

Cette lettre d'actualité pour le mois de septembre 2023 est particulièrement fournie puisque, d'une part, elle comporte une rubrique législative et réglementaire importante faisant état de la loi du 7 juillet 2023 sur la prorogation des mesures « d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat » et du décret du 29 juillet 2023 concernant l'audience de règlement amiable devant le tribunal judiciaire dont la pratique devra s'emparer.

D'autre part, nous commentons cinq arrêts de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation. Deux concernent la procédure de fixation du loyer ; celui du 29 juin exclut les locaux à usage industriel du bénéfice du droit de préférence.

Enfin, deux arrêts du 6 juillet concernent, l'un les conséquences de la pandémie de Covid-19 sur le paiement des loyers et des locaux commerciaux, l'autre le transfert par le bail des travaux de mise en conformité ERP à la charge du preneur.

01 / Législation

Loi n° 2023-568 du 7 juillet 2023

Compte-tenu de l'inflation persistante, le législateur a prorogé le dispositif qui avait été adopté par la loi du 16 août 2022, portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat (n° 2022-1158), dont l'article 14 disposait que :

« La variation annuelle de l'indice des loyers commerciaux, publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques, prise en compte pour la révision du loyer applicable aux petites et moyennes entreprises ne peut excéder 3,5 % pour les trimestres compris entre le deuxième trimestre 2022 et le premier trimestre 2023 ».

La loi n° 2023-568 du 7 juillet 2023 « maintenant provisoirement un dispositif de plafonnement de revalorisation de la variation annuelle des indices locatifs » proroge jusqu'au premier trimestre 2024 les effets de ce « plafonnement ».

Il n'a été apporté aucune autre modification au texte, de telle sorte que les interrogations qui avaient été formulées lors de la publication de la loi en 2022 demeurent entières, notamment en ce qui concerne le champ d'application du texte, la question ayant été posée et non résolue par les tribunaux de savoir s'il ne s'applique qu'au jeu des clauses d'indexation, comme une certaine partie de la doctrine l'a considéré ou si ce texte est d'application générale qui concernerait tant le jeu des clauses d'indexation que les révisions triennales (en ce sens la FAQ du ministère de l'économie), voire les renouvellements plafonnés qui interviendraient pendant la période protégée du deuxième trimestre 2022 au premier trimestre 2024, c'est-à-dire au 31 mars 2024 (voir sur la loi de 2022 : J.-P. Blatter, AJDI 2022, p. 593 : incidence de la loi pour la protection du pouvoir d'achat sur certains loyers commerciaux).

On doit signaler également la publication du décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 « portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire ».

Ce texte, qui entrera en vigueur le 1^{er} novembre 2023, crée, dans la procédure civile devant le tribunal judiciaire (procédure ordinaire et procédure de référé), la possibilité pour le juge, à la demande de l'une des parties, ou d'office après avoir recueilli leur avis, de renvoyer à une audience de règlement amiable, laquelle est tenue par un juge qui ne siège pas dans la formation de jugement.

L'article 774-2 nouveau du code de procédure civile énonce qu'elle pour finalité la résolution amiable du différend entre les parties, par la confrontation équilibrée de leurs points de vue, l'évaluation de leurs besoins, positions et intérêts respectifs, ainsi que la compréhension des principes juridiques applicables au litige.

L'évaluation des besoins, des positions et intérêts respectifs constitue le principe même du mécanisme de la médiation, la compréhension des principes juridiques applicables au litige lui étant en revanche étrangère dès lors que la médiation n'a pas nécessairement pour objet de régler le litige par des principes juridiques, généralement bien au contraire.

Néanmoins, cette audience de règlement amiable (qui n'est pas nécessairement unique, malgré sa dénomination) emprunte beaucoup de ses traits à la médiation, notamment par la comparution personnelle des parties, assistées de leur avocat lorsque la représentation est obligatoire, par le caractère confidentiel des opérations et la possibilité d'y mettre fin à tout moment.

A la différence de la médiation, cette procédure est gratuite.

