

Blatter Seynaeve est classé, pour la troisième année consécutive, parmi les meilleurs cabinets d'avocats de France en droit immobilier au Palmarès établi par Statista et Le Point.

Nous remercions nos clients et nos confrères de leur confiance renouvelée

01 / **Jurisprudences et commentaires**

- **Cass. 3ème civ., 11 mars 2021, n° 20-12345** : en matière d'indexation, seule la stipulation créant la distorsion prohibée par l'article L. 112-1 du code monétaire et financier est réputée non écrite, dès lors qu'elle est dissociable des autres dispositions de la clause d'indexation qui exprime la commune intention des parties.

Dans un bail consenti à une société COMECA, qui comportait une clause d'indexation, figurait un article 8-8 stipulant que le jeu de la clause d'indexation ne pourrait avoir pour effet de ramener le loyer révisé à un montant inférieur au loyer de base.

A la suite de la libération des locaux et d'une procédure engagée par la bailleuse pour avoir paiement des réparations locatives, la société locataire a formé une demande reconventionnelle en remboursement de la totalité des loyers versés au titre de l'indexation.

La cour d'appel a jugé que seul le paragraphe selon lequel la clause d'indexation ne pouvait avoir pour effet de ramener le loyer révisé à un montant inférieur au loyer de base, était réputée non écrite et a par conséquent rejeté les demandes de remboursement formées par la société locataire au titre des compléments de loyer résultant de l'indexation.

C'est la société locataire qui a formé un pourvoi en cassation en soutenant que la clause d'indexation devait être réputée non écrite en son entier et ce, contrairement à la jurisprudence désormais classique de la Cour de cassation qui décide que seule la stipulation qui crée la distorsion prohibée est réputée non écrite (Cass. 3ème civ., 28 nov. 2018, n° 17-23058 ; Cass. 3ème civ., 6 fév. 2020, n° 18-24599).

Quant à la question de savoir si la clause d'indexation devait être réputée non écrite en son entier comme l'avait fait l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 juillet 2014 (n° 12/14759), motif pris du caractère indivisible de la clause et de son caractère essentiel, la Cour de cassation en laisse l'appréciation au juge du fond.

Au cas particulier, elle relève que la cour avait souverainement estimé que l'article 8-8 du contrat était dissociable des autres dispositions de la clause d'indexation, laquelle exprimait la commune intention des parties quant à l'indexation du loyer.

- **Cass. 3ème civ., 11 mars 2021, n° 20-13639** : la clause résolutoire mise en œuvre de bonne foi par le bailleur au moment de la délivrance du commandement joue quelque soit le montant des sommes dues et même si elles ont été payées au jour où le juge statue.

La « propriété commerciale » protégée par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme des libertés fondamentales s'entend du droit au renouvellement du bail commercial et la constatation par le juge de l'acquisition de la clause résolutoire ne porte pas atteinte à ce droit. Le juge des référés ne peut condamner à payer une indemnité d'occupation mais seulement une provision. La Cour de cassation peut, après cassation de ce chef, statuer au fond et substituer sa décision à celle du juge des référés en disant que les condamnations sont prononcées à titre provisionnel.

Le résumé de cet arrêt, publié au bulletin, se suffirait presque à lui-même.

Les bailleurs d'une résidence de tourisme exploitée par la société DG HOLIDAYS avaient fait délivrer plusieurs commandements de payer les loyers visant la clause résolutoire. Si la locataire s'est acquittée des loyers impayés dans le mois de ce commandement, elle n'a pas payé les frais de poursuite visés à la clause résolutoire, de sorte que les bailleurs ont fait assigner ladite société en référé aux fins de constatation de l'acquisition de la clause résolutoire.

Bien que la société DG HOLIDAYS se soit acquittée des frais de poursuite visés par les commandements au jour où le juge statuait, celui-ci a déclaré la clause acquise, ordonné l'expulsion et condamné au paiement d'une indemnité d'occupation égale au loyer majoré de 50 %.

