L. TAHITI
142 rue de la Pompe
75116 PARIS

représentée par Me Jacques GOURLAOUEN, avocat au barreau de PARIS, avocat postulant et plaidant, vestiaire #A0396

DÉFENDEUR

Monsieur Jean-Pierre SAUVADET
15 rue Joseph Pene
92700 COLOMBES

représenté par Me Boris HOCHMAN, de l'Association PARTNERS IN LAW, avocats au barreau de PARIS, avocat postulant et plaidant, vestiaire #E0304

COMPOSITION DU TRIBUNAL

Mme Cécile THARASSE, Vice-Président
Mme Valérie GOUDET, Vice-Président
Mme Isabelle MAISTRE, Vice-Président

assistée de Laurence BOUVIER, Greffière,

DÉBATS

A l'audience du 24 mai 2012 tenue en audience publique devant Mme THARASSE et Mme GOUDET, juges rapporteurs, qui, sans opposition des avocats, ont tenu seules l'audience, et, après avoir entendu les conseils des parties, en ont rendu compte au tribunal, conformément aux dispositions de l'article 786 du code de procédure civile.

JUGEMENT

Par mise à disposition au greffe
Contradictoire
en premier ressort

Sous la rédaction de Cécile THARASSE.

A la suite d'un jugement d'incompétence du juge des loyers commerciaux, la S.A.R.L. TAHITI a, par acte du 19 mars 2010, cité M. Jean-Pierre SAUVADET afin de voir fixer à la somme de 34.650 euros le montant annuel du loyer révisé à la date du 15 octobre 2009.

Dans ses dernières écritures significatives le 3 novembre 2011, la S.A.R.L. TAHITI a conclu aux fins de voir :

- dire que la demande de nullité de la clause d'échelle mobile ne repose pas sur les textes régissant le bail commercial mais sur les dispositions du code monétaire et financier,
 - dire en tout état de cause que par application des principes généraux, l'exception de nullité peut toujours être invoquée,
 - dire que la nullité de la clause contestée a été demandée par le bailleur lui-même par voie d'exception devant le juge des loyers commerciaux qui s'est déclaré incompétent au profit du tribunal dès lors chargé de statuer sur cette exception de nullité,
 - dire en conséquence la demande non prescrite,
- Vu l'article L.112-1 du code monétaire et financier,
- dire que l'application de la clause d'indexation annuelle du loyer limitée à la hausse implique la prise en compte d'une période de variation de l'indice INSEE du coût de la construction supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision,
 - dire en conséquence que la clause d'indexation querellée doit être réputée non écrite,
 - en conséquence condamner M. Jean-Pierre SAUVADET à payer à la S.A.R.L. TAHITI la somme de 53.275,31 euros correspondant aux loyers trop perçus en vertu de la clause d'indexation querellée depuis le 1^{er} avril 2005 jusqu'au 30 novembre 2010 inclus sauf à parfaire le cas échéant pour la période postérieure au 1^{er} décembre 2010 jusqu'au jour du jugement à intervenir,
 - débouter M. Jean-Pierre SAUVADET de toutes ses demandes, moyens, fins et conclusions,
 - ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant appel et sans caution,
 - condamner M. Jean-Pierre SAUVADET à payer à la S.A.R.L. TAHITI la somme de 7.500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile,
 - le condamner en tous les dépens dont distraction au profit de Maître Jacques GOURLAOUEN conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Dans ses dernières écritures significatives le 3 janvier 2012, M. Jean-Pierre SAUVADET a conclu aux fins de voir :

- déclarer M. SAUVADET recevable de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions,
- déclarer licite et conforme à la liberté contractuelle, la clause d'indexation du bail commercial du 3 décembre 2002 limitée à la hausse,
- constater que la clause d'indexation du bail commercial du 3 décembre 2002 limitée à la hausse n'entre pas dans le champ d'application des dispositions de la révision posée par les dispositions de l'article L.145-39 du code de commerce,
- en conséquence, débouter la société TAHITI de l'ensemble de ses demandes,
- condamner la société TAHITI au paiement de la somme de 5.000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner la société TAHITI aux entiers dépens.

Par note en délibéré du 25 mai 2012 le conseil de la société TAHITI a sollicité la réouverture des débats afin de débattre contradictoirement de la révision du loyer, précisant à cet égard que devant le tribunal les débats avaient été limités à la validité de la clause d'échelle mobile.

La procédure étant devant le tribunal de grande instance écrite, il n'apparaît pas utile que les parties s'expliquent oralement sur les points déjà développés dans leurs écritures, ni qu'elles développent oralement des points non soulevés dans leurs dernières écritures. La demande de réouverture des débats n'apparaît donc pas fondée.

MOTIFS DE LA DÉCISION :

Par acte sous seing privé du 3 décembre 2002 M. SAUVADET a donné à bail à la société TAHITI un local commercial situé 142 rue de la Pompe à Paris 16^{ème} à usage de « centre de bronzage, soins de beauté, esthétique et accessoirement vente de cosmétiques, de produits de parfumerie et accessoires s'y rapportant ».

Le bail a été consenti à compter du 1^{er} décembre 2002 moyennant un loyer initial de 45.735 euros. Il comportait une clause d'échelle mobile libellée de la façon suivante : *« le loyer de base stipulé aux conditions particulières sera ajusté automatiquement pour chaque période annuelle en fonction des variations de l'indice du coût de la construction publié trimestriellement par l'INSEE. Pour l'application de la présente clause d'échelle mobile, il est précisé que l'indice de base sera l'indice mentionné aux conditions particulières et que les révisions seront opérées chaque année successive à la date anniversaire de la prise d'effet du bail sur la base de l'indice du même trimestre. La présente clause constitue une condition essentielle et déterminante du bail sans laquelle il n'aurait pas été consenti. [...] La présente clause d'échelle mobile ne saurait avoir pour effet de ramener le loyer révisé à un montant inférieur au loyer de base précédant la révision ».*

En application de cette clause le loyer annuel a été quittancé par le bailleur à la somme 58.323,72 euros à compter du mois de mai 2009.

Par acte extrajudiciaire du 15 octobre 2009, le preneur a notifié une demande de révision du loyer à compter de cette date à la somme de 34.650 euros.

Dans son mémoire en défense du 10 mars 2010, le bailleur a soulevé d'une part la nullité de la clause d'échelle mobile en application de l'article L.112-1 du code monétaire et financier, d'autre part le fait que la clause ne prévoyant une révision qu'à la hausse, les dispositions de l'article L.145-39 du code de commerce n'avaient pas vocation à s'appliquer.

Par jugement rendu le 24 juin 2010, le juge des loyers s'est déclaré incompétent au profit de la 18ème chambre 2ème section du tribunal de grande instance de Paris pour connaître de la licéité de la clause d'échelle mobile au regard notamment des dispositions de l'article L.112-1 du code monétaire et financier et des conséquences de celle-ci sur la fixation du loyer révisé ainsi que sur la fixation de celui-ci.

Le dossier a donc été transmis par les soins du greffe à la 18^{ème} chambre 2^{ème} section du tribunal de grande instance de Paris.