Ce même décret crée également un mécanisme nouveau dénommé « la césure du procès » permettant à tout moment, au cours de l'instruction du dossier par le juge de la mise en état, à l'ensemble des parties constituées de demander à ce magistrat la clôture partielle de l'instruction en vertu d'un acte contresigné par les avocats qui mentionne les prétentions à l'égard desquelles les parties sollicitent un jugement partiel.

Cette faculté n'est possible que dans le cadre de la procédure ordinaire devant le tribunal judiciaire puisqu'elle implique que le juge de la mise en état rende une ordonnance de clôture partielle de l'instruction.

A la différence toutefois des autres décisions de première instance qui sont de droit exécutoires à titre provisoire, le jugement partiel ne l'est pas et son exécution provisoire peut être ordonnée dans les conditions prévues aux articles 515 à 517-4 du code de procédure civile (on prendra connaissance avec intérêt de l'étude dénommée « *Les modes amiables de résolution des différends* » : Gaz. Pal., 25 juill. 2023, p. 61).

Cette « césure » du procès est a priori conçue pour permettre précisément la mise en œuvre de l'audience de règlement amiable sur les questions restant à résoudre.

02/ Jurisprudences et commentaires

- **Cass. 3^{ème} civ., 6 juillet 2023 n° 22-16465** : la procédure applicable devant le tribunal judiciaire, saisi à titre accessoire d'une demande en fixation du prix du bail, étant la procédure en matière contentieuse applicable devant cette juridiction, il ne peut être soutenu qu'elle aurait été irrégulière au motif qu'un mémoire préalable n'aurait pas été notifié.

Faisant grief à ses locataires de pratiquer des sous-locations irrégulières, la bailleresse les a assignés devant le tribunal judiciaire en résolution du bail et en augmentation rétroactive du loyer à raison de ces sous-locations sur le fondement de l'article L. 145-31, 3^{ème} alinéa du code de commerce, qui dispose que :

« Lorsque le loyer de la sous-location est supérieur au prix de la location principale, le propriétaire a la faculté d'exiger une augmentation correspondante du loyer de la location principale, augmentation qui, à défaut d'accord entre les parties, est déterminée selon une procédure fixée par décret en Conseil d'Etat, en application des dispositions de l'article L. 145-56 ». Cette procédure est celle qui est menée sur mémoire, devant le président du tribunal judiciaire, dénommé dans la pratique le « juge des loyers ».

La cour d'appel de Basse-Terre (29 novembre 2021, n° 19/00418), indépendamment du fait qu'elle avait infirmé le jugement qui avait prononcé la résiliation du bail, avait rejeté, en se référant au seul article L. 145-31 du code de commerce, la demande en augmentation du loyer de la bailleresse au motif que « à peine d'irrecevabilité, le président ne peut être saisi avant l'expiration d'un délai d'un mois suivant la réception par son destinataire du premier mémoire établi » et que « il est incontestable que cette procédure n'a pas été respectée », ce qui, effectivement, était incontestable.

Le pourvoi en cassation de la bailleresse reprochait à la cour d'appel d'avoir violé l'article R. 145-23 du code de commerce et notamment son deuxième alinéa.

En effet, s'il est vrai que selon le premier alinéa de cet article :

« Les contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé sont portées, quel que soit le montant du loyer, devant le président du tribunal judiciaire ou le juge qui le remplace. Il est statué sur mémoire »,

en revanche, le deuxième alinéa dispose que :

« Les autres contestations sont portées devant le tribunal judiciaire qui peut, accessoirement, se prononcer sur les demandes mentionnées à l'alinéa précédent ».

Certes, la bailleuse aurait pu, sur le seul fondement de l'article L.145 -31, agir devant le juge des loyers pour faire fixer le prix du bail (on appréciera la formule simplifiée retenue par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation selon laquelle « *les contestations relatives à la fixation du prix du bail sont portées, quelque soit le montant du loyer, devant le président du tribunal judiciaire ou le juge qui le remplace...* »).

Dans cette hypothèse d'une action tendant exclusivement à la fixation du prix du bail, la bailleuse aurait dû en effet respecter scrupuleusement les exigences de ce texte et son action aurait été irrecevable faute d'avoir été précédée du mémoire.