C'est dans ces conditions qu'un pourvoi a été formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble (9 janvier 2020).

Il était tout d'abord soutenu que constituait une contestation sérieuse devant le juge des référés la demande du bailleur tendant à la constatation du jeu de la clause résolutoire dans le seul but de se soustraire à son obligation de verser au preneur une indemnité d'éviction dédommageant la résiliation du bail.

Il était également prétendu que constituait une contestation sérieuse, le moyen tiré de la mauvaise foi des bailleurs qui avaient invoqué la clause résolutoire en raison de l'inexécution du paiement de frais dérisoires.

La réponse de la Cour de cassation claque comme un coup de fouet : la cour d'appel a retenu par motifs propres et adoptés que la locataire n'avait pas payé les frais de poursuite dans le délai visé par les commandements de payer et que les clauses résolutoires avaient été mises en œuvre de bonne foi par les bailleurs au moment de la délivrance des commandements.

On sait qu'en matière de clause résolutoire le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation quant à la gravité de l'infraction poursuivie.

Quand bien même le paiement serait intervenu postérieurement à l'expiration du délai d'un mois, le juge ne pouvait que constater l'acquisition de la clause résolutoire à moins qu'il lui ait été demandé d'accorder des délais rétroactifs et la suspension des effets de la clause résolutoire jusqu'à la date du paiement, ce qui manifestement n'avait pas été fait.

Quant à la propriété commerciale qui a effectivement été reconnue comme un droit de propriété au sens du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation rappelle que cette propriété ne s'entend que du droit au renouvellement du bail et n'a pas matière à s'appliquer en matière de résiliation. Le juge n'a donc en rien violé la Convention.

Enfin, la cassation de la dernière disposition de l'arrêt va intervenir à titre disciplinaire.

La cour a condamné au paiement d'une indemnité d'occupation alors qu'elle n'aurait pu condamner qu'au paiement d'une provision à valoir sur l'indemnité d'occupation, puisqu'elle statuait en référé.

La Cour de cassation estime cependant qu'il convient de donner à l'affaire une solution définitive. Après avoir cassé l'arrêt de ce chef, elle y substitue sa décision en disant que les indemnités d'occupation fixées par la cour d'appel le sont à titre provisionnel.

L'arrêt est important essentiellement quant à la réponse donnée à la première branche du premier moyen : que la dette soit importante ou dérisoire, le défaut de paiement dans le délai du commandement visant la clause résolutoire peut entraîner la résiliation du bail pour autant que le juge n'accorde pas de délais en suspendant les effets de la clause résolutoire.

- **CA Versailles, 12e ch. 18 mars 2021, RG 18/05433** : à défaut de règlement par le preneur évincé des charges locatives, comprenant les travaux de rénovation du centre commercial, il y a lieu de constater l'acquisition de la clause résolutoire et la résiliation du bail en application des dispositions de l'article L. 145-28 du Code de commerce

On sait qu'un locataire évincé a droit au maintien dans les lieux aux clauses et conditions du bail expiré jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction en application de l'article L. 145-28 du Code de commerce.

Le locataire doit alors se conformer aux clauses et conditions du bail expiré, comme, à titre supplétif, aux dispositions du code civil relatives au contrat de louage. A défaut, le bailleur peut, selon une jurisprudence bien établie, solliciter la résiliation du bail « résiduel » à raison du manquement du preneur à ses obligations contractuelles, refuser le paiement de l'indemnité d'éviction ou en rétracter l'offre de paiement en présence de motifs nouveaux découverts postérieurement au congé ou encore invoquer la clause résolutoire.

C'est ainsi qu'un locataire évincé doit payer à bonne date les loyers, taxes, charges et travaux contractuellement dus, notamment lorsque le bailleur lui refacture des travaux de rénovation d'un centre commercial.

Dans l'espèce rapporté, le bailleur avait fait délivrer à sa locataire un commandement de payer, visant la clause résolutoire, d'avoir à payer des charges locatives, comprenant la refacturation des travaux de rénovation du centre.

