Cette lettre d'information de mai 2018 rédigée par Jean-Pierre Blatter, Jean-Luc Seynaeve, Philippe Chatellard, Winifred Blatter Hodara et Samuel Guillaume, avocats associés, vous signale les informations apparues importantes au cours du mois écoulé.

01/ Actualité : sur la ratification de l'ordonnance du 10 Février 2016

L'ordonnance du 10 février 2016 a été ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 (JO 21 avril 2018).

Si l'article 1er énonce que l'ordonnance du 10 février 2016 est ratifiée, les articles 2 à 15 apportent un certain nombre de modifications au texte de l'ordonnance.

Nous signalons ci-après les dispositions qui nous paraissent les plus importantes et concernent notre pratique.

On observera tout d'abord que la définition des contrats d'adhésion a été modifiée puisque l'article 1110, qui énonçait que le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées, a été modifié en son premier alinéa pour le définir de la manière suivante :

« Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties ».

Quant au contrat d'adhésion défini initialement comme celui dont les conditions générales étaient soustraites à la négociation et étaient déterminées à l'avance par l'une des parties, il est désormais défini comme étant celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties.

On mesure la portée de cette modification du vocabulaire.

L'article 1137 est complété pour énoncer que ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son co-contractant son estimation de la valeur de la prestation.

S'agissant de l'article 1165, la seconde phrase qui prévoyait qu'en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts, est supprimée et il est ajouté un alinéa rédigé de la manière suivante :

« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat ».

L'article 1171 relatif aux clauses créant un déséquilibre significatif, qui ne concerne que les contrats d'adhésion, a été modifié pour ne viser que les clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties ce qui constitue le corolaire de la modification opérée à l'article 1110.

L'article 1223, qui concerne l'exécution imparfaite du contrat, et qui permet à tout créancier d'accepter une exécution imparfaite, a été réécrit dans un souci de précision, pour être rédigé désormais dans les termes suivants :

« En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure, et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au bailleur sa décision de réduire de manière proportionnelle le prix.

L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.

Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction du prix ».

L'article 1327 relatif à la cession de dette a été complété pour prévoir que cette cession doit être constatée par écrit à peine de nullité.

Un certain nombre d'articles ne seront applicables qu'à compter du 1er octobre 2018 et les modifications apportées à d'autres sont interprétatives, ce qui signifie qu'elles s'appliquent rétroactivement depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016.

Quant à l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016 qui énonçait que ses dispositions entreraient en vigueur le 1er octobre 2016 et que selon son deuxième alinéa les contrats conclus avant cette date demeureraient soumis à la loi ancienne, il est précisément complété en ce qui concerne ces contrats, puisque la loi dispose qu'ils demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public.

On verra sans doute dans cette disposition, comme une forme de réprobation de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a pu précisément décider qu'un texte nouveau, qui est qualifié d'ordre public, était applicable aux contrats en cours (Cass. 3ème civ., 9 fév. 2017, n° 16-10350).

Jean-Pierre Blatter

02/ Jurisprudence et commentaires

- **Cass. 3ème civ., 12 avril 2018 n° 16-26514 : Sur les intérêts dus sur la différence entre le loyer du bail renouvelé et le loyer payé depuis le renouvellement. Ils courent en l'absence de convention contraire à compter de la délivrance de l'assignation en fixation du prix.**

C'est parce que la troisième chambre de la Cour de cassation a décidé de publier son arrêt au bulletin des arrêts alors qu'il correspond à une jurisprudence désormais constante, qu'il mérite d'être signalé.

En effet, la Cour de cassation rappelle la règle qu'elle a fixée précédemment selon laquelle les intérêts sur les loyers arriérés, à l'occasion du renouvellement du bail (ou de la révision) courent à compter de la délivrance de l'assignation en fixation du prix.

Le fondement en était l'article 1155 ancien du code civil.

C'est désormais l'article 1231-6 de ce code.

C'est par son arrêt du 3 octobre 2012 (n°11-17177, Bull. civ. III, n° 136) que la Cour de cassation a fixé la règle en énonçant que les intérêts couraient à compter de la demande en fixation du nouveau loyer par le seul effet de la loi.

Il restait encore à préciser comment devait être entendue la demande en fixation du nouveau loyer. S'agissait-il du mémoire ou de l'assignation ?

La Cour de cassation a précisé sa pensée par un arrêt du 18 juin 2014 (Cass. 3ème civ., n° 13-14715, Bull. civ. III, n° 86, AJDI 2014, p. 868, obs. J.-P. Blatter). Elle a fixé la demande en fixation du nouveau loyer à la date de délivrance de l'assignation introductive d'instance lorsque le bailleur est à l'origine de la procédure et à compter de la notification du premier mémoire en défense lorsque c'est le preneur qui a saisi le juge.