En revanche, dès lors qu'elle agissait devant le tribunal judiciaire sur le fondement d'une « *autre contestation* », elle avait possibilité de demander au tribunal de se prononcer accessoirement sur la fixation du loyer, la procédure devant cette juridiction étant alors la procédure de droit commun applicable en matière contentieuse, sans qu'il puisse lui être reproché de n'avoir pas notifié un mémoire dont on sait d'ailleurs que devant le tribunal judiciaire un tel mémoire aurait été inefficace pour interrompre le délai de prescription de l'action (Cass. 3^{ème} civ., 25 janv. 2023, n° 21-20009, AJDI 2023, p. 343, obs. J.-P. Blatter). La cassation était donc inévitable.

La solution ainsi adoptée par la 3^{ème} chambre civile n'est pas nouvelle (Cass. 3^{ème} civ., 27 nov. 2002, n° 01-12775, AJDI 2003, p. 190, obs. J.-P. Blatter).

- **Cass. 3^{ème} civ., 6 juillet 2023 n° 22-15901 : la disposition du bail selon laquelle la locataire s'était engagée à se conformer à tous textes en vigueur ou à venir concernant les règles relatives aux établissements recevant du public et à supporter le coût de la mise en conformité du local avec les textes susvisés, ainsi que tous travaux, modifications ou aménagements ordonnés par les autorités administratives, met à la charge du preneur l'obligation d'entreprendre dans les locaux loués les travaux portant sur un établissement recevant du public, tenant notamment à l'insuffisance de largeur des vantaux de la porte d'entrée.**

L'arrêt du 6 juillet 2023, quoique non publié au Bulletin, compte tenu de la constance de la jurisprudence, mérite néanmoins d'être signalé comme illustrant de manière très claire la position de la Cour de cassation quant aux clauses de transfert du bailleur au locataire des travaux incombant au premier, dès lors qu'ils ne portent pas sur ceux visés à l'article 606 du code civil (pour les baux conclus ou renouvelés depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014).

En l'espèce un arrêté municipal avait refusé au preneur l'autorisation d'entreprendre dans les locaux loués les travaux portant sur un établissement recevant du public au motif de l'insuffisance de largeur des vantaux de la porte d'entrée.

La locataire a alors assigné la bailleuse en invoquant un manquement à son obligation de délivrance. La cour d'appel de Paris a retenu pour caractériser un manquement de la bailleuse à cette obligation, que les stipulations du bail « *qui mettaient expressément à la charge du preneur les travaux de mise en conformité du local loué à la réglementation des établissements recevant du public, ne permettaient pas à la bailleuse de déroger à son obligation de délivrance d'un bien permettant de recevoir du public conformément à sa destination contractuelle* ».

La cassation qui était sollicitée sur le fondement des articles 1103 et 1719 du code civil apparaissait certaine eu égard à la clarté et la précision de la clause contractuelle transférant au locataire les travaux de mise en conformité et alors qu'il n'était pas prétendu par la locataire qu'il s'agissait de travaux de la nature de ceux prévus à l'article 606 du code civil.

La cassation est intervenue, pour violation de la loi, au motif que la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations.

La solution est loin d'être nouvelle et a été adoptée maintes fois par la Cour de cassation dès lors que la clause de transfert est expresse, claire et précise comme en l'espèce, la Cour de cassation n'entendant pas admettre comme régulières des clauses générales telles que celles selon lesquelles le locataire prend les locaux en l'état sans pouvoir réclamer aucun travaux aux bailleurs (voir pour des clauses précises de transfert : Cass. 3^{ème} civ., 6 mars 2012, n° 11-14156 ; Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} févr. 2012, n° 10-28558 ; Cass. 3^{ème} civ., 27 janv. 2017, n° 14-29315 ; Cass. 3^{ème} civ., 29 juin 2022, n° 21-14482 ; Cass. 3^{ème} civ., 28 sept. 2022, n° 21-20879).

La validité de la clause de transfert sera donc mesurée à l'aune de la rédaction du bail.