Par acte du 19 mars 2010, la S.A.R.L. TAHITI a assigné M. Jean-Pierre SAUVADET aux fins de demander au tribunal de grande instance de PARIS pour le cas où il déclarerait nulle la clause contestée par le bailleur, de condamner M. SAUVADET à rembourser à la société TAHITI dans les limites de la prescription quinquennale les loyers versés par la société locataire en excès par rapport au loyer initial annuel hors taxes charges de 45.735 euros, avec intérêts capitalisés à compter de la mise en demeure, demande qu'elle a reprise dans ses dernières conclusions, sans à aucun moment ne reprendre ses demandes de révision du loyer.

Dans un premier jeu de conclusions signifié le 10 novembre 2010, le bailleur a maintenu sa demande de nullité de la clause, précisant que la restitution de loyers ne pouvait jouer que dans la limite de la prescription quinquennale et que cette nullité excluait l'application de l'article L.149-35 du code de commerce.

Modifiant radicalement ses prétentions, le bailleur, dans ses dernières conclusions signifiées le 3 janvier 2012, soutient d'une part que la clause d'échelle mobile est licite et conforme à la liberté contractuelle, d'autre part, qu'elle ne revêt pas l'exigence de variation positive ou négative posée par l'article L.145-39 pour entrer dans le champ d'application de la révision. Il soulève dans le corps de ses conclusions la prescription de l'action en nullité de la clause en vertu des dispositions de l'article L.145-60 du code de commerce.

Sur la prescription de l'action en nullité de la clause d'échelle mobile

L'article L.145-60 du code de commerce dispose que toutes les actions exercées en vertu du chapitre V du titre IV du livre premier du code de commerce, reprenant l'ancien statut des baux commerciaux, se prescrivent par deux ans.

En l'espèce la S.A.R.L. TAHITI fonde sa demande en restitution du trop-versé de loyers sur les dispositions de l'article L.121-12 du code monétaire et financier et non sur les dispositions du statut des baux commerciaux.

Sa demande ne relève par conséquent pas de la prescription biennale.

Le bail ayant été conclu en 2002, la prescription applicable à l'action en nullité de la clause était jusqu'à l'intervention de la loi du 17 juin 2008 la prescription trentenaire. Or l'intervention de cette loi, qui a réduit le délai de prescription, a conformément aux dispositions transitoires prévues à l'article 26 de la loi, eu pour effet de substituer une nouvelle prescription quinquennale à compter du 17 juin 2008 à la prescription trentenaire.

L'action de la S.A.R.L. TAHITI n'encourt donc pas la prescription.

Sur la validité de la clause d'échelle mobile

M. Jean-Pierre SAUVADET fait désormais valoir dans ses écritures que la clause d'échelle mobile stipulée au bail est valable, pour correspondre à la commune intention des parties, avoir toujours été appliquée pendant le cours du bail et ne pas affecter la variation périodique du loyer.

En l'espèce, il est stipulé que ***“La présente clause d'échelle mobile ne saurait avoir pour effet de ramener le loyer révisé à un montant inférieur au loyer de base précédant la révision”***.

Aux termes de l'article L.122-12 du code monétaire et financier, est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision.

Si la variation de l'indice n'avait pas été limitée aux seuls cas de variation à la hausse, le montant du loyer aurait été le suivant :

- au 1^{er} décembre 2008 : $45.735 \times 1562 / 1163 = 61.425,68$ euros
- au 1^{er} décembre 2009 : $45.735 \times 1498 / 1163 = 58.908,88$ euros
- au 1^{er} décembre 2010 : $45.735 \times 1517 / 1163 = 59.656,06$ euros

Or en l'espèce, l'indexation ne jouant qu'à la hausse, et la variation au 1^{er} décembre 2009 ne pouvant être prise en considération, le locataire s'est trouvé dès lors amené à acquitter à compter de décembre 2009 et jusqu'au 1^{er} décembre 2010 un loyer de 61.425,68 euros ne respectant pas la variation automatique et effective du paramètre choisi exigée par l'article L.122-12 du code de commerce, mais se référant à un indice remontant à plus d'une année, à savoir celui applicable en décembre 2008. La hausse de loyer au cours du bail ne correspond donc plus à la variation effective et automatique du paramètre choisi mais se trouve, supérieure à la variation effective de l'indice.

Le fait que les parties aient tout au cours du déroulement du bail appliqué cette clause ne suffit pas à emporter renonciation du preneur à solliciter la restitution du trop-perçu de loyers.

Cette clause qui fausse le jeu normal d'une clause d'échelle mobile est dès lors manifestement contraire aux dispositions de l'article L.122-12 du code monétaire et financier.

En outre cette clause aurait pour effet de paralyser le jeu des dispositions de l'article L.145-39 du code de commerce, dispositions d'ordre public.

Il convient par conséquent de prononcer la nullité de cette clause.

Sur la demande en restitution du trop-perçu

Il n'est pas contesté en l'espèce que les loyers encaissés ont été de 308.628,06 euros, alors que pour la même période et sur la base du loyer initial d'un montant de 45.735 euros, le bailleur aurait dû encaisser un loyer de 255.363,75 euros.

Le trop-versé de loyers s'élève par conséquent pour la période du 1^{er} avril 2005 jusqu'au 30 novembre 2010 à 53.264,31 euros, somme que M. Jean-Pierre SAUVADET sera condamné à restituer à la S.A.R.L. TAHITI.

M. Jean-Pierre SAUVADET, qui succombe dans ses prétentions sera condamné à payer à la S.A.R.L. TAHITI la somme de 4.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile,

L'exécution provisoire de la présente décision n'est justifiée par aucun élément de la cause et ne sera pas ordonnée.

PAR CES MOTIFS :

Le tribunal, statuant par jugement mis à disposition au greffe, contradictoire et en premier ressort,

REJETTE l'exception de prescription de la demande en nullité de la clause d'échelle mobile stipulée au bail du 3 décembre 2002,

DÉCLARE nulle et de nul effet la clause d'échelle mobile stipulée au bail,

CONDAMNE M. Jean-Pierre SAUVADET à restituer à la S.A.R.L. TAHITI pour la période du 1^{er} avril 2005 jusqu'au 30 novembre 2010 la somme de 53.264,31 euros (cinquante trois mille deux cent soixante quatre euros et trente et un centimes),

CONDAMNE M. Jean-Pierre SAUVADET à payer à la S.A.R.L. TAHITI la somme de 4.000 euros (quatre mille euros) en application de l'article 700 du code de procédure civile,

CONDAMNE M. Jean-Pierre SAUVADET aux entiers dépens, dont distraction au profit de Maître Jacques GOURLAOUEN, qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile,

Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire.

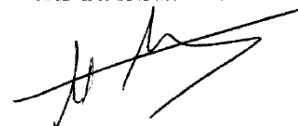
Fait et jugé à Paris, le 5 juillet 2012.

