

Le mois de janvier 2023 aura vu une production importante de décisions de la Cour de cassation en matière de bail commercial.

Les unes réitèrent des solutions connues, les autres en revanche apportent des précisions tout à fait intéressantes sur l'application du statut. Nous en présentons certaines ci-après.

---

## 01 / Jurisprudences et commentaires

- **Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 janv. 2023, n° 21-20009, à paraître au bulletin** : le mémoire préalable institué par l'article R. 145-23 du code de commerce n'a d'effet interruptif de prescription que pour la procédure devant le juge des loyers commerciaux et non lorsque la procédure est engagée devant le tribunal judiciaire.

Cet arrêt, publié au bulletin des arrêts de la Cour de cassation, a une portée considérable sur le plan procédural et ne peut être méconnu des praticiens spécialistes de la procédure en cette matière.

La bailleuse de locaux donnés à bail à la société H ET M avait délivré un congé avec offre de renouvellement à effet du 1<sup>er</sup> avril 2014. Elle a notifié le 30 mars 2016, *in extremis*, un mémoire à sa locataire puis l'a assignée le 14 mars 2018 non devant le juge des loyers mais devant le tribunal de grande instance en validité de ce congé avec offre de renouvellement et accessoirement en fixation du loyer.

Certes, on pouvait s'étonner de cette manière de faire puisque la juridiction naturelle, en l'absence de toute autre contestation, était non le tribunal mais le juge des loyers. Il ne résulte pas de l'arrêt de la cour d'appel de Paris (ch. 5-3, 26 mai 2021, n° 18/28001) qu'un litige quelconque ait pu opposer les parties par exemple sur la date d'effet du renouvellement du bail dont on aurait pu penser qu'il aurait justifié la compétence du tribunal plutôt que celle du juge des loyers.

La bailleuse qui avait assigné devant le tribunal de grande instance plus de deux années après la date d'effet du renouvellement du bail offert par le congé, fut déclarée prescrite par le tribunal puis par la cour d'appel au motif que le mémoire, qui n'est pas une demande en justice au sens de l'article 2240 du code civil, n'interrompt la prescription que lorsqu'il est un préalable obligatoire à la saisine du juge des loyers.

C'est l'arrêt qui a été déféré à la Cour de cassation. Le moyen se développait en quatre branches :

- la notification du mémoire doit être regardée comme la formation d'une prétention et a vocation d'être ultérieurement soumise au juge, c'est-à-dire comme l'exercice d'une action en justice,
- l'article 33 du décret du 30 septembre 1953 n'opère pas de distinction, quelle que soit la juridiction ayant vocation à être saisie, le juge des loyers commerciaux ou la juridiction de droit commun,
- la notification du mémoire interrompt la prescription de toute action tendant à la fixation judiciaire du loyer d'un bail commercial renouvelé, que la demande en fixation du loyer soit formée à titre principal ou accessoire,
- l'effet interruptif de prescription du mémoire ne saurait être entravé ou effacé en considération de ce que le régime procédural en vigueur devant la juridiction ultérieurement saisie ne prévoit pas un tel mémoire.

Le pourvoi a été rejeté par la Cour de cassation.

Elle énonce tout d'abord que le mémoire préalable ne constitue pas une demande en justice au sens de l'article 2241 du code civil.

D'ailleurs, si tel avait été le cas, il n'était point besoin que l'article 33 du décret du 30 septembre 1953 vienne préciser qu'il était interruptif de prescription, ce qu'il aurait été tout naturellement (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 janv. 1972, Rev. loyers 1972, p. 224).

Ensuite la Cour de cassation juge que le mémoire n'étant institué que pour la procédure devant le juge des loyers, sa notification n'interrompt la prescription de l'action que lorsque la contestation est portée précisément devant ce juge.