- [Cass. 3^{ème} civ., 6 juillet 2023 n° 22-22052 : les mesures de police administrative relatives à la sortie des personnes et à leur circulation, prises en application de dispositions autres que celles de la loi du 14 novembre 2020 n'interdisent pas la mise en œuvre de mesures conservatoires par les bailleurs pour le paiement des loyers.](#)

Cet arrêt, également publié au Bulletin (Bull. civ. 2023, n° 7, p. 45) continue de constituer la construction de la jurisprudence de la Cour de cassation, s'agissant du paiement des loyers des locaux commerciaux dont l'activité a été affectée par les mesures gouvernementales prises pour lutter contre la propagation du virus Covid 19.

On le sait, la Cour de cassation a écarté les différents moyens qui étaient développés par les locataires pour s'exonérer du paiement des loyers, qu'il s'agisse de l'exception d'inexécution, de la perte de la chose ou de la force majeure (Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 2022, n° 21-20190, Bull. civ. 2022, n° 6, p. 106, AJDI 2022, p. 605, obs. J.-P. Blatter ; Cass. 3^{ème} civ. 15 juin 2023, n° 21-10119, Bull. civ. 2023, n° 6, p. 168).

Dans la présente espèce, la bailleuse a fait procéder à une saisie-conservatoire sur le compte bancaire de la locataire en garantie du paiement de sa créance de loyer correspondant aux deux premiers trimestres de l'année 2021.

La locataire ayant assigné la bailleresse en annulation ou mainlevée de cette saisie, la cour d'appel de Paris (23 juin 2022) a refusé d'annuler ou de donner mainlevée de cette saisie.

La locataire soutenait que l'article 14 de la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020, autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, interdisait toute action, sanction ou voie d'exécution forcée à l'encontre des personnes physiques ou morales de droit privé, exerçant une activité économique affectée par une mesure de police administrative pour retard ou non-paiement des loyers ou charges locatives afférents aux locaux professionnels ou commerciaux où leur activité est ou était ainsi affectée, de même que les sûretés réelles et personnelles garantissant le paiement des loyers et charges locatives concernés ne peuvent être mises en œuvre et le bailleur ne peut pas pratiquer de mesures conservatoires.

Pour revendiquer le bénéfice de ces dispositions, la locataire soutenait qu'à partir du mois d'avril 2021 les dispositions qui étaient déjà applicables dans dix-neuf départements reconfinés depuis le 19 mars 2021 ont été étendues à tout le territoire pour une durée de quatre semaines, à savoir un couvre-feu de 19 heures à 6 heures et surtout l'interdiction des déplacements inter-régionaux à partir du 5 avril 2021, sauf pour motif impérieux.

Ces déplacements étant restreints, cela a nécessairement eu pour effet une baisse de fréquentation de l'hôtel exploité par la société locataire, de sorte que l'article 14 de la loi était applicable.

Or, la cour d'appel avait jugé que « *les conditions d'accès au public à l'hôtel exploité* » par la locataire n'étaient pas modifiées pour autant par les diverses mesures prises par le gouvernement. La réponse de la Cour de cassation (point 8) est sibylline, telle que rédigée de la manière suivante :

« *Les mesures de police administrative relatives à la sortie des personnes de leur domicile et à leur circulation, prises en application de dispositions autres que celle susvisée (article 14 de la loi du 14 novembre 2020, renvoyant elle-même à la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020, ou à l'article L. 3131-15 du code de la santé publique) quand bien même elles affecteraient l'activité économique des locataires, n'interdisent pas la mise en œuvre de mesures conservatoires par les bailleurs* ».

Il faut en effet se référer d'abord à l'article 14 de la loi du 14 novembre 2020 qui concerne les personnes dont l'activité économique est affectée par une mesure prise en application des 2° ou 3° du I de l'article 1^{er} de la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020, ou du 5° du I de l'article 1331-15 du code de la santé publique ou de l'article L. 3131-17 du même code (l'article L. 3131-15 est devenu l'article L. 3131-12 par l'effet de la loi n° 2022-1089 du 30 juillet 2022 et l'article L. 3131-17 est devenu l'article L. 3131-13).

Or, la loi du 14 novembre 2020 faisait référence au locataire exerçant une activité économique affectée par une mesure de police administrative prise en application des 2° ou 3° du I de l'article 1^{er} de la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020.