LE GREFFIER



Laurence BOUVIER

LE PRÉSIDENT



Cécile THARASSE

CA Aix-en-Provence, 15 mars 2013, n° 11/06632

COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE

11e Chambre A

ARRÊT MIXTE

DU 15 MARS 2013

N° 2013/ 150

Rôle N° 11/06632

Société HERMES INTERNATIONAL

C/

SA EK BOUTIQUES

Grosse délivrée

le :

à :

SELARL BOULAN / CHERFILS /

IMPERATORE Me Philippe- laurent SIDER

Décision déferée à la Cour :

Jugement du Tribunal de Grande Instance de GRASSE en date du 05 Avril 2011 enregistré au répertoire général sous le n° 09/1658.

APPELANTE

SARL HERMES INTERNATIONAL

dont le siège social est situé au 24 rue du Faubourg Saint Honoré - TSA 50009 - 75008 PARIS

représentée par la SELARL BOULAN / CHERFILS / IMPERATORE, avocats au barreau d'AIX-EN-PROVENCE, Me Jehan Denis BARBIER, avocat au barreau de PARIS

INTIMÉE

SA EK BOUTIQUES

dont le siège social est situé au 17, rue François 1er - 75008 PARIS

représentée par Me Philippe-Hubert BRAULT, avocat au barreau de PARIS, Me Philippe- laurent SIDER, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

*_*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le **06 Février 2013** en audience publique. Conformément à l'article 785 du Code de Procédure Civile, Monsieur Daniel ISOUARD, Président, a fait un rapport oral de l'affaire à l'audience avant les plaidoiries.

La Cour était composée de :

Monsieur Daniel ISOUARD, Président

Monsieur Jean-Claude DJIKNAVORIAN, Conseiller

Madame Sylvie PEREZ, Conseillère

Monsieur Camel BOUAICHE, Candidat à l'intégration directe

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Madame Jessica FREITAS.

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 15 Mars 2013

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 15 Mars 2013,

Signé par Monsieur Daniel ISOUARD, Président et Sylvaine MENGUY greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

* * *

EXPOSÉ DU LITIGE :

Le 8 mars 1999 la société Hermès International a donné à compter du 1er septembre 1999 pour une durée de 9 ans se terminant le 31 août 2008 à la société EK Boutiques des locaux situés à Cannes (Alpes-Maritimes) La Croisette dans l'ensemble immobilier le Gray d'Albion à destination exclusive de la vente de produits de prêt-à-porter et d'accessoires de la marque Jean-Louis Scherrer. Le 29 février 2008, le bailleur a donné congé à son locataire pour le 31 août 2008 et au plus tard le 29 septembre 2008 sans offre de renouvellement et contre une indemnité d'éviction. Le 30 septembre 2008, la société EK Boutiques a quitté les lieux et rendu les clefs.

Le 20 janvier 2009 la société Hermès International a fait délivrer à la société EK Boutiques un commandement de payer la somme de 194 826,08 euros sous peine du jeu de la clause résolutoire et dans le délai d'un mois cette dernière société a réglé celle de 130 616,43 euros.

Le 3 mars 2009, la société EK Boutiques a assigné la société Hermès International en paiement de la somme de 5 000 000 euros d'indemnité d'éviction et par jugement du 5 avril 2011 le tribunal de grande instance de Grasse a notamment :

- reconnu à la société EK Boutiques le droit à une indemnité d'éviction,
- déclaré mal fondé le commandement de payer pour le supplément du dépôt de garantie,

- débouté la société Hermès International de sa demande concernant le jeu de la clause résolutoire,
- condamné la société Hermès International à rembourser à la société EK Boutiques la somme de 134 491,82 euros, montant du trop perçu des loyers et charges du 1er janvier 2005 au 30 septembre 2008,
- condamné la société Hermès International à restituer à la société EK Boutiques la somme de 59 753,67 au titre du dépôt de garantie avec intérêts à compter du 1er octobre 2008,
- ordonné une expertise pour recueillir les éléments permettant la fixation de l'indemnité d'éviction,
- condamné la société Hermès International à payer à la société EK Boutiques une provision de 1 000 000 euros sur l'indemnité d'éviction,
- condamné la société Hermès International à payer à la société EK Boutiques la somme de 5 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Le 11 avril 2011, la société Hermès International a interjeté appel de cette décision. Elle sollicite le débouté de la société EK Boutiques de ses prétentions et sa condamnation à lui payer la somme de 30 000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Elle prétend que l'action en nullité de la clause d'indexation et de la clause d'enseigne soulevée par son adversaire s'avère prescrite et que la date d'expiration du bail se situe au 29 septembre 2008.

Elle conteste le droit de la société EK Boutiques à une indemnité d'éviction en raison de son départ volontaire des lieux dû à sa décision de cesser l'exploitation de la marque Jean-Louis Scherrer et de l'absence de préjudice pour défaut de valeur du droit au bail et du fonds de commerce.

Elle se prévaut également de la résiliation du bail aux torts de son adversaire par le jeu de la clause résolutoire rappelée par le commandement du 20 janvier 2009.

Elle argue de la validité de la clause d'indexation qui peut régulièrement ne jouer qu'à la hausse et qui ne prévoit pas une variation de l'indice pour une période supérieure à celle du loyer révisé, soulevant la prescription pour les sommes antérieures au 29 décembre 2005.

Elle rappelle que la société EK Boutiques a déduit le montant du dépôt de garantie des sommes commandées le 20 janvier 2009 et qu'elle ne peut obtenir le remboursement de ce montant une seconde fois.

La société EK Boutiques allègue que son adversaire est infondé à invoquer les prescriptions et le jeu de la clause résolutoire. Elle excipe de la nullité de la clause d'indexation tant en raison de son caractère unilatéral que de la périodicité retenue. Elle s'estime créancière, suite à la nullité de cette clause de la somme de 134 491,91 euros.

Elle conclut à la confirmation du jugement déféré en ce qu'il a condamné la société Hermès International à lui payer cette somme.

Elle argue de son droit à l'indemnité d'éviction, n'ayant quitté les lieux qu'à la suite du congé donné par la société Hermès International et demande la confirmation du jugement déféré en ce qu'il lui a reconnu ce droit et ordonné une expertise mais souhaite l'élévation de la provision à la somme de 3 millions d'euros.

Elle sollicite une indemnité de 10 000 euros par application de l'article 700 du Code de procédure civile.

* *

* * *

* *

MOTIFS DE LA DÉCISION :

Sur la date d'expiration du bail :

Le congé du 29 février 2009 de la société Hermès International à la société EK Boutiques a été donné *'pour le 31 août 2008, et pour satisfaire à l'article L. 145-9 du Code de commerce et aux usages locaux au plus tard pour le 29 septembre 2008'*.

Le bail d'une durée de neuf années débutait le 1er septembre 1999 et se terminait le 31 août 2008.

Ne s'étant pas prolongé, les usages locaux n'avaient pas à jouer et son terme était le 31 août 2008.

Ainsi il convient de constater que le bail a pris fin le 31 août 2008 et que la société EK Boutiques a continué à occuper les locaux jusqu'au 30 septembre 2008 en vertu de son droit au maintien dans les lieux reconnu par l'article L. 145-28 du Code de commerce.