L'arrêt du 12 avril 2018 précise donc avec force le point de départ des intérêts sur les arriérés.

Jean-Pierre Blatter

- **Cass. 3ème civ., 12 avril 2018 n° 17-14031 : Sur la rigueur de l'article L. 145-38 du code de commerce**

Il y a encore beaucoup de pédagogie à faire en matière de révision légale, sujet sur lequel les confusions sont fréquentes.

En effet, et alors que le bail rappelait expressément les dispositions des articles L. 145-37 et L.145-38 relatifs à la révision légale, qui ne peut intervenir qu'au moins trois ans après chaque fixation de loyer, les bailleurs avaient écrit, moins de trois ans après la précédente révision à leur locataire, pour leur indiquer le montant du loyer résultant « d'une augmentation d'ores et déjà acquise et du recouvrement forcé des sommes dues en l'absence de paiement sous quarante-huit heures ».

Après s'être acquittés pendant un temps des sommes ainsi réclamées, les preneurs ont agi en remboursement du trop-perçu et ont été déboutés par la cour d'appel au motif qu'ils auraient implicitement renoncé, en pleine connaissance de cause, à faire valoir quelque contestation que ce soit.

La cassation intervient puisque la haute juridiction relève que la SCI bailleresse informait les preneurs d'une augmentation du loyer d'ores et déjà acquise, comme s'il s'agissait d'une clause d'indexation automatique ne nécessitant nullement leur accord, ce qui ne pouvait être exact.

La distinction doit donc toujours être soigneusement faite entre la révision légale qui exige de respecter le processus exigeant des articles L. 145-37, L. 145-38 et R. 145-20 qui nécessite d'abord que, postérieurement à l'expiration du délai de trois ans, soit formulée une demande de révision, laquelle implique qu'elle soit suivie, soit d'un accord du locataire, soit d'une procédure, aucune modification du loyer ne pouvant intervenir automatiquement et de plein droit.

Jean-Pierre Blatter

- **Cass. 3ème civ., 5 avril 2018 n° 17-10466 : Qui ne justifie pas d'une clientèle propre n'a pas de fonds de commerce.**

En 2011, l'exploitant de l'activité de location de petits bateaux dans le bassin du jardin Luxembourg décide de cesser son activité, qu'il exerce depuis 2002. Il informe le Sénat de sa décision de vendre son matériel à un repreneur. Autorisé par le Sénat à succéder à l'exploitant, le repreneur refuse de payer à ce dernier, en plus du prix des quarante-six voiliers et de leur charrette de transport, un prix au titre d'une cession de fonds de commerce ou d'un droit de présentation. Les juges du fond donnent raison au repreneur, estimant que l'exploitant ne lui a pas vendu de fonds de commerce ni n'a usé d'un droit de présentation à son profit.

Pour approuver les juges du fond d'avoir débouté l'exploitant de sa demande de paiement d'un prix de cession de fonds de commerce, la Cour de cassation retient que les juges « ayant retenu souverainement que [l'exploitant] ne justifiait pas d'une clientèle propre [en ont] exactement déduit que [cet exploitant] n'était pas titulaire d'un fonds de commerce ». Bien qu'elle aurait pu s'en tenir à se référer au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond sur ce point, la Cour de cassation, peut-être par souci de pédagogie, prend soin de préciser que l'absence de clientèle propre résultait de ce que « soumis au règlement intérieur du jardin du Luxembourg, [l'exploitant] ne pouvait exercer son activité que pendant les horaires d'ouverture du jardin et s'en trouvait privé en cas de fermeture, que ses clients ne constituaient pas une clientèle autonome indépendante de la situation de son exploitation, qu'il bénéficiait de l'attractivité exercée par le site du jardin et ne démontrait aucune fidélisation de clients qui résulterait de ses qualités de commerçant et que, de surcroît, la questure du Sénat fixait les prix de location des bateaux, privant ainsi l'exploitant de son autonomie ».

Il ne suffit pas d'exercer une activité commerciale (ce qu'est toute « entreprise de location de meubles » au sens de l'article L. 110-1 du code de commerce) pour se prétendre propriétaire (ou « titulaire », ce qui revient au même) d'un fonds de commerce. Le commerçant doit encore établir, d'une part, qu'il gère son activité de manière autonome. Cette question se pose souvent en matière de bail commercial, lorsqu'il s'agit de savoir si le preneur dont la clientèle est constituée des utilisateurs de l'ensemble

immobilier - commercial ou non - dont dépend le local ou l'emplacement qu'il a pris à bail (ex. : rôtisserie mobile située sur le parking d'un centre commercial ; manège situé dans une galerie marchande ; bar-restaurant situé dans l'enceinte d'un parc municipal des sports ; activité de vente de chalets), bénéficie du droit au renouvellement de son bail, étant rappelé que l'article L. 145-8 du code de commerce dispose qu'il « ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds qui est exploité dans les lieux ». Ainsi que l'illustre l'arrêt rapporté, la réponse à cette question dépend de la nature et de l'intensité des contraintes pesant sur la libre organisation par le commerçant de son activité, en l'occurrence, la fixation des périodes et horaires d'ouverture et des tarifs pratiqués.