Le 2° du I de l'article 1^{er} de cette loi permettait au premier ministre, par décret, de

- réglementer l'ouverture au public d'une ou de plusieurs catégories d'établissements recevant du public

Le 3°

- lui permettait de réglementer les rassemblements de personnes.

Or, la mesure de confinement décidée à cette époque l'a été par le décret n° 2021-384 du 2 avril 2021 réglementait en son article 2, par modification du décret du 29 octobre 2020, le déplacement des personnes.

Il ne concernait en rien la fermeture provisoire et la réglementation de l'ouverture des établissements recevant du public, puisqu'il ne visait que la circulation des personnes.

Les dispositions de l'article 14 de la loi du 14 novembre 2020 n'étaient donc pas applicable puisque les conditions n'en n'étaient pas réunies et le décret du 2 avril 2021 n'interdisait pas la mise en œuvre de mesures conservatoires par les bailleurs.

- **Cass. 3^{ème} civ., 29 juin 2023 n° 22-16034 à paraître au bulletin : les locaux à usage industriel sont exclus du champ d'application de l'article L. 145-46-1 du code de commerce. « Doit être considéré comme usage industriel un local principalement affecté à l'exercice d'une activité qui concourt directement à la fabrication ou la transformation de biens corporels mobiliers et pour laquelle le rôle des installations techniques, matériels et outillages mis en œuvre est prépondérant ».**

La question résolue par la Cour de cassation dans l'arrêt commenté était de savoir si l'article L. 145-46-1 du code de commerce organisant le droit de préférence du locataire lorsque le propriétaire envisage la vente de son local s'applique aux locaux industriels et quelle est la définition de ces locaux.

Le projet de loi n° 1338, déposé le 21 août 2013 sur le bureau de l'Assemblée Nationale, qui avait abouti à l'adoption du texte de la loi du 18 juin 2014 comportait un article 6 créant l'article L. 145-46-1 du code de commerce et prévoyant que :

« Lorsque le bailleur d'un local à usage commercial, industriel ou artisanal envisage de vendre les locaux loués, il en informe le locataire... ».

A la suite d'un amendement présenté par monsieur VERDIER, député, devant la commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale (amendement CE 173), l'adjectif « industriel » a été supprimé et le texte a été ainsi adopté avec cette suppression sans que, ni lors des débats au sein de la commission ou au sein des assemblées la question ait été de nouveau évoquée.

Aussi, le texte de l'article L. 145-46-1 du code de commerce est-il ainsi rédigé :

« Lorsque le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal envisage de vendre celui-ci, il en informe le locataire... ».

En l'espèce, des bailleurs ayant vendu à un tiers les locaux donnés à bail à une société dénommée SEAC (produisant notamment des pièces de charpente en béton), celle-ci a assigné les bailleurs et l'acquéreur en annulation de la vente desdits locaux au motif qu'il aurait été porté atteinte à son droit de préférence prévu par l'article L. 145-46-1 du code de commerce.

La cour d'appel d'Orléans (10 mars 2022, n° 20/01235) l'a déboutée de son action au motif que, d'une part, l'article L. 145-46-1 ne s'applique qu'aux locaux à usage commercial ou artisanal, sans ajouter les termes « ou industriel » et que, d'autre part, l'activité de la société SEAC selon les termes mêmes de son bail, est une activité industrielle.

Ayant formé un pourvoi en cassation, la société SEAC avait présenté tout d'abord une question prioritaire de constitutionnalité qui était la suivante :

« L'article L. 145-46-1 du code de commerce, qui limite le droit de propriété du bailleur en instaurant un droit de préemption au profit des locataires commerciaux qui font du bien loué un usage commercial ou artisanal, porte-t-il atteinte à l'article 34 de la Constitution et aux objectifs à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découlent des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en ce que, en l'absence de toute définition du local à usage industriel non couvert par le droit de préférence et de l'usage artisanal ou commercial visé par ce texte, il ne permet pas de déterminer, de façon claire et précise, les locaux qui se trouvent exclus de son champ d'application ? »

Cette QPC a été déclarée irrecevable par un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 17 novembre 2022 (n° 22-16034).

C'est donc dans ces conditions que la troisième chambre civile a pu se prononcer sur le pourvoi dont elle était saisie.