Sur le droit de la société EK Boutiques à une indemnité d'éviction :

Préalablement à l'examen du départ de la société EK Boutiques des lieux et de ses conséquences, il convient de statuer sur les effets du commandement de payer du 20 janvier 2009 invoquant le jeu de la clause résolutoire.

1°) sur le commandement de payer du 20 janvier 2009 :

Le commandement de payer du 20 janvier 2009 ne peut évidemment emporter constat de la résiliation du bail pour défaut d'exécution dans le mois car lorsqu'il a été délivré, ce bail et le droit au maintien dans les lieux avaient déjà pris fin de sorte que rien ne restait à résilier.

Cependant les infractions aux clauses contractuelles peuvent priver le preneur de son indemnité d'éviction.

En l'espèce la somme commandée a été payée dans le mois du commandement à l'exception du complément du dépôt de garantie et après déduction du dépôt de garantie déjà versé.

Mais le dépôt de garantie constitue une sûreté pour le bailleur de l'exécution par le preneur de ses obligations. Un complément ne peut être exigé après la cessation des relations contractuelles et la libération des lieux loués. De sorte qu'indépendamment de la validité de la clause d'indexation qui sera examinée ci-après, il ne pouvait être réclamé le 20 janvier 2009 alors que le local avait été libéré le 30 septembre 2008.

Une fois ce local libéré les relations contractuelles ne sont plus que financières et le dépôt de garantie qui constitue une créance du preneur contre le bailleur se compense avec les dettes locatives restant dues.

Il convient de relever que la société Hermès International ne forme aucune demande en paiement contre la société EK Boutiques alors que celle-ci n'a effectué aucun versement après le 20 février 2009, ce qui confirme qu'à cette date aucune dette locative ne perdurait.

Dès lors le commandement de payer du 20 janvier 2009 n'influe pas sur le droit de la société EK Boutiques à l'indemnité d'éviction.

2°) sur le départ volontaire de la société EK Boutiques :

L'article L. 145-14 du Code de commerce énonce : *'Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail. Toutefois, le bailleur doit, sauf exceptions prévues aux articles L. 145-17 et suivants, payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement. Cette indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre'*.

Cependant cette indemnité n'est due que si le départ provient du congé et ne résulte pas de la décision du preneur de quitter les lieux indépendamment du congé qu'il a reçu. Cette preuve incombe au bailleur qui a donné congé.

Aucune conséquence ne peut être tirée du départ de la société EK Boutiques du local loué le 30 septembre 2008 car si elle disposait d'un droit au maintien des lieux jusqu'au versement de l'indemnité d'éviction, ce droit ne constitue pas pour elle une obligation et aucune disposition légale ou contractuelle ne lui imposait de poursuivre son exploitation. Rien ne montre que ce départ soit destiné à faire échec à un éventuel exercice par la société Hermès International de son droit au repentir.

Pour démontrer la volonté de la société EK Boutiques de cesser l'exploitation de la marque Jean-Louis Scherrer, la société Hermès International se fonde essentiellement sur des coupures de presse postérieures de plusieurs mois à la libération des lieux.

Outre la prudence avec laquelle de tels documents doivent être accueillis lorsqu'ils ne relatent pas des faits précis constatés par leur auteur, ils indiquent essentiellement que Monsieur Alain Dumènil (le dirigeant de la société EK Boutiques et l'exploitant de la marque Jean-Louis Scherrer) avait décidé au début de l'année 2007 de cesser les défilés haute couture, n'avait pas jugé bon de conserver un styliste et avait fermé la boutique de l'avenue Montaigne à Paris.

Mais le magasin de Cannes n'était pas destiné aux défilés haute couture et la fermeture du magasin de l'avenue Montaigne provient également d'un congé d'un autre bailleur pour le 31 décembre 2008.

La société EK Boutiques apparaît être restée titulaire de la marque Jean-Louis Scherrer jusqu'à la seconde moitié de l'année 2011 où elle a été vendue à des tiers.

Comme l'a exactement noté le premier juge, aucune décision provenant de la société EK Boutiques ne montre sa décision de cesser son activité et de fermer sa boutique de Cannes qui a été exploitée jusqu'au 30 septembre 2008, la baisse du chiffre d'affaires de ce magasin dans les mois précédents son départ ne démontrant pas une cessation d'activité surtout qu'elle est survenue après le congé.

Jamais la société Hermès International ne s'est plainte durant l'exécution du bail d'un défaut d'exploitation de ce local et ne verse aucun document établissant une absence d'activité. Elle ne s'est jamais prévalu avant le départ de la société EK Boutiques d'un quelconque manquement de celle-ci à ses obligations.

Ainsi la société Hermès International ne démontre pas que le départ de la société EK Boutiques du local loué est indépendant du congé qu'elle lui a donné.

3°) sur l'absence de préjudice :

La société Hermès International argue de l'absence de préjudice de la société EK Boutiques tant en raison du défaut de valeur du droit au bail et de celui du fonds de commerce.

Le bail stipulait que le preneur ne pourrait céder son droit au bail qu'à son successeur dans son commerce lequel se limitait à la commercialisation des articles de prêt-à-porter de la marque Jean-Louis Scherrer.

Cette première partie de cette contrainte est usuelle en matière de bail commercial et ne prive pas le droit au bail de sa valeur. Quant à la clause d'enseigne, si la société EK Boutiques s'avère prescrite pour se prévaloir de sa nullité, elle ne s'oppose pas à une éventuelle demande de déspecialisation dont les chances de succès apparaissent réelles. Au surplus, rien ne démontre que la cession n'aurait pas eu lieu au profit d'un successeur de la société EK Boutiques en son commerce, la volonté de cesser l'activité lors du congé n'étant pas établie.

Quant à la disparition de la valeur du fonds, elle ne se fonde sur aucun document probant, le commerce étant toujours exploité dans les locaux et pour un chiffre d'affaires qui n'apparaît dérisoire et les pertes alléguées de la société EK Boutiques concernant l'ensemble de son activité et non pas celle du magasin de Cannes sur lesquelles aucune précision n'est fournie.

Ainsi la société Hermès International ne démontre pas que la société EK Boutiques n'a subi aucun préjudice à la suite du congé entraînant la disparition du fonds.

Sur la clause d'indexation :

Le bail prévoit que le loyer annuel s'élève :

- du 1er septembre 1999 au 31 août 2002 à 1 000 000 de francs (152 449 €),
- du 1er septembre 2002 au 31 août 2005 à 1 100 000 francs (167 694 €),
- du 1er septembre 2005 au 31 août 2008 à 1 200 000 francs (182 939 €).

Il contient une clause d'indexation jouant exclusivement à la hausse sur l'indice du coût de la construction publié par L'INSEE, l'indice de base étant celui du 3ème trimestre 1998 (1057). Il ajoute : *'Le loyer sera révisé chaque 1er septembre et la première fois en 2000, en fonction de l'indice du 3ème trimestre de l'année précédente, comparé à l'indice utilisé pour l'indexation précédente, sauf en 2003 et 2006 où le loyer sera révisé en fonction de l'indice du 3ème trimestre de l'année précédente, comparé à l'indice de base'*.