D'autre part, le commerçant doit démontrer qu'au moins certains de « ses » clients, même peu nombreux, sont attirés par son activité plus que par le lieu dans lequel celle-ci est exercée. En l'espèce, il n'aurait pas été déraisonnable de supposer l'existence d'une clientèle si ce n'est habituelle au moins occasionnelle, constituée de jeunes familles parisiennes, pour qui la perspective de voir leurs enfants jouer aux petits bateaux peut être un motif suffisant pour se rendre dans le jardin du Luxembourg plutôt que dans un autre espace vert de la capitale. Mais la Cour approuve les juges du fond d'avoir exigé la preuve d'une « fidélisation de clients [...] résultant [des] qualités de commerçant » de l'exploitant. Le seul tort de l'exploitant, dont on ne doute pourtant pas du savoir-faire professionnel, puisqu'il a exercé pendant presque dix ans, aurait-il été de ne pas avoir créé de carte de fidélité ? Très peu de commerçants recourent à ce genre de technique de méthode de marketing. Et, de toute façon,

Enfin, la Cour de cassation estime que les juges du fond ont eu raison d'écarter la demande fondée sur un droit de présentation, dans la mesure où l'exploitant n'avait annoncé au Sénat que son intention de vendre sa flotte de voiliers et de cesser son activité, sans apparemment faire état « de la cession d'un fonds de commerce ». Curieusement, après avoir statué en ce sens que l'exploitant n'était pas titulaire d'un fonds de commerce, les juges considèrent comme déterminante l'absence d'indication par l'exploitant, dans l'information qu'il avait donnée au Sénat, de son projet de céder son fonds de commerce. La solution aurait donc peut-être pu être différente si l'exploitant, plutôt que de s'aviser après coup, semble-t-il, que l'opération conclue avec le preneur procurait à ce dernier un avantage autre que le seul transfert de la propriété d'une flotte de voiliers miniatures, avait conclu avec lui un acte de cession ou, à tout le moins, de présentation de clientèle, moyennant un prix convenu.

Jean-Luc Seynaeve

- **Cass. 3ème civ., 27 septembre 2017, n° 16-17859 : Sur les communications de rapports techniques**

A l'occasion d'une instance judiciaire à tout le moins, le principe du contradictoire doit toujours être respecté. Ainsi, en est-il des pièces versées aux débats qui doivent avoir été communiquées pour être discutées par l'adversaire s'il entend le faire.

En matière de fixation de loyer du bail commercial par exemple, le juge des loyers commerciaux ne peut pas fonder sa décision sur la seule base d'un rapport d'expertise « amiable » (unilatéral et non judiciaire) établi à la demande d'une seule partie (Cass. ch. mixte, 28 septembre 2012, n° 11-18710) même s'il a l'obligation d'examiner cette pièce dès lors qu'elle est régulièrement versée aux débats (même décision).

Hormis le contentieux de la fixation du loyer, le contentieux locatif concerne bien d'autres domaines et les parties versent parfois aux débats des rapports d'expertises, d'audit, d'analyses, etc. non contradictoirement réalisées.

On rappellera que les parties doivent communiquer régulièrement ces pièces afin que l'adversaire soit en mesure de faire valoir ses observations ou ses critiques.

La Cour de cassation a rappelé dans une décision du 27 septembre 2017 (Cass. com. 27 septembre 2017, n° 16-17859) qu'un rapport d'audit (sur le fonctionnement d'ascenseurs et de monte charges en l'espèce), même établi après une visite non contradictoire des lieux peut être régulièrement pris en compte par le juge sous la double condition qu'il soit régulièrement communiqué et soumis à la discussion des parties, d'une part, et que cette pièce ne soit pas le seul élément de preuve susceptible d'être retenu, d'autre part.

Philippe Chatellard

03 / A lire ce mois-ci

Les deux commentaires de Jean-Pierre Blatter à l'AJDI d'avril 2018 des arrêts de la Cour de cassation des 9 et 30 novembre 2017 portant respectivement sur la prescription de l'acte en rétractation de l'offre de renouvellement du bail pour motif grave et légitime et sur l'absence de transmission de la dette de loyer échu au cessionnaire du fonds.

Le projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, n° 846, déposé le 4 avril 2018 dite "ELAN" à consulter sur :
http://www.assemblee-nationale.fr/15/dossiers/evolution_logement_amenagement_numerique.asp