

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE LYON

3ème chambre A

ARRÊT DU 28 Juin 2018

N° RG 16/09607

Décision du Tribunal de
Grande Instance de
MARSEILLE
Au fond
du 11 mars 2013

RG : 12/06875

SAS ANDRE

C/

Société SCI MARVEINE

APPELANTE :

**SAS ANDRE agissant poursuites et diligences de son
représentant légal en exercice domicilié en cette qualité audit
siège**
28 avenue de Flandre
75019 PARIS

Représentée par Me Nathalie ROSE, avocat au barreau de LYON
et ayant pour avocat plaident, Me Jehan-Denis BARBIER, avocat au
barreau de PARIS

INTIMÉE :

Société SCI MARVEINE
8/12 rue des Pirogues de Bercy
75012 PARIS

Représentée par Me Jérôme ORSI de la SCP D.J. VERNE - L.G.
BORDET - J. ORSI - Y. TETREAU, avocat au barreau de LYON et
ayant pour avocat plaident, Me Gina MARUANI, avocat au barreau
de PARIS

* * * * *

Date de clôture de l'instruction : **24 Avril 2018**

Date des plaidoiries tenues en audience publique : **24 Mai 2018**

Date de mise à disposition : **28 Juin 2018**

Composition de la Cour lors des débats et du délibéré :

- Anne-Marie ESPARBES, président
- Hélène HOMS, conseiller
- Pierre BARDOUX, conseiller

assistés pendant les débats de Jessica LICTEVOUT, greffier

A l'audience, **Hélène HOMS** a fait le rapport, conformément à l'article
785 du code de procédure civile.

Arrêt Contradictoire rendu par mise à disposition au greffe de la
cour d'appel, les parties en ayant été préalablement avisées dans les
conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure
civile,

Signé par Anne-Marie ESPARBÈS, président, et par Jessica LICTEVOUT, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

* * * *

EXPOSÉ DU LITIGE

Selon contrat du 2 avril 2001, la société Uni-commerces aux droits de laquelle est venue la SCI Marveine, a donné à bail à la SAS André des locaux commerciaux situés dans le centre commercial Bonneveine à Marseille pour une durée de dix ans.

Ce bail stipule un loyer composé d'un loyer de base minimum et d'un loyer additionnel représentant 8 % du chiffre d'affaires de la locataire et prévoit en cas de renouvellement que *"dans les termes et conditions découlant de la législation en vigueur, le loyer de base sera fixé selon la valeur locative telle que déterminée par les articles 23 à 23-5 du décret du 30 septembre 1953 ou tout autre texte qui lui sera substitué"* et qu'à *"défaut d'accord des parties le loyer sera fixé judiciairement selon les modalités prévues à cet effet par la législation en vigueur"*.

Le 26 octobre 2011, la société Marveine a accepté le renouvellement du bail, demandé par la locataire mais avec un loyer de base augmenté à la somme annuelle de 164 000 €.

Le 23 mai 2012, elle a saisi le juge des loyers commerciaux du tribunal de grande instance de Marseille pour voir juger que le renouvellement du bail interviendra pour une durée de deux ans à compter du 1^{er} janvier 2012 et voir fixer le loyer de base renouvelé à la valeur locative de 164 000 € par an ou subsidiairement, voir ordonner une expertise et fixer un loyer provisionnel.

La société André a fait valoir que le loyer binaire échappe aux dispositions du statut des baux commerciaux et que la durée du renouvellement, qu'elle estimait être de neuf ans, relevait de la compétence du tribunal de grande instance.

Par jugement du 11 mars 2013, le juge des loyers commerciaux a dit que le bail renouvelé à pris effet le 1^{er} janvier 2012 et a désigné un expert avec mission de fournir tous éléments d'appréciation sur la valeur locative des lieux loués au regard des éléments mentionnés aux articles R. 145-3 à R. 145-7 du code de commerce.