Aucune disposition légale ou contractuelle n'interdit la clause d'indexation ne jouant qu'à la hausse, une telle disposition n'enfreignant ni l'article 145-39 du Code de commerce permettant la révision du loyer en cas d'augmentation de plus d'un quart et n'exerçant en elle-même aucune incidence sur la période de variation de l'indice.

L'article L. 111-2 aliéna 2 du Code monétaire et financier édicte :

'Est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment les baux de locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision'.

Une clause non écrite devient une disposition inexistante et l'examen de la validité de la clause d'indexation du bail n'encourt aucune prescription.

La société Hermès International prétend que la clause d'indexation n'enfreint pas la prohibition de

l'article L. 111-2 du Code monétaire et financier. Pour cela, elle se réfère aux paliers prévus au bail et expose que le premier palier convenu au 1er septembre 2002 (1 100 000 F) devait être d'abord actualisé au 1er septembre 2002 par application de la variation de l'indice du coût de la construction avant de procéder à l'indexation proprement dite à effet au 1er septembre 2003 et que de fait la période de variation de l'indice n'est pas supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision pour la raison que le prix de 1 100 000 francs n'a pas été révisé depuis le bail. Le même raisonnement est soutenu pour la révision du 1er septembre 2005 et celle du 1er septembre 2006.

En réalité ce procédé contractuel conduit à une double indexation. Le nouveau loyer prévu au 1er septembre 2002 et au 1er septembre 2005 (1 100 000 F ou 167 693,92 € pour l'année 2002) subit une première indexation par rapport à la variation de l'indice précédent (indice 2001 par rapport à la l'indice 2000) puis le 1er septembre 2003 une seconde variation en fonction de l'indice 2002 par rapport à l'indice de base (indice 1998). La même opération se reproduit en 2005 avec le nouveau palier et sa révision en 2006.

L'indexation qui s'opère au 1er septembre 2003 et au 1er septembre 2006 ne correspond pas à la seule évolution des indices depuis le début du bail à partir du montant du loyer prévu à ce bail mais elle prend en compte ce loyer déjà révisé l'année précédente. Elle applique l'évolution de l'indice sur quatre ans alors que seule une année s'est écoulée depuis l'application de la dernière révision.

Elle s'avère contraire à l'article L. 111-2 aliéna 2 du Code monétaire et financier et doit être déclarée non écrite.

En conséquence, la société Hermès International ne pouvait pas réclamer un loyer indexé et celui versé par application de la clause d'indexation est sujet à remboursement. Cette action en répétition se prescrit par cinq ans et la société EK Boutiques l'a exercée le 29 décembre 2010.

Le décompte produit montre que sans le jeu de la clause d'indexation le montant du loyer, charges et taxes s'est élevé du 1er janvier 2006 au 30 septembre 2008 à la somme de 700 199,36 euros alors que la société EK Boutiques a payé pour la même période celle de 802 164,25 euros. Il existe un trop versé de 101 964,89 euros que la société Hermès International doit être condamnée à lui payer avec intérêts au taux légal à compter du 29 décembre 2010.

Sur le montant de l'indemnité d'éviction :

Les documents produits qui consistent essentiellement en une estimation effectuée par un expert immobilier pour le compte de la société EK Boutiques s'avèrent insuffisants pour définir l'indemnité d'éviction et le recours à l'expertise s'impose avec la mission définie en première instance.

Cependant la provision d'un million d'euros apparaît exagérée compte tenu de la possibilité de déplafonnement du loyer et de son incidence sur la valeur du droit au bail et de l'apparente faible rentabilité du magasin qui peut exercer une incidence sur la valeur du fonds de commerce calculée selon le chiffre d'affaires.

Il convient de réduire cette provision à la somme de 500 000

euros. Sur la restitution du dépôt de garantie :

Les premiers juges ont condamné la société Hermès International à restituer à la société EK Boutiques la somme de 59 753,67 euros au titre du dépôt de garantie. En réalité la société EK Boutiques avait déduit ce montant des sommes réclamées par le commandement du 20 janvier 2009 et cette restitution s'est déjà opérée par compensation.

Sur l'article 700 du Code de procédure civile :

Succombant à l'essentiel de son recours, la société Hermès International doit être condamnée à payer à la société EK Boutiques la somme de 6 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

* *

* * *

* *

PAR CES MOTIFS :

Statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort ;

Vu le jugement du 5 avril 2011 du tribunal de grande instance de Grasse ;

Statuant à nouveau :

Déboute la société Hermès International de sa demande relative au constat du jeu de la clause résolutoire ;

Reconnaît à la société EK Boutiques le droit à une indemnité d'éviction ;

Déclare non écrite la clause d'indexation du loyer ;

Condamne la société Hermès International à rembourser à la société EK Boutiques la somme de 101 964,89 euros, trop perçu de loyer avec intérêts au taux légal depuis le 29 décembre 2010 ;

Rejette la demande de restitution du dépôt de garantie ;

Avant dire droit sur le montant de l'indemnité d'éviction, désigne comme expert

: **Madame Patricia MANNARINI-SEURT,**

Résidence Gallia Bella, Entrée D, 36, avenue Isola Bella, 06 400 Cannes avec mission :

- de visiter les lieux et les décrire,

- de fournir tous éléments permettant la fixation de l'indemnité d'éviction due par la société Hermès International à la société EK Boutiques notamment en évaluant le fonds de commerce et le droit au bail ;

Dit que la société EK Boutiques devra consigner au greffe dans **le délai de deux mois** à compter de la signification qui lui sera faite de la présente décision **la somme 5 000 euros** destinée au paiement des frais et honoraires de l'expert ;

Dit qu'à défaut de consignation dans le délai et selon les modalités impartis, la désignation de l'expert sera caduque à moins que le magistrat de la mise en état, à la demande d'une partie se prévalant d'un motif légitime ne décide une prorogation du délai ou un relevé de caducité ;

Dit que s'il estime insuffisante la provision initiale, ainsi fixée, l'expert devra lors de la première ou au plus tard de la deuxième réunion des parties, dresser un programme de ses investigations et évaluer d'une manière aussi précise que possible le montant prévisible de ses honoraires et de ses débours ;

Dit qu'à l'issue de cette réunion, l'expert fera connaître au magistrat chargé du contrôle de l'expertise la somme globale qui lui paraît nécessaire pour garantir le recouvrement de ses honoraires et débours et sollicitera, le cas échéant, le versement d'une consignation complémentaire ;

Dit qu'en cours d'expertise, l'expert pourra conformément à l'article 280 du Code de procédure civile, solliciter du magistrat chargé du contrôle de l'expertise, la consignation d'une provision complémentaire dès lors qu'il établira que la provision allouée s'avère insuffisante ;

Dit que l'expert devra déposer son rapport **en deux exemplaires** au greffe dans **le délai de six mois** à compter de la notification qui lui sera faite par les soins du greffier de la consignation à moins qu'il ne refuse sa mission. Il devra solliciter du magistrat chargé du contrôle de l'expertise une prorogation de ce délai si celui-ci s'avère insuffisant ;

L'informe que les dossiers des parties sont remis aux avocats de celles-ci ;