En revanche, lorsque la procédure est portée devant le tribunal judiciaire, c'est la procédure de droit commun devant cette juridiction qui doit être suivie. Ainsi, il a été jugé que la procédure applicable devant le tribunal de grande instance (désormais le tribunal judiciaire) saisi à titre accessoire d'une demande en fixation du prix du bail renouvelé, il ne peut être fait grief à la bailleuse de n'avoir pas déposé le mémoire après expertise devant cette juridiction (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2013, n° 12-14009, AJDI 2013, p. 610, obs. J.-P. Blatter).

En conclusion, la Cour de cassation approuve la cour d'appel de Paris d'avoir exactement énoncé que « *le mémoire préalable n'est pas une demande en justice au sens de l'article 2241 du code civil et que sa notification n'interrompt la prescription que lorsque la contestation est portée devant le juge des loyers commerciaux* ».

C'est la raison pour laquelle il a été écrit :

---

« Lorsque le litige sur la fixation du prix implique nécessairement la résolution d'un conflit préalable que le conseil du demandeur sait ne pas être de la compétence du juge des loyers, il est recommandé de saisir directement le tribunal judiciaire de l'ensemble du litige, en prenant le soin cependant, par prudence, de notifier préalablement à l'assignation devant le tribunal judiciaire, le mémoire prévu par l'article R. 145-24, lequel, avec certitude, interrompt la prescription de l'action en fixation du prix pour le cas où le tribunal judiciaire se déclarerait incompetent..., afin de pouvoir retourner utilement devant le juge des loyers » (en ce sens J.-P. Blatter, *Traité des baux commerciaux*, 7<sup>ème</sup> éd., Le Moniteur 2022, n° 1178).

Chaque procédure comporte donc son régime spécifique : devant le juge des loyers seul le mémoire préalable a effet d'interrompre la prescription ; devant le tribunal judiciaire, ce mémoire est dépourvu de tout effet, seule l'assignation, demande en justice au sens de l'article 2241 du code civil ayant ce pouvoir.

Le praticien des baux commerciaux, comme le voltigeur debout sur deux chevaux, doit savoir pratiquer la poste romaine.

- **Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 janv. 2023, n° 21-21943, à paraître au bulletin** : l'impôt foncier mis à la charge de la locataire par le bail constitue une charge exorbitante justifiant une diminution de la valeur locative souverainement estimée par le juge du fond. La règle de l'étalement des loyers résultant du dernier alinéa de l'article L. 145-34 du code de commerce n'affecte pas la fixation du loyer à la valeur locative ; ce dispositif étant distinct de celui de la fixation du loyer, il n'entre pas dans l'office du juge des loyers commerciaux de statuer sur son application.

Au visa de l'article R. 145-8 du code de commerce, la cour d'appel statuant sur le recours formé à l'encontre d'un jugement du juge des loyers commerciaux fixant le loyer du bail renouvelé a jugé que l'impôt foncier mis à la charge de la locataire par le bail constituait une charge exorbitante justifiant une diminution de la valeur locative.

Le pourvoi reprochait cette solution en soutenant que le transfert à la charge du locataire de l'impôt foncier ne pouvait constituer une charge exorbitante dès lors qu'il s'agissait d'une pratique unanime dans le voisinage et figurait dans tous les baux qui avaient été retenus comme éléments de comparaison par l'expert.

Le pourvoi est rejeté sur ce moyen, la cour d'appel n'étant pas tenue de surcroît de répondre à des conclusions inopérantes.

La Cour de cassation maintient ici une solution constante (Cass. 15 fév. 2018, n° 16-19818 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2019, n° 18-14917).

Cette solution s'applique quand bien même ce transfert correspondrait à l'usage, notamment en certains lieux tels que les centres commerciaux ou à certains locaux, les hôtels par exemple, ou lorsque tous les éléments de comparaison comportent un tel transfert. Dans un arrêt du 30 novembre 2011, la cour d'appel de Paris (ch. 5-3, n° 10/05085) avait jugé qu'un tel usage, à le supposer établi, ne peut contrevenir à une disposition claire de la loi.