Le 30 mai 2013, la société André a relevé appel de cette décision.
Le rapport d'expertise a été déposé le 1^{er} avril 2014 ; par jugement du 3 novembre 2014, le juge des loyers commerciaux a sursis à statuer dans l'attente de la décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Par arrêt du 19 février 2015, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, statuant sur l'appel de la société André a :

- confirmé la décision déférée en ce qu'elle a dit que le bail renouvelé a pris effet entre les parties le 1^{er} janvier 2012, y ajoutant,
- dit que ce bail est renouvelé pour une période de deux ans arrivant à expiration le 31 décembre 2021, infirmant pour le surplus et statuant à nouveau,
 - débouté la société Marveine de sa demande de fixation judiciaire du loyer de base,
 - rejeté les demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile,
 - condamné la société Marveine aux entiers dépens.

La cour d'appel a retenu que la clause de loyer binaire induit une incompatibilité avec les règles statutaires relatives à la fixation des loyers puisque celui-ci, dans un tel bail, n'est pas fixé selon les critères définis à l'article L. 145-33 du code de commerce que le juge des loyers commerciaux a l'obligation d'appliquer, mais peut prendre en compte des éléments étrangers à cette énumération tel qu'un pourcentage sur le chiffre d'affaires réalisé par le preneur ; que l'accord des parties et la liberté contractuelle dont il est l'expression ne permet pas d'écarter cette incompatibilité ; que si les parties peuvent librement stipuler s'agissant du loyer initial et peuvent d'un commun accord, fixer par avance les conditions de la fixation du loyer du bail renouvelé, elles ne peuvent que stipuler sur les droits dont elles ont la libre disposition ; qu'en l'espèce, dans le débat judiciaire qui s'ouvre en raison du désaccord des parties, les dispositions de l'article L. 145-33 s'imposent au juge des loyers commerciaux qui ne saurait fixer par application d'autres critères que ceux que la loi prescrit le loyer du bail renouvelé qui ne peut en aucun cas excéder la valeur locative.

Par arrêt du 3 novembre 2016, la Cour de cassation, saisie par la société Marveine a cassé et annulé cet arrêt mais seulement en ce qu'il a débouté la société Marveine de sa demande de fixation du loyer de base et a renvoyé les parties devant cette cour.

Cette cassation est intervenue au motif que la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil dans sa version antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 et de l'article L. 145-33 du code de commerce desquels il résulte que :

"La stipulation selon laquelle le loyer d'un bail commercial est composé d'un loyer minimum et d'un loyer calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le minimum garanti à la valeur locative ; que le juge statue alors selon les critères de l'article L. 145-33 précité, notamment au regard de l'obligation contractuelle du preneur de verser, en sus, du minimum garanti, une part variable, en appréciant l'abattement qui en découle".

La société André a saisi la présente cour par déclaration du 14 décembre 2016.

Par conclusions déposées le 23 février 2018, la **société André** demande à la cour de :

- infirmer la décision entreprise en toutes ses dispositions,
sur la fixation du loyer,
vu l'article 12 du code de procédure civile,
vu les articles L. 145-1 et R. 145-1 du code de commerce,
 - juger que la fixation du loyer renouvelé dans les cas d'un loyer dit binaire échappe aux dispositions du statut des baux commerciaux,
 - juger que l'article 4 du bail qui définit le loyer avec deux composantes soit un loyer de base et un loyer additionnel est incompatible avec les règles de fixation du loyer définies aux articles L. 145-33 et R. 145-2 à R 145-8 du code de commerce,
 - juger que le statut des baux commerciaux et la législation en vigueur ne permettent pas la fixation d'un loyer plancher,
 - juger qu'une clause contractuelle contraire à la réalité ne peut produire aucun effet,
 - juger que la mission institutionnelle du juge des loyers commerciaux est d'ordre public,
 - juger que l'article L. 145-33 du code de commerce est d'ordre public,
 - juger que la clause 4.5 page 15 du bail doit être réputée non écrite, nulle et de nul effet comme contraire à l'ordre public,
 - en conséquence, juger la société Marveine mal fondée en ses demandes et l'en débouter,
sur la durée du bail,
 - juger que le bail est renouvelé pour une durée de neuf années à compter du 1^{er} janvier 2012 conformément à l'article L. 145-12 du code de commerce qui est d'ordre public,
très subsidiairement,
 - infirmant le jugement sur la mission de l'expert, dire que l'expert devra vérifier les loyers variables du centre commercial pour apprécier l'abattement en découlant pour elle,
 - désigner un nouvel expert indépendant et objectif,