Dit que l'expert devra accomplir sa mission en présence des parties ou elles dûment convoquées, les entendre en leurs explications et répondre à leurs dires ;

Dit qu'à défaut de pré-rapport, il organisera, à la fin de ses opérations, un 'accedit de clôture' où il informera les parties du résultat de ses investigations et recueillera leurs ultimes observations, le tout devant être consigné dans son rapport d'expertise ;

Dit que conformément à l'article 173 du Code de procédure civile, l'expert devra remettre copie de son rapport à chacune des parties (ou des représentants de celles-ci) en mentionnant cette remise sur l'original ;

23

Commet Monsieur Daniel ISOUARD, président de chambre ou en cas d'empêchement le conseiller de la mise en état pour surveiller les opérations d'expertise et prendre toutes décisions concernant celles-ci ;

Renvoie l'affaire à l'audience du 4 **décembre 2013 à 9 heures** ;

Condamne la société Hermès International à payer à la société EK Boutiques une provision de 500.000 euros sur l'indemnité d'éviction ;

Condamne la société Hermès International à payer à la société EK Boutiques la somme de 6 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Réserve les dépens.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

III.3/ Clauses relatives à la répartition des charges et travaux

Cass. 3^e civ. 13 juin 2012 n°11-17114

Cour de cassation

chambre civile 3

Audience publique du mercredi 13 juin 2012

N° de pourvoi: 11-17114

Publié au bulletin **Cassation**

Mme Fossaert (conseiller le plus ancien faisant fonction de président), président

M. Fournier, conseiller rapporteur

M. Petit, avocat général

SCP Gatineau et Fattaccini, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

24

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu, selon le jugement attaqué (Béziers, 14 février 2011), rendu en dernier ressort, que la société Bacotec gestion, preneuse à bail de locaux commerciaux, propriété de la SCI Jade, a formé opposition à une ordonnance lui enjoignant de rembourser à sa bailleresse une certaine somme au titre de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères ;

Attendu que pour la débouter de son opposition, le jugement retient que la taxe d'enlèvement des ordures ménagères est une taxe récupérable et que l'article 4-6 du contrat de bail fournit une liste non exhaustive des dépenses dites récupérables ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, s'agissant d'un bail commercial, la taxe d'enlèvement des ordures ménagères ne peut être mise à la charge du preneur qu'en vertu d'une stipulation contractuelle, le tribunal a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 14 février 2011, entre les parties, par le tribunal de commerce de Béziers ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant le tribunal de commerce de Narbonne ;

Condamne la SCI Jade aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la SCI Jade à payer à la société Bacotec gestion la somme de 2 500 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite du jugement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, troisième chambre civile, et prononcé par Mme le président en l'audience publique du treize juin deux mille douze, signé par Mme Fossaert, président, et par Mme Berdeaux, greffier de chambre, qui a assisté au prononcé de l'arrêt.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Bacotec gestion

Il est fait grief au jugement attaqué d'AVOIR débouté la société BACOTEC de son opposition, d'AVOIR condamné cette société à payer à la SCI JADE la somme en principal de 662 € au titre de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères assortie des intérêts au taux légal sur cette somme à compter de la première mise en demeure et d'AVOIR condamné la société BACOTEC à payer à la SCI JADE la somme de 400 € au titre des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile et aux entiers dépens,

AUX MOTIFS QU'en vertu d'un bail sous seing privé et de son avenant en date du 10 février 2005, la SCI JADE a donné à bail à titre commercial à la STE BACOTEC GESTION les biens et droits ci-après désignés : PORT MINNERVOIS VILLAGE – 11000 HOMPS – Lot N° C03 + parking 16, avec tous ses lots annexes ; que la SCI JADE soutient être parfaitement fondée en droit à réclamer le remboursement de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères par la STE BACOTEC GESTION ; que l'article 4 des conditions du bail stipule : « le preneur s'oblige .../... 6. à acquitter toutes dépenses locatives courantes nécessaires au bon fonctionnement de l'immeuble (eau, électricité, charges locatives de copropriété comprenant notamment toutes les charges d'entretien et de maintenance à caractère locatif y compris celles relatives aux espaces verts, à l'éclairage, à la piscine...). De son côté, le bailleur .../... 11. conserve à sa charge les dépenses dites "non récupérables" supportées légalement par les propriétaires, en particulier la taxe foncière et les charges de copropriété classique (assurance de la copropriété, honoraires du syndic, etc...) .../... 14. Il s'acquittera de tous les impôts attachés à la qualité de propriétaire, comme de tous les impôts relatifs à l'encaissement des loyers qu'il percevra au cours des neuf années. Il ne pourra se désister de ses obligations fiscales ni les faire appliquer au preneur. Ces dernières étant celles en vigueur à la suite de la signature de la présente auxquelles peuvent s'ajouter toutes autres obligations faisant l'objet d'une nouvelle législation » ; que la taxe

d'enlèvement des ordures ménagères est une taxe « récupérable » ; que de plus, l'article 6 du contrat de bail fournit un liste non exhaustive (etc) des charges dites «récupérables» ; qu'en conséquence, il apparaît que la taxe des ordures ménagères est bien à la charge de la STE BACOTEC GESTION en sa qualité de preneur ; qu'il convient donc de débouter la STE BACOTEC GESTION de son argumentation et de la condamner à payer à la SCI JADE la somme en principal de SIX CENT SOIXANTE DEUX EUROS 662 € assortie des intérêts au taux légal sur cette somme à compter de la première mise en demeure, ainsi qu'une somme de QUATRE CENT EUROS 400 € au titre des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile et les entiers dépens de la présente décision qui comprendront ceux de la procédure d'injonction de payer dont l'acte d'huissier de signification de l'ordonnance,

1- ALORS QUE seules sont récupérables sur le preneur à bail les taxes expressément visées par le bail commercial ; qu'en condamnant le preneur à rembourser au bailleur la taxe d'enlèvement des ordures ménagères sans se référer aux stipulations du bail et en se bornant à affirmer que cette taxe serait "par nature" récupérable, le tribunal a violé l'article 1134 du Code civil.

2- ALORS QUE si l'article 4.6 du contrat stipulait que le preneur s'engageait à « acquitter toutes dépenses locatives courantes nécessaires au bon fonctionnement de l'immeuble (eau, électricité, charges locatives de copropriété comprenant notamment toutes les charges d'entretien et de maintenance à caractère locatif y compris celles relatives aux espaces verts, à l'éclairage, à la piscine, etc.) », l'article 4.14 du contrat stipulait ensuite que le bailleur conservait à sa charge « tous les impôts attachés à la qualité de propriétaire » et qu'il ne pourrait pas « se désister de ses obligations fiscales ni les faire appliquer au preneur » ; que l'article 1523 du Code général des impôts disposant que la taxe d'enlèvement des ordures ménagères est «imposée au nom des propriétaires », il ressortait clairement et précisément du bail que cet impôt, attaché à la qualité de propriétaire, ne pouvait pas être mis à la charge du preneur ; qu'en jugeant pourtant que cet impôt était à la charge de la société BACOTEC, le Tribunal a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du Code civil.