Cet arrêt qui fait suite à un autre très récent rendu dans le même sens (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 24 nov. 2021, n° 20-21570, AJDI 2022, p. 124) semble clore le débat, sans même qu'il ait été reproché à la cour d'appel de ne pas s'être interrogée sur l'existence d'une contrepartie.

En revanche, le second moyen a été accueilli en ce qu'il reprochait à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir fixé le loyer du bail renouvelé au 1er octobre 2015 en déterminant le montant du loyer dû par la locataire aux différentes époques du 1er janvier 2015 au 1er janvier 2018 pour tenir compte de l'étalement de loyer prévu au dernier alinéa de l'article L. 145-34 du code de commerce (instauré par la loi du 18 juin 2014). Le moyen reproduisait littéralement l'avis qui avait été rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, le 9 mars 2018 (n° 17-70040, AJDI 2018, p. 603, obs. J.-P. Blatter) qui avait énoncé que : « *le dernier alinéa de l'article L. 145-34 du code de commerce n'instaure, dans les cas qu'il détermine, qu'un étalement de la hausse du loyer qui résulte du déplafonnement, sans affecter la fixation du loyer à la valeur locative.* »

*Ce dispositif étant distinct de celui de la fixation du loyer, il revient aux parties, et non au juge des loyers commerciaux dont la compétence est limitée aux contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, d'établir l'échéancier de l'augmentation progressive du loyer que le bailleur est en droit de percevoir ».*

La Cour de cassation reprend ici les termes de son avis de 2018 en jugeant que le dernier alinéa de l'article L. 145-34 n'instaure qu'un étalement de la hausse du loyer qui résulte du déplafonnement sans affecter la fixation du loyer à la valeur locative, de sorte qu'il n'entre pas dans l'office du juge des loyers de statuer sur son application puisque ce dispositif est distinct de celui de la fixation du loyer.

Or, le président du tribunal judiciaire ne reçoit de l'article R. 145-23 du code de commerce que le pouvoir de fixer le loyer (révisé ou renouvelé) n'étant doté d'aucune autre compétence.

La Cour de cassation rappelle à l'occasion que la cour d'appel saisie de l'appel d'un jugement du juge des loyers ne pouvait statuer que dans la limite des pouvoirs de celui-ci limités à la fixation du loyer.

Faisant application de l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire, elle décide qu'il n'y a pas lieu de renvoyer et statue au fond retranchant de l'arrêt de la cour d'appel les dispositions qui avaient fixé année par année le montant du loyer dû en application de l'article L. 145-34 dernier alinéa du code de commerce.

- **Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 janv. 2023, n° 21-19089** : la privation de la possibilité de poursuivre dans les locaux une activité commerciale jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction, en méconnaissance du droit du locataire au maintien dans les lieux occasionne à ce dernier un préjudice qu'il appartient au juge d'évaluer.

Cet arrêt qui statue dans un sens dans lequel la Cour de cassation s'est déjà prononcée dans d'autres circonstances, met également en évidence les inconvénients, pour ne pas dire les dangers qu'il y a à exécuter une décision d'expulsion rendue par une ordonnance de référé, fût-elle confirmée par la cour d'appel.

Dans cette affaire, l'expulsion de la société locataire exploitant un fonds d'hôtel, bar, restaurant et organisation de réceptions avait été ordonnée et réalisée en vertu d'un arrêt de la cour d'appel rendu en référé confirmant une ordonnance qui constatait la résiliation de deux baux par suite d'acquisition de la clause résolutoire.

Toutefois, cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (3<sup>ème</sup> civ., 30 mars 2017, n° 16-10366) et la cour d'appel de renvoi a infirmé l'ordonnance de référé.

La société locataire a alors assigné la bailleuse en réintégration et en indemnisation des préjudices subis en conséquence de son expulsion. Déclarée en liquidation judiciaire, la procédure a été poursuivie par son mandataire-liquidateur.