- juger qu'il n'y a pas lieu d'évoquer et, vu le jugement de sursis à statuer du 3 novembre 2014, renvoyer l'affaire au juge des loyers commerciaux, *en tout état de cause*,
- débouter la société Marveine de toutes ses demandes, fins et conclusions,
- condamner la société Marveine à lui payer 10 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- la condamner aux entiers dépens de première instance et d'appel afférents à l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence et à l'arrêt de la Cour de cassation ainsi que ceux de la cour de Lyon, ces derniers distraits au profit de Me Rose avocat sur son affirmation de droit.

Par conclusions déposées le 20 avril 2018, fondées sur les articles L. 145-1 et suivants du code de commerce, 1134 du code civil applicable en l'espèce et 568 du code de procédure civile, la **société Marveine** demande à la cour de :

- dire irrecevable et mal fondée la société André en toutes ses demandes, fins et conclusions et en conséquence, l'en débouter,
- la dire recevable et bien fondée en ses demandes, fins et conclusions d'appel incident, en conséquence,
 - confirmer la décision déferée en évoquant,
 - fixer le loyer minimum garanti de renouvellement à la somme annuelle de 200 000 € hors taxes et hors charges à compter du 1^{er} janvier 2012,
 - juger que le différentiel dû par la société André entre le loyer acquitté et le loyer fixé portera intérêt au taux légal conformément aux dispositions de l'article 1343-1 alinéa 1 du code civil de plein droit à compter du renouvellement,
 - juger que les intérêts échus depuis plus d'un an produiront eux-mêmes intérêt conformément aux dispositions de l'article 1342-2 du code civil,
 - condamner la société André à lui payer la somme de 10 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'en tous les dépens tant de première instance que ceux d'appel afférents à l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence que ceux afférents à l'arrêt de la Cour de cassation ainsi que ceux de la présente cour, ces derniers distraits au profit de Me Orsi avocat sur son affirmation de droit.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Le litige concerne la validité de la clause insérée dans le bail et ainsi rédigée :

"De convention expresse entre les parties, à titre de condition essentielle et déterminante du présent bail, il est stipulé qu'en cas de renouvellement dans les termes et conditions découlant de la législation en vigueur, le loyer de base sera fixé selon la valeur locative telle que déterminée par les articles 23 à 23-5 du décret du 30 septembre 1953 ou tout autre texte qui lui sera substitué.

A défaut d'accord, le loyer de base sera fixé judiciairement selon les modalités prévues à cet effet par la législation en vigueur.

Toutes autres clauses et conditions du bail en ce compris le loyer variable additionnel, seront maintenues et appliquées dans le cadre du bail renouvelé.

Cet article constitue dans son intégralité une condition déterminante du présent bail sans laquelle le bailleur n'aurait pas contracté ce qui est expressément accepté par le preneur".

Ainsi la convention des parties qui régit le bail et fait leur loi, prévoit, à défaut d'accord des parties, le recours au juge pour fixer le loyer de base du bail renouvelé selon la valeur locative en application des dispositions légales.

Pour s'opposer à l'exécution de la convention des parties, la société André soutient que la clause en question est réputée non écrite, nulle et de nul effet comme contraire à l'ordre public aux motifs suivants :

- la clause qui prévoit que le loyer de base sera fixé judiciairement selon les modalités prévues à cet effet par la législation en vigueur est inefficace car *"la législation en vigueur"* ne permet pas la fixation d'un *"plancher"* et exclut la fixation d'une partie du loyer ; cette clause veut donc imposer une fixation judiciaire du loyer contraire à la loi,