Tout d'abord la Cour de cassation procède à la comparaison des articles L. 145-1 et L. 145-46-1 du code de commerce pour constater que le premier vise les locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne, soit à un commerçant ou à un industriel immatriculé au registre du commerce et des sociétés, soit à un chef d'une entreprise du secteur des métiers et de l'artisanat immatriculé au répertoire des métiers, accomplissant ou non des actes de commerce alors que le second, l'article L. 145-46-1 du même code dispose que *« lorsque le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal envisage de vendre celui-ci, il en informe le locataire... ».*

La Cour de cassation en conclut par conséquent que les locaux à usage industriel se trouvent donc exclus du champ d'application de ce texte, pour n'y être pas visés, la question restant néanmoins posée de la définition des locaux à usage industriel. Cependant au sens de l'article L. 110-1 du code de commerce, *« 1° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les*

avoir travaillé et mis en œuvre » est bien un acte de commerce et les locaux industriels, s'ils sont exclus du domaine de l'article L. 145-46-1, ne le sont pas des autres dispositions du statut des baux commerciaux comme étant visés par l'article L. 145-1 du code de commerce. Il s'agit donc d'une exception à la généralité de l'application du statut, comme il en existe d'autres.

Dans le cadre d'une motivation particulièrement développée, la Cour de cassation relève que « *ni le libellé de l'article L. 145-46-1, ni aucune autre disposition du code de commerce ne permettant de donner un sens certain à la notion de local industriel, il convient de rechercher l'intention du législateur* ».

La troisième chambre civile observe que Cour de cassation n'a pas encore rendu de décision relative à la définition d'un tel local.

La cour d'appel d'Orléans s'était, quant à elle, référée à la définition du dictionnaire Larousse du mot « industrie » : « *ensemble des activités économiques qui produisent des biens matériels par la transformation et la mise en œuvre de matières premières* » et relevant que la destination du bail était celle de « *entreprise générale de bâtiment et travaux publics et fabrication d'agglomérés* », cette destination étant complétée par l'objet de la société tel qu'il figure au registre du commerce et des sociétés comme étant « *la préfabrication de tous éléments de construction à base de terre cuite, planchers et murs et autres* » et « *la fabrication de hourdis, blocs et pavés béton* » elle a conclu que cette activité correspond à la définition de l'activité industrielle.

La Cour de cassation a, au contraire, retenu une définition donnée par la jurisprudence administrative (CE, 28 fév. 2007, n° 283441) décidant que « *ont un caractère industriel les entreprises exerçant une activité qui concourt directement à la fabrication ou la transformation de biens corporels mobiliers et pour laquelle le rôle, les installations techniques, matériels et outillage mis en œuvre est prépondérant* ».

Elle a considéré que cette définition donnée en matière fiscale était néanmoins opérante au regard de l'article L. 145-46-1 pour délimiter la portée de l'exclusion des locaux à usage industriel du droit de préférence et a décidé de l'adopter.

Elle a par conséquent dit pour droit que, au sens de l'article L. 145-46-1, doit être considéré comme à usage industriel tout local principalement affecté à l'exercice d'une activité qui concourt directement à la fabrication ou à la transformation de biens corporels, mobiliers, et pour laquelle le rôle des installations techniques, matériels et outillages mis en œuvre est prépondérant.

Dès lors que la locataire n'invoquait aucun usage artisanal des locaux loués et que l'activité de négoce également exercée sur le site n'était qu'accessoire, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir pu en déduire que le local donné à bail n'était pas à usage commercial ou artisanal au sens de l'article L. 145-46-1 du code de commerce. Dès lors le droit de préférence n'était pas applicable.

Il reste que le caractère prépondérant du rôle des installations techniques, matériels et outillages mis en œuvre sera toujours difficile à définir, la prépondérance n'étant quantifiée par aucune norme. Le seuil de la prépondérance devra-t-il être fixé au-delà de la moitié du tout ?