Au cours de la procédure, la société propriétaire a vendu l'immeuble faisant l'objet du bail.

La cour d'appel de Paris (ch. 5-3, 16 juin 2021, n° 18/07983) a jugé que la réintégration sollicitée par la locataire étant impossible, la restitution en application de l'article L. 111-11 du code des procédures civiles d'exécution s'effectuera par équivalence, celle-ci correspondant à la perte du fonds de commerce et de restaurant, laquelle doit être appréciée selon les méthodes applicables en matière d'indemnité d'éviction.

Pour déterminer cette indemnité, la cour d'appel a ordonné une expertise mais la locataire expulsée sollicitait également une indemnité au titre de la perte du chiffre d'affaires pour la période postérieure à son expulsion.

La cour d'appel avait jugé que la locataire « *indemnisée de la perte de son fonds de commerce intervenue à la date de son expulsion, ne peut au surplus être indemnisée des gains qu'elle aurait obtenu si elle était restée en possession du fonds. Elle sera en conséquence déboutée de ce chef de demande* ».

Si la Cour de cassation n'a manifestement pas vu que la référence à l'indemnité d'éviction faite par la cour d'appel n'était qu'une analogie, elle vise, non seulement l'article L. 111-10 du code des procédures civiles d'exécution qui dispose que si le titre en vertu duquel l'exécution est poursuivie est ultérieurement modifié, le créancier rétablit le débiteur dans ses droits, en nature ou par équivalent. Elle vise aussi les articles L. 145-14 et L. 145-28 du code de commerce énonçant le droit du locataire au maintien dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction.

Elle conclut, pour casser l'arrêt de la cour d'appel, que la privation de la possibilité de poursuivre dans les locaux une activité commerciale jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction, en méconnaissance du droit du locataire au maintien dans les lieux, occasionne à ce dernier un préjudice qu'il appartient au juge d'évaluer, la cour d'appel ayant violé les textes susvisés. L'arrêt est cassé et l'affaire est renvoyée devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

Cette solution avait déjà été adoptée alors que le locataire s'était trouvé privé de son droit au maintien dans les lieux en application de l'article L. 145-28 du code de commerce, soit à raison du comportement du bailleur, soit à raison d'une décision de justice ayant ordonné son expulsion, ultérieurement infirmée (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 nov. 2020, n° 19-17953 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 juin 2021, n° 19-21132).

Dans ce dernier arrêt, la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait jugé que le préjudice causé au locataire lié à son éviction irrégulière et à l'impossibilité de réintégrer les lieux a d'ores et déjà été réparé par l'indemnité d'éviction correspondant à la valeur du fonds de commerce, l'arrêt étant cassé « *alors que le préjudice né de la perte du droit au maintien dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction est distinct de celui réparé par cette indemnité* ».

La solution est donc constante, qu'il s'agisse à proprement parler de la privation du droit au maintien dans les lieux de l'article L. 145-28 du code de commerce ou de l'impossibilité d'exploiter le fonds de commerce à raison d'une expulsion devenue irrégulière, le locataire devant être indemnisé à la fois de la valeur du fonds de commerce perdu et du manque à gagner jusqu'à la date à laquelle il aurait dû être réintégré.

Cet arrêt donne également l'occasion d'attirer de nouveau l'attention sur le fait que l'exécution des décisions de justice, se fait, comme le rappelle la Cour de cassation aux risques du créancier et que ce risque n'est pas inexistant lorsqu'il s'agit d'exécuter une décision de première instance revêtue de l'exécution provisoire ou un arrêt de cour d'appel statuant sur un appel d'une ordonnance de référé qui n'a donc pas plus que celle-ci autorité de chose jugée.

- **Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 janv. 2023, n° 21-22209** : en l'absence de tout délai ou de toute sanction contractuelle, la notification purement informative au bailleur de la copie de l'acte de sous-location peut être effectuée postérieurement au congé délivré par le bailleur.