Cass. 3^{ème} civ. 19 décembre 2012 n°11-25414

Cour de cassation

chambre civile 3

Audience publique du mercredi 19 décembre 2012

N° de pourvoi: 11-25414

Publié au bulletin **Cassation partielle**

M. Terrier, président

M. Fournier, conseiller rapporteur

Mme Guilguet-Pauthe, avocat général

Me Le Prado, SCP Bouilloche, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

27

Vu l'article 1720 du code civil ;

Attendu que le bailleur doit faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que locatives ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 1er juillet 2011), que la SCI de l'UH Le Corbusier, propriétaire de locaux commerciaux donnés à bail à la société Gestion de l'hôtel Le Corbusier, l'a assignée en paiement d'arriérés de loyers et de charges, comprenant notamment des frais de ravalement des façades de l'immeuble loué ;

Attendu que, pour accueillir la demande relative à ces frais, l'arrêt retient, d'une part, que les parties, en précisant le caractère non limitatif de la clause sur les charges incombant au locataire, ont entendu faire supporter par celui-ci toutes les charges liées à l'entretien de la chose, cette clause ne faisant aucune restriction sur l'exigibilité des charges et n'étant pas ambiguë et, d'autre part, que la société Gestion de l'hôtel Le Corbusier, en acceptant sans équivoque et sans contestation de régler pendant quatre années le montant des provisions sur charges avait démontré son accord pour assumer les charges autres que celles liées à son usage de la chose louée ;

Qu'en statuant ainsi , alors que les dépenses de ravalement, qui ne constituent pas des charges locatives, incombent, sauf stipulation expresse contraire, au bailleur et que le seul paiement de

provisions ne suffisait pas à caractériser un accord du preneur pour les prendre à sa charge, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a dit la société Gestion de l'hôtel Le Corbusier tenue d'assumer les frais de réfection des façades, l'arrêt rendu le 1er juillet 2011, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

Condamne la SCI de l'UH Le Corbusier aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la SCI de l'UH Le Corbusier à payer à la société Gestion de l'hôtel Le Corbusier la somme de 2 500 euros ; rejette la demande de la SCI de l'UH Le Corbusier ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix-neuf décembre deux mille douze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

28

Moyen produit par Me Le Prado, avocat aux Conseils pour la société Gestion de l'hôtel Le Corbusier

MOYEN UNIQUE DE CASSATION

LE MOYEN reproche à l'arrêt attaqué :

D'AVOIR dit que les charges afférentes à l'entretien de la chose sont à la charge du locataire qui doit notamment assumer les frais de réfection des façades ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « devant la Cour, les parties discutent sur les arriérés de charges, la société de gestion de l'Hôtel Le Corbusier estimant que seules les charges expressément visées par la clause du bail peuvent être supportées par le locataire ; que c'est à bon droit, par des motifs pertinents que la Cour adopte, que le Tribunal a estimé que les parties en précisant le caractère non limitatif de la clause sur les charges incombant au locataire ont entendu faire supporter par celui-ci, non seulement les charges relatives à l'usage de la chose stricto sensu, mais également toutes les charges liées à l'entretien de la chose, cette clause ne faisant aucune restriction sur l'exigibilité des charges et n'étant pas ambiguë ; qu'en outre, et ainsi que l'a dit avec raison le Tribunal la société de gestion de l'Hôtel Le Corbusier qui avait accepté sans équivoque et sans contestation de régler pendant quatre années le montant des provisions sur charges fixé à 2.380 € par mois la première année (le 26 juin 2003) a démontré son accord

pour assumer les charges autres que celles liées à son usage de la chose louée ; qu'en conséquence, que les charges afférentes à l'entretien de la chose devant être supportées par la société de gestion de l'Hôtel Le Corbusier, cette société doit assumer les frais des travaux de réfection de façade pour sa quote part » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « les obligations du locataire se limitent au paiement en sus du loyer, des charges expressément prévues au contrat de bail ; que le litige est né suite à une demande en mars 2007, portant sur une somme de 22.415,69 € concernant des travaux de réfection de façade, travaux habituellement considérés comme des dépenses d'entretien récupérables ; que le locataire sollicite un trop perçu de charges depuis l'année 2003, en limitant sa participation aux charges résultant de services rendus liés à l'usage de la chose loué ; que la convention des parties définit les charges récupérables comme celles "afférentes au local et énumère les dépenses effectuées pour l'entretien et le fonctionnement de l'immeuble tels que chauffage, ascenseurs, eau, électricité, téléphone et dépenses d'entretien des parties communes, mais en y ajoutant expressément l'assurance de l'immeuble et les honoraires de gestion, dépenses habituellement assumées par le bailleur ; que cette clause du bail qui énumère des dépenses afférentes à l'usage de la chose mais comporte également des dépenses indépendantes de l'usage, ne permet pas de démontrer une volonté des parties de limiter les charges du locataire à celles correspondant à des services dont il a l'usage ; qu'il est manifeste que les parties, en précisant le caractère non limitatif de la clause, ont entendu faire supporter au locataire, non seulement les charges relatives à l'usage de la chose stricto sensu, mais également toutes celles liées à l'entretien de la chose ; que de surcroît, le bail prévoit que le règlement des charges se fera par versement d'une provision calculée annuellement par rapport aux charges réelles des années précédentes, la provision mensuelle étant fixée à 2.380 € pour la première année ; que la société de gestion de l'Hôtel Le Corbusier, qui a accepté sans équivoque et sans contestation de régler le montant des provisions durant quatre ans, a démontré son accord pour assumer les charges autres que celles uniquement liées à l'usage ; qu'à défaut, elle aurait dès la première année sollicité restitution du trop perçu et réajustement du montant des provisions mensuelles ; que la répartition définitive des charges résulte de la commune intention des parties exprimée lors de la fixation du montant des provisions ; que les charges afférentes à l'entretien de la chose sont à la charge du locataire qui doit assumer les frais de réfection des façades » ;

1°/ ALORS, d'une part, QUE les travaux de ravalement de façade sont à la charge du bailleur, sauf stipulation expresse contraire concernant ces travaux ; qu'il ressort des propres constatations de l'arrêt que le paragraphe 2 du bail relatif aux charges stipule : « le preneur remboursera au bailleur tous les impôts et taxes de quelque nature que ce soit, présents ou futurs concernant les lieux loués dont y compris le foncier ; le preneur remboursera également toutes les charges et prestations afférentes à ces locaux, au prorata de son occupation, telles que chauffage, ascenseur, électricité, gaz, fournitures d'entretien des parties communes, assurance de l'immeuble, dépenses d'eau de l'immeuble (consommation et frais de compteurs) les honoraires de gérance, charges accessoires telles que le téléphone de l'immeuble ; cette liste étant simplement indicative et non limitative » ; qu'il ressort de cette stipulation que le bail litigieux ne contient pas une stipulation expresse mettant à la charge du preneur à bail les dépenses de ravalement de façade ; qu'en décidant cependant que le locataire, la société de gestion de l'Hôtel Le Corbusier, doit assumer les frais de réfection des façades de l'immeuble donné à bail, la Cour d'appel a violé les articles 1719, 2° et 1720, al. 2 du Code civil ;

2°/ ALORS, d'autre part, QUE les travaux de ravalement de façade sont à la charge du bailleur, sauf stipulation expresse contraire concernant ces travaux ; que, pour décider que le locataire, la société de gestion de l'Hôtel Le Corbusier, doit assumer les frais de réfection des façades de l'immeuble donné à bail, la Cour d'appel, par motifs propres et adoptés, a retenu que la société de gestion de l'Hôtel Le Corbusier qui avait accepté sans équivoque et sans contestation de régler pendant quatre années le montant des provisions sur charges fixé à 2.380 € par mois la première année (le 26 juin 2003) a démontré son accord pour assumer les charges autres que celles liées à son usage de la chose louée ; qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser que la société de gestion de l'Hôtel Le Corbusier avait donné son accord pour assumer les frais des travaux de ravalement des façades, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des les articles 1719, 2° et 1720, al. 2 du Code civil.