- **Cass. 3^{ème} civ., 25 mai 2023 n° 21-25309** : lorsque, dans le cadre d'une procédure de fixation de loyer la cour d'appel ordonne une expertise, la procédure devant cette juridiction doit se poursuivre sur mémoires après le dépôt du rapport et non sur conclusions. Echangés après l'ordonnance de clôture, les mémoires sont irrecevables et ne permettent pas la régularisation de la procédure. L'extinction de la procédure en fixation du loyer est alors définitive.

L'arrêt du 25 mai 2023 donne l'occasion de revenir sur cette particularité procédurale de l'exigence des mémoires devant la cour d'appel lorsqu'une expertise a été ordonnée par cette juridiction.

En effet, selon l'article R. 145-33 du code de commerce, le dernier des articles concernant l'expertise : « *En cas d'appel, les dispositions des articles R. 145-31 et R. 145-32 sont applicables* ».

Or, aux termes de l'article R. 145-31 :

« *Dès le dépôt du constat ou du rapport, le greffe avise les parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de la date à laquelle l'affaire sera reprise et de celle à laquelle les mémoires faits après l'exécution de la mesure d'instruction devront être échangés* ».

Cela signifie par conséquent que tant devant le juge des loyers que devant la cour d'appel, mais seulement lorsque l'expertise a été ordonnée par la cour (ordonnance MEE, CA Douai. 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 8 janv. 2014, n° 13/02029), cette exigence de la production de mémoires s'impose.

Certes, le processus est étrange puisque la procédure devant la cour aura été menée, conformément aux dispositions de l'article 906 du code de procédure civile, sur conclusions, jusqu'à ce qu'intervienne une ordonnance du conseiller de la mise en état ou un arrêt de la cour d'appel ordonnant expertise, mais la procédure qui s'en suivra, après le dépôt du rapport, sera une procédure sur mémoires et non sur conclusions, lesquelles sont irrecevables.

C'est précisément l'objet de l'arrêt du 25 mai 2023 que de rappeler cette exigence.

Un arrêt de la cour d'appel de Basse Terre, rendu le 11 mars 2019 avait décidé de surseoir à statuer sur le montant du loyer du bail renouvelé et, avant dire droit, avait ordonné une expertise.

Ultérieurement, et après le prononcé de l'ordonnance de clôture, la cour a ordonné la réouverture des débats, « *à charge pour les parties de justifier de l'échange de mémoires après expertise et de conclure sur la nullité des conclusions échangées après la réalisation de la mesure d'instruction* », puisque, effectivement il apparaît qu'après dépôt du rapport les parties ont échangé des conclusions et non des mémoires.

Enfin, l'arrêt de la même cour d'appel du 13 septembre 2021, faisant l'objet du pourvoi de la bailleresse, a constaté que les mémoires des parties ont été échangés postérieurement à l'ordonnance de clôture qui n'a jamais été révoquée, nonobstant la réouverture des débats.

La cour d'appel a en conséquence décidé que ces mémoires étaient manifestement irrecevables et que l'instance était définitivement éteinte.

Abstraction faite de la bizarrerie de la motivation de la cour d'appel de Basse Terre qui a considéré que la réouverture des débats ordonnée « *à charge pour les parties de justifier de l'échange de mémoires après expertise* », et de « *conclure sur la question de la nullité des conclusions échangées après la réalisation de cette mesure d'instruction*, » qui faisait précisément l'objet de la troisième branche du moyen de cassation et que la troisième chambre n'a pas entendu, selon lequel cette réouverture des débats entraînait nécessairement la révocation d'office de l'ordonnance de clôture, on retiendra qu'il résulte bien de l'arrêt de la Cour de cassation que lorsque l'expertise est ordonnée à hauteur d'appel, la procédure subséquente à l'expertise est nécessairement une procédure sur mémoires et non sur conclusions, lesquelles sont nulles.

La jurisprudence est désormais constante à ce sujet (Cass. 3^{ème} civ., 17 septembre 2008, n° 07-16973, Bull. civ. III, n° 134 ; Cass. 3^{ème} civ., 24 septembre 2014, n° 13-17478, Bull. civ. III, n° 112 ; Cass. 3^{ème} civ., 24 mars 2015, n° 14-10444) ; la régularisation de la procédure étant toutefois possible jusqu'au prononcé de l'ordonnance de clôture.