La locataire soutenait que la provision sollicitée correspondait à des « travaux futurs », que son montant était excessif « représentant plus de 60% de son chiffre d'affaires annuel », ou encore que « ces travaux n'avaient aucune utilité pour un locataire évincé ». Le bailleur indiquait en réponse qu'elle avait bien réglé les travaux de rénovation du centre commercial, que ces travaux constituent une charge contractuellement imputable au locataire évincé, tout en précisant à toutes fins que l'origine de la créance était antérieure à la date d'effet du congé.

Aux termes d'une décision particulièrement bien motivée, la cour d'appel de Versailles fait droit à l'argumentation du bailleur en décidant souverainement que les travaux de rénovation litigieux sont bien imputables au preneur, « l'expiration du bail au 31 décembre 2014 étant sans effet sur cette imputabilité, dès lors que l'article L. 145-28 précité énonce que le maintien dans les lieux (postérieur au 31 décembre 2014) se fait aux conditions et clauses du contrat de bail expiré ». La cour conclut qu'« au regard des dispositions contractuelles particulièrement claires, notamment en ce qu'elles attirent l'attention du preneur sur la possibilité de travaux de rénovation lui incombant, [la locataire] n'est pas fondée à invoquer l'inutilité des travaux du fait de son éviction, ni le caractère excessif de leur coût. »

Dès lors la cour constate l'acquisition de la clause résolutoire et la résiliation du bail, ce qui entraîne la déchéance du preneur de tout droit au paiement d'une indemnité d'éviction.

- **CA Paris, ch. 5-3, 17 février 2021, n° 18/07905** : les activités de vente à emporter de plats confectionnés et cuisinés sur place et de vente de ces plats par Internet avec livraison constituent une modalité particulière d'exploitation de l'activité de restauration combinée à celle d'alimentation générale que le bail autorise, ce qui est conforme à l'évolution des usages commerciaux, qu'il s'agit donc d'activités incluses dans la destination contractuelle « alimentation générale et restaurant typiquement exotique, c'est-à-dire typiquement asiatique ».

Cet arrêt statuant sur la fixation du prix d'un bail renouvelé au 1er janvier 2014 fait référence de manière simplement allusive à la crise sanitaire.

Il est donc intéressant à cet égard mais sa motivation, peut-être prudente, peut inviter à une autre réflexion sur l'évolution des usages commerciaux et les activités incluses.

Le bail comportait une destination relativement large qui était celle de « *importation et exportation de tous produits asiatiques, sous toutes les formes, gastronomiques, artistiques, culturelles, d'ameublement et d'agrément avec dégustation sur place. Alimentation générale et restaurant, typiquement exotique, c'est-à-dire typiquement asiatique. En aucun cas cette désignation extensive ne saurait conférer un bail tous commerces* ».

Le fonds est donc un restaurant typiquement japonais.

Pour solliciter le dé plafonnement, les bailleurs invoquaient l'adjonction d'activité non incluse au bail, ni connexe, ni complémentaire, constitutive d'une modification notable de la destination contractuelle en ce que la locataire exerce la restauration à emporter et la vente par Internet avec livraison gratuite sans leur autorisation, ce qui élargit la clientèle potentielle du restaurant en dehors de sa zone usuelle de chalandise.

Les bailleurs soutenaient que la clause de destination est limitée à la dégustation sur place, mode de consommation autorisé des produits fabriqués dans les locaux, s'agissant de l'activité de restaurant et que, quant à l'activité d'alimentation générale, elle consiste à revendre des marchandises principalement alimentaires sans les transformer, ce qui exclut la vente de plats préparés sur place et que les plats élaborés dans un restaurant ne peuvent être assimilés à des produits d'alimentation générale pour justifier leur vente à emporter ou leur livraison à domicile.

Enfin, il était soutenu que l'élargissement de l'activité a permis à la locataire de maintenir une activité pendant la crise sanitaire afin d'offrir à sa clientèle les services complémentaires à l'activité autorisée par le bail.