Cass. 3^e civ. 6 mars 2013 n°11-27331

Cour de cassation

chambre civile 3

Audience publique du mercredi 6 mars 2013

N° de pourvoi: 11-27331

Publié au bulletin **Cassation**

M. Terrier (président), président

Me Blondel, SCP Bénabent et Jéhannin, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

31

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134 du code civil, ensemble l'article 1754 du même code ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Reims, 13 septembre 2011) que Mme X..., propriétaire d'un local à usage commercial dans un immeuble collectif, l'a donné à bail à la société Terra Nostra voyages ; que le bail stipulait que « le preneur fera son affaire de l'entretien, de la remise en état de toutes réparations de quelque nature qu'elles soient, de même de tous remplacements qui deviendraient nécessaires en ce compris les grosses réparations définies à l'article 606 du code civil » ; que la bailleuse a réclamé paiement de travaux de ravalement, réparations de toiture et remplacement de chaudière collective de l'immeuble au prorata de la surface occupée, puis lui a délivré un commandement de payer ;

Attendu que pour condamner la locataire au paiement des sommes réclamées, l'arrêt retient que le contrat de bail, met à la charge du preneur non seulement les réparations concernant le local loué, mais encore toutes autres, de quelque nature qu'elles soient, y compris les grosses réparations définies à l'article 606 du code civil ; que par les stipulations de ce contrat, non contraires à l'ordre public, générales et absolues et ne contenant aucune exception ni réserve, les parties ont entendu déroger aux dispositions habituelles en la matière qui imputent au propriétaire bailleur les réparations concernant l'immeuble lui-même ;

Qu'en statuant ainsi sans constater que des stipulations expresses du contrat de bail commercial mettaient à la charge de la locataire les travaux de ravalement, de toiture et de chauffage collectif, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 13 septembre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Reims, autrement composée ;

Condamne Mme X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne Mme X... à payer 2 500 euros à la société Champagne Connexion, rejette la demande de Mme X... ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du six mars deux mille treize.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Blondel, avocat aux Conseils, pour la société Champagne Connexion.

Il est reproché à l'arrêt partiellement infirmatif attaqué d'avoir condamné la société TERRA NOSTRA VOYAGES, aux droits de laquelle vient aujourd'hui la société CHAMPAGNE CONNEXION à payer à Madame Y... la somme de 24. 185, 75 euros au titre de la réparation de la toiture et du ravalement des façades, ensemble les sommes de 3. 585, 14 euros et 243, 73 euros, au titre respectivement du remplacement de la chaudière collective de l'immeuble et des frais d'huissiers afférents au commandement de payer ;

AUX MOTIFS QUE le contrat de bail met à la charge du preneur non seulement les réparations concernant le local loué, mais encore toutes autres, de quelque nature qu'elles soient, y compris les grosses réparations définies à l'article 606 du Code civil ; que par les stipulations de ce contrat, non contraire à l'ordre public, les parties ont entendu déroger aux dispositions habituelles en la matière qui imputent au propriétaire bailleur les réparations concernant l'immeuble lui-même ; que les dispositions contractuelles précitées sont générales et absolues et ne contiennent aucune exception ni réserve ; que c'est donc à bon droit que les premiers juges, après avoir rappelé les termes de l'article 1134 du Code civil qui dispose que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, ont décidé que le remplacement de la chaudière de l'immeuble était l'un des travaux mis par le contrat à la charge du locataire et que, par suite, il convenait d'accueillir la demande en paiement introduite à ce titre par dame veuve Y..., soit 3. 053, 28 euros, somme assortie d'intérêts au taux légal à compter du 17 février 2009, date du commandement de payer ; qu'en revanche, c'est à tort que le Tribunal, qui venait pourtant

d'appliquer sagement le contrat de bail, en a refusé l'application au second chef de demande portant sur une somme de 24. 185, 72 euros, afférente à des travaux de ravalement de l'immeuble et de toiture ; qu'en effet, pour statuer ainsi, les juges du premier degré ont énoncé que la clause contractuelle précitée, exorbitante du droit commun, augmentant les obligations de la preneuse devait être interprétée strictement en sorte que, ladite clause ne citant les travaux ni de ravalement de façade, ni de toiture, il fallait considérer que le contrat ne mettait pas de tels travaux à la charge de la locataire, cependant que les dispositions conventionnelles litigieuses, en faisant expressément supporter à la locataire " toutes les réparations de quelque nature qu'elles soient, en ce compris les grosses réparations définies à l'article 606 du Code civil ", parmi lesquelles doivent être rangées celles dont s'agit, prohibaient l'exclusion opérée par le jugement entrepris ;

ALORS QUE, s'agissant de la définition des réparations locatives, les clauses dérogatoires au droit commun doivent être interprétées strictement, de sorte qu'à défaut de clause expresse en ce sens, les réparations afférentes, non au local donné à bail, mais à l'immeuble collectif dans lequel il est situé, telles les réparations portant sur la toiture, les façades ou encore telle la chaudière collective, doivent demeurer à la charge du bailleur ; qu'en l'espèce, la clause litigieuse n'énonçait pas seulement que le bailleur ferait son affaire personnelle « de toutes les réparations de quelque nature qu'elles soient, et même de tous remplacements qui deviendraient nécessaires, en ce compris les grosses réparations définies par l'article 606 du Code civil », mais précisait également « le tout relativement aux plomberie, fumisterie, menuiserie, serrurerie, appareils électriques, de chauffage d'eau, carrelage, marquises, peinture, cuvettes des water-closets, appareils de chasse d'eau, éviers, robinetterie, parquets et en général, à tout ce qui pourra garnir les lieux loués sans aucune exception ni réserve » ; qu'il s'ensuit que seules étaient expressément comprises dans le périmètre des réparations locatives, les installations et équipements figurant dans le lot privatif donné à bail ; que dès lors, en étendant les obligations du locataire aux parties communes et équipements collectifs que constituaient la toiture, le ravalement et la chaudière collective de l'immeuble, la Cour, qui méconnaît le principe d'interprétation stricte susvisé, viole les articles 1134 et 1754 du Code civil.