Les modalités de calcul de l'indemnité d'éviction lorsqu'elles n'ont pas pour effet de priver le locataire évincé de son indemnisation en cas de non-renouvellement du bail ou de limiter forfaitairement par avance son indemnisation et par conséquent de limiter directement ou indirectement le droit au renouvellement, ne sont pas contraires à l'ordre public.

Le bail dont la société locataire était titulaire l'autorisait à consentir une sous-location à une société de son groupe, le bailleur renonçant à intervenir à l'acte de sous-location, à charge cependant pour le preneur de lui notifier une copie de l'acte de sous-location pour information.

L'information d'une sous-location ainsi consentie n'a été réalisée que postérieurement à la délivrance d'un congé avec refus de renouvellement et offre de paiement d'une indemnité d'éviction. La bailleuse soutenait alors qu'elle était bien fondée à dénier à sa locataire le droit au paiement de l'indemnité d'éviction.

La cour d'appel avait écarté cette argumentation et est approuvée par la Cour de cassation dès lors que la notification d'une copie de l'acte de sous-location étant, en l'absence de tout délai ou sanction, purement informative, il importait peu que la formalité ait été faite postérieurement à la délivrance du congé. La sous-location était ainsi régulière et opposable à la bailleuse en sorte que le congé avait ouvert à la locataire le droit à une indemnité d'éviction.

Cette solution ne se conçoit qu'au regard des dispositions contractuelles particulières et il appartient par conséquent au locataire, usant de la faculté de sous-louer, de se référer aux dispositions contractuelles et de les respecter scrupuleusement, et en l'absence de telles dispositions, de s'en tenir au respect des règles de l'article L. 145-31 du code de commerce.

Le second moyen reprochait à la cour d'appel d'avoir admis, conformément à la disposition contractuelle, que l'indemnité d'éviction sera calculée, notamment en fonction des caractéristiques d'exploitation de la sous-location et qu'elle devrait être d'un montant suffisant pour permettre à la locataire d'indemniser sa sous-location du préjudice subi par elle en raison du non-renouvellement du bail.

Il était soutenu devant la Cour de cassation que la situation du sous-locataire ne saurait être prise en considération pour déterminer le montant de l'indemnité d'éviction due au locataire principal, cette indemnité ne devant réparer que le préjudice qu'il a subi personnellement. C'est effectivement la position de la jurisprudence, en l'absence de dispositions contractuelles (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 octobre 2019, n° 18-19662).

Ce moyen est également rejeté par la Cour de cassation qui énonce que « *les modalités de calcul de l'indemnité d'éviction lorsqu'elles n'ont pas pour effet de priver la locataire évincée de son indemnisation ou de limiter forfaitairement par avance son indemnisation et par voie de conséquence de limiter directement ou indirectement le droit au renouvellement ne sont pas contraires à l'ordre public.*

*Or, la clause précisant les modalités de calcul de l'indemnité d'éviction n'avait pas pour objet de priver la locataire de l'indemnisation de son préjudice et ne venait pas davantage le limiter puisqu'il ne s'agissait pas d'une indemnisation forfaitaire ».*

C'est certainement la première fois que la Cour de cassation se prononce sur cette question approuvant ainsi la doctrine qui a considéré que la clause prévoyant par avance le montant forfaitaire de l'indemnité d'éviction fait obstacle au droit au renouvellement du bail et se trouve contraire à l'ordre public (P. Garbit, Lamy Droit commercial 2021, n° 1407).

Toute clause qui priverait le locataire de l'indemnisation de son préjudice en cas de refus de renouvellement, la limiterait ou l'évaluerait de manière forfaitaire est donc illicite et doit être réputée non écrite.

En revanche, une disposition contractuelle précisant les modalités de calcul de l'indemnité d'éviction qui n'aurait pas ces effets est régulière.