Cette extension d'activité aurait donc dû faire, selon les bailleurs, l'objet d'une demande de déspecialisation partielle en application de l'article L. 145-47 du code de commerce.

C'était en effet le sens dominant de la jurisprudence jusqu'à présent, l'activité de restaurant impliquant nécessairement la consommation sur place et ne comportant, ni vente à emporter, ni vente à livrer. De son côté, la société locataire exposait que l'évolution des usages commerciaux conduit les magasins d'alimentation générale à prévoir un service de livraison à domicile et inclut la vente à emporter, que s'agissant de la restauration, celle-ci ne se limite plus à une activité de consommation sur place mais comprend aussi une activité de vente à emporter et de livraison, qu'il s'agit d'une modalité particulière de l'exploitation telle que prévue au bail.

La cour avait donc à se prononcer sur la question de savoir si pour un restaurant (ainsi que pour un magasin d'alimentation générale) la vente à emporter (ce qui va de soi pour un magasin d'alimentation générale) et à livrer (ce qui est depuis toujours pratiqué à plus ou moins grande échelle par les magasins d'alimentation générale), constituait une modification de la destination ou devait être considérée comme une activité incluse.

La cour donne tout d'abord la définition de l'activité incluse de la manière suivante :

« L'adjonction d'une activité ne peut cependant donner lieu à déplaçonnement du loyer s'il s'agit d'une activité dite incluse, c'est-à-dire se rattachant naturellement à la destination contractuelle initiale et à son évolution en fonction des usages ou pratiques commerciales ».

La cour énonce ensuite que la clause de destination doit s'interpréter au regard des deux activités combinées d'alimentation générale et de restaurant pour apprécier si la vente à emporter et la livraison par commande Internet peuvent être considérées comme des activités incluses dans la destination contractuelle.

S'agissant de l'activité d'alimentation générale, la cour se réfère à la définition donnée par la Banque publique d'investissement selon laquelle il s'agit d'une « activité qui consiste à acheter des marchandises, principalement alimentaires, essentiellement destinées à la consommation des particuliers ou des ménages, pour les revendre sans les transformer.

Cette activité peut être exercée en magasins, grands magasins, par Internet, sur les marchés, etc. ».

Si l'activité peut être exercée par Internet, ceci implique nécessairement que les produits puissent être livrés à la clientèle. La cour conclut que l'activité d'alimentation générale autorise donc la locataire à vendre des plats cuisinés à emporter par Internet et livrés aux particuliers et aux ménages. L'activité de restauration permet quant à elle de confectionner et de vendre des plats qu'elle cuisine sur place.

S'agissant de l'activité de restaurant, la cour énonce qu'il convient de tenir compte de l'évolution des usages en matière de restauration traditionnelle. Si les plats confectionnés sont essentiellement destinés à être consommés sur place, la tendance croissante est de permettre à la clientèle de pouvoir emporter les plats cuisinés par les restaurants ou de se les faire livrer à domicile, notamment par l'intermédiaire de plates-formes de livraison.

La cour conclut, en se fondant par conséquent sur la combinaison des deux activités autorisées, dans les termes suivants :

« Il s'ensuit que les activités de vente à emporter de plats confectionnés et cuisinés sur place et de vente de ces plats par Internet avec livraison constituent une modalité particulière d'exploitation de l'activité de restauration combinée à celle d'alimentation générale que le bail autorise, ce qui est conforme à l'évolution des usages commerciaux ; qu'il s'agit donc d'activités incluses dans la destination contractuelle, alimentation générale et restaurant typiquement exotique, c'est-à-dire typiquement asiatique ».

L'actualité de notre vie quotidienne contrainte par la crise sanitaire et les confinements successifs depuis le mois de mars 2020 conduisent à approuver cette décision sans même, semble-t-il, qu'il eut été nécessaire de la motiver par la combinaison de l'activité de restaurant et d'alimentation générale.