– le juge ayant pour mission de fixer le loyer, et non seulement une partie du loyer, une clause contractuelle ne peut affirmer qu'une partie du loyer constitue le loyer, en contradiction avec les autres clauses contractuelles déterminant un loyer binaire et ne peut demander au juge de fixer le loyer alors qu'en réalité, il lui est demandé de fixer une composante du loyer,

– le juge tient ses pouvoirs de la loi et non des parties lesquelles ne peuvent modifier contractuellement les institutions et l'office du juge pour décider, ou non, de le saisir et pour dire qu'il aura pour mission de fixer, non le loyer, mais seulement un minimum garanti soit une composante du loyer et ce, dans le seul intérêt du bailleur,

– les dispositions de l'article L. 145-33 du code de commerce selon lesquelles le loyer doit correspondre à la valeur locative sont d'ordre public et doivent être appliquées par le juge ce qui est incompatible avec le loyer binaire qui est étranger à ces dispositions.

D'une part, la stipulation d'un loyer binaire n'interdit pas aux parties de prévoir, ou non, le recours au juge des loyers commerciaux en cas de désaccord pour fixer, lors du renouvellement, le minimum garanti à la valeur locative et si elles le prévoient, elles ne font qu'user du droit d'accès au juge qui ne peut leur être refusé, le juge ne tenant pas, dans ce cas, ses pouvoirs du contrat mais toujours de la loi.

D'autre part, dès lors qu'il est saisi d'une demande de fixation du loyer du bail renouvelé, le juge doit le fixer à la valeur locative, qui, à défaut d'accord des parties, doit correspondre aux critères énumérés par l'article L. 145-33 du code de commerce.

Le critère prévu par le point 3° de ce texte concerne les obligations respectives des parties ce qui inclut l'obligation pour le preneur de verser, en sus du minimum garanti, une part variable, cette obligation pouvant ainsi donner lieu à application d'un abattement, sans que contrairement à ce que soutient la société André cela aboutisse à traiter le loyer additionnel comme une charge, l'appréciation des obligations des parties dans la détermination de la valeur locative ne se limitant pas à celle de l'obligation du preneur de payer des charges.

La clause n'est donc pas inefficace et elle ne modifie pas les pouvoirs et devoirs du juge qui tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables à savoir l'article L. 145-33 du code de commerce, texte qui n'est pas visé comme étant d'ordre public par les articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce et à l'application duquel les parties ne demandent pas de dérogation puisque au contraire, la clause stipule que le loyer sera fixé par le juge selon les modalités prévues à cet effet par la législation en vigueur.

Enfin, le fait que seule la part fixe du loyer sera fixée à la valeur locative par le juge car la clause prévoit le maintien du loyer additionnel, ne contrevient pas à l'application des critères légaux de détermination de la valeur locative puisque, comme indiqué ci-dessus, l'obligation du preneur de payer ce loyer additionnel peut être prise en compte dans la détermination de la valeur locative.

En conséquence, les moyens tendant à entendre juger la clause réputée non écrite ou nulle ne sont pas fondés ce qui conduit à la confirmation, par substitution de motifs, du jugement entrepris en ce qu'il a retenu que la clause devait recevoir application.

Sur la durée du bail renouvelé

La société André demande à la cour de juger que le renouvellement est intervenu pour neuf années à compter du 1^{er} janvier 2012.

L'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 19 février 2015 a confirmé la décision déférée en ce qu'elle a dit que le bail renouvelé a pris effet entre les parties le 1^{er} janvier 2012 et ajoutant, a jugé que le bail est renouvelé pour une durée de dix ans arrivant à expiration le 31 décembre 2021.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 3 novembre 2016, a cassé et annulé cet arrêt mais seulement en ce qu'il a débouté la société Marveine de sa demande de fixation du loyer de base et a remis, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'arrêt cassé et, pour y être fait droit, les a renvoyées devant la présente cour.

En conséquence, l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 19 février 2015 n'a pas été cassé en ce qu'il a jugé que le bail s'est renouvelé, à compter du 1^{er} janvier 2012 pour une durée de dix ans expirant le 3 décembre 2021 ; la cour de renvoi n'est donc pas saisie de cette question.