Il est un fait assurément irréversible mais le processus était déjà engagé avant que ne survienne la Covid-19, qu'au-delà des entreprises de restauration qui n'avaient pour seul objet que la vente à emporter ou la livraison à domicile (par exemple Pizza Hut, Domino's Pizza, etc.) depuis longtemps, un certain type de restaurants ont pratiqué la vente à emporter voire à livrer essentiellement dans la restauration italienne ou asiatique.

Cependant, la crise sanitaire et les confinements, notamment celui du printemps 2020 auront conduit, par la double conjonction les aspirations des consommateurs, privés de restaurants interdits d'accueil du public, et des besoins de réaliser un minimum de chiffre d'affaires de la part des exploitants, à développer de manière généralisée la vente à emporter ou à livrer qui, elle n'a jamais fait l'objet de restrictions sanitaires.

On peut même penser qu'elle a été encouragée notamment par l'arrêté du 15 mars 2020 complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 qui interdisait l'accès du public aux établissements de catégorie N « *restaurants et débits de boissons, sauf pour leurs activités de livraison et de vente à emporter* » et par des dispositions réglementaires postérieures.

S'agissait-il de ceux qui exerçaient déjà de telles activités de livraison et de vente à emporter seulement ou d'une sorte d'invitation générale à tous les restaurateurs et débiteurs de boissons d'exploiter leurs fonds selon cette modalité ?

Toujours est-il que les restaurants étoilés du Guide Michelin ont eux-mêmes décidé de pratiquer la vente à emporter ou à livrer, notamment à Paris : le Gabriel (deux étoiles), le Pavillon Ledoyen (deux étoiles), la Seine (deux étoiles), le Meurice (deux étoiles), la Poule au Pot (une étoile), le Chiberta Guy Savoy (une étoile), le Sergent Recruteur (une étoile), l'Arôme (une étoile) comme d'autres restaurants tout aussi célèbres (Petrossian).

On peut penser par conséquent que les jurisprudences antérieures qui avaient pu décider que la vente à emporter n'était pas incluse dans l'activité de restaurant, salon de thé, pâtisserie (CA Paris, 16ème ch. B, 16 mars 2001, n° 2000/02549, AJDI 2001, p. 879, obs. J.-P. Blatter ; CA Paris, 16ème ch. A, 23 mai 2001, Administrer août/sept. 2003, p. 39) devraient ne plus avoir cours alors surtout que déjà en 2009 la cour d'appel de Paris avait statué en sens contraire (CA Paris, 16ème ch. B, 11 juin 2009, n° 08/13759, AJDI 2009, p. 871, où la cour avait jugé que pour un commerce de restauration rapide, la vente à emporter y était incluse à la différence de la livraison à domicile qui impliquait une organisation spéciale comme la mise en place d'un service de mobylettes). Cette organisation spéciale n'est plus nécessaire aujourd'hui,

compte tenu des plates-formes dont les livreurs viennent prendre livraison chez le restaurateur pour livrer ensuite à la clientèle.

S'il est vrai que la vente à emporter est traditionnellement l'apanage des traiteurs, il y a une différence entre ce que peuvent proposer les traiteurs à leur clientèle et les restaurants.

Les premiers pourront peut-être se plaindre de cette concurrence. Elle ne sera sans doute pas totalement durable et l'on peut penser que dans le « monde d'après », les restaurants qui retrouveront leur clientèle, n'auront plus le temps de préparer, comme aujourd'hui, les ventes à livrer ou à emporter.

Cependant la pandémie aura eu raison en partie du « monde d'avant » en provoquant l'évolution nécessaire de différents usages commerciaux et notamment de celui-ci.

02 / Indices

**Les indices du 4^{ème} trimestre 2020 ont été publiés le 19 mars 2021.
On observe une baisse de l'ILC et de l'ILAT**

Loyers commerciaux :

Indice : 115,79

Variations : Baisse de 0,32 % sur un an

Loyers d'activités tertiaires :

Indice : 114,06

Variations : Baisse de 1,19 % sur un an

Coût de la construction :

Indice : 1 795

Variations : Progression annuelle de 1,47 %