C'est à bon droit que la société Marveine conclut à l'irrecevabilité de la demande de la société André.

Sur la demande subsidiaire de la société André aux fins de nouvelle expertise

La société André demande à la cour d'infirmier le jugement entrepris en ce qu'il a confié une mesure d'expertise à Mme C en lui donnant mission de fournir tous éléments d'appréciation de la valeur locative au motif d'une part, que cette mission ne tient pas compte de la part variable du loyer et qu'il doit lui être donné mission d'apprécier, en obtenant la communication des loyers variables pratiqués dans le centre commercial, l'abattement dont elle doit bénéficier et d'autre part, qu'il convient de désigner un expert parfaitement indépendant et objectif.

Le premier juge a donné mission à l'expert de fournir tous éléments d'appréciation sur la valeur locative des lieux loués au regard des éléments mentionnés aux articles R. 145-3 à R. 145-7 du code de commerce en lui demandant de préciser notamment les éléments qu'il a énumérés non limitativement.

Parmi les critères légaux figure à l'article R. 145-33 3° les obligations des parties.

Il appartiendra au juge des loyers commerciaux ou à la présente cour, si elle évoque le litige comme le lui demande la société Marveine, d'apprécier si le rapport d'expertise et les éléments que produiront, le cas échéant, les parties et compte tenu des moyens qu'elles présenteront, sont suffisants, ou non, pour fixer le loyer du bail renouvelé, et d'ordonner le cas échéant la production d'éléments par les parties ou un complément d'expertise.

Par ailleurs, si la société André indique qu'il convient de désigner un expert indépendant, elle n'explique pas cette affirmation sur laquelle elle ne donne aucune explication. Elle ne justifie donc pas du bien fondé de ce moyen.

La demande de la société André doit être rejetée.

Il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a désigné Mme D pour procéder une expertise avec la mission qui lui a été donnée.

Sur la demande d'évocation

Aux termes de l'article 568 du code de procédure civile dans sa rédaction antérieure aux dispositions du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 modifié par le décret n° 2017-1227 du 2 août 2017, applicable aux instances consécutives à un renvoi après cassation lorsque la juridiction de renvoi a été saisie avant le 1^{er} septembre 2017, lorsque la cour d'appel est saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime d'une bonne administration de la justice de donner à l'affaire une solution définitive.

La société Marveine prétend que tel est le cas en l'espèce. La société André s'oppose à l'évocation au motif qu'il n'y a pas lieu de priver les parties du double degré de juridiction.

Il n'apparaît pas d'une bonne administration de la justice de donner à l'affaire une solution définitive en privant les parties d'un double degré de juridiction alors qu'elles s'opposent d'ores et déjà sur la prise en compte de l'obligation contractuelle du preneur de payer un loyer variable en sus du loyer de base dans la détermination de la valeur locative.

La demande doit être rejetée.

Sur les dépens et les frais irrépétibles

Aux termes de l'article 639 du code de procédure civile, la cour de renvoi statue sur tous les dépens exposés devant les juridictions du fond y compris ceux afférents à la décision cassée.

Il y lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a réservé les dépens et les demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile.

Par contre, la société André qui succombe dans son appel doit supporter les dépens exposés devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence et devant la présente cour, avec faculté de recouvrement en application de l'article 699 du code de procédure civile ; elle doit aussi verser à la société Marveine une indemnité en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Il n'appartient pas à la cour de renvoi de statuer, comme le demandent les parties, sur les dépens exposés devant la Cour de cassation qui a d'ailleurs statué sur ses dépens.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant publiquement par arrêt contradictoire,

Déclare irrecevable la demande de la SAS André relative à la durée du renouvellement du bail,

Confirme le jugement entrepris,

Rejette la demande d'évocation formée par la SCI Marveine,

Condamne la SAS André à payer à la SCI Marveine une indemnité de 4 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la SAS André aux dépens exposés devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence et devant la présente cour avec faculté de recouvrement conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le Greffier,

Le Président,

