

Cette lettre d'information de novembre 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.

1/ Au journal officiel

JORF n° 234 - texte n° 12

Arrêté du 14 septembre 2018 relatif au suivi de l'avancement des agendas d'accessibilité programmée.

Cet arrêté qui entre en vigueur trois mois après sa publication porte sur les modalités de suivi de l'avancement des agendas d'accessibilité programmée (Ad'AP) pour la mise en accessibilité des établissements recevant du public et des installations ouvertes au public (IOP).

JORF n° 0241 - texte n° 8

Décret n° 2018-895 du 17 octobre 2018 portant création d'une aide à la transformation des débits de tabac.

Par ce décret, l'Etat accorde une aide aux débiteurs de tabac, pour soutenir un projet de transformation de leurs points de vente, notamment par « l'intégration de nouvelles lignes de produits et services, par la mise en place d'offres commerciales réorganisées, par réaménagement du point de vente ou par la transformation digitale du commerce ».

Un débit de tabac n'est éligible qu'une seule fois à cette aide.

Si le débiteur veut transformer son point de vente en un commerce de proximité multiservices/produits, il doit faire appel à au moins deux agences ou fournisseurs pour établir un devis.

Ce dispositif d'aide prend fin au 31 décembre 2021.

Il remplace l'aide à la modernisation des débits de tabac qui avait été mise en place par un décret du 28 avril 2017 (n° 2017-679), qui se trouve abrogé au 31 décembre 2018 et qui visait seulement à « financer un investissement en matériels, équipements et travaux permettant une modernisation visible du débit de tabac (...) ».

Nous serons probablement amenés à évoquer de nouveau ce texte dans cette lettre, au regard notamment du contentieux ou des difficultés d'interprétations qu'il pourrait générer dans le cadre des baux commerciaux.

A ce stade, l'on peut d'ores et déjà observer que, par rapport au texte de 2017, ce nouveau texte ne permet pas seulement la transformation physique du point de vente - la « transformation visible », selon les termes du texte - mais interfère sur la destination du bail en favorisant « la transformation d'un débit de tabac en commerce de proximité multiservices et produits (...) ».

Il conviendra au débiteur de bien s'assurer de la régularité juridique de l'opération au regard des clauses de son bail car le décret n'étant pas d'ordre public, il ne s'impose pas au bailleur.

Il ne déroge pas non plus aux dispositions des articles L. 145-47 et suivants du code de commerce.

Le débiteur de tabac sera donc bien inspiré de prendre conseil d'un spécialiste du bail, à moins que l'Etat ait prévu que cette assistance lui serait portée par les services du Directeur interrégional des douanes et des droits indirects d'Ile de France qui accorde l'aide sous réserve que soit réalisé un audit préalable (art. 3).

Philippe Chatellard

2/ Jurisprudence et commentaires

- **Cass. 3ème civ., 25 octobre 2018, n° 17-16828, Le bailleur et son avocat sont responsables du préjudice causé aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce en cas de constatation de l'acquisition de la clause résolutoire du bail du locataire, en l'absence de notification de cette procédure aux créanciers inscrits.**

Bien qu'il s'agisse d'une jurisprudence classique (Cass. 3ème civ., 3 fév. 2015, n° 13-26210), cet arrêt, publié sur le site Internet de la Cour de cassation vient rappeler le caractère impératif des dispositions de l'article L. 143-2 du code de commerce selon lequel (premier alinéa) :

« Le propriétaire qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel s'exploite un fonds de commerce grevé d'inscriptions doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions. Le jugement ne peut intervenir qu'après un mois écoulé depuis la notification ».

Au cas particulier, une ordonnance de référé avait constaté l'acquisition de la clause résolutoire prévue au bail commercial conclu entre des bailleurs et un locataire, la société LUNAMOD.

Un créancier inscrit, la société GELIED, créancier de la locataire a assigné les bailleurs en réparation de son préjudice au motif que l'assignation ne lui avait pas été dénoncée.

Les bailleurs ont appelé en garantie tant leur avocat que l'huissier de justice.

La cour d'appel avait débouté la société GELIED au motif qu'il ne s'agissait que d'une perte de chance de se faire payer sa créance sur le prix de vente du fonds de commerce, laquelle n'existait que si le fonds avait une valeur patrimoniale, ce dont elle ne justifiait pas.

L'arrêt est cassé car la Cour de cassation relève que si l'assignation en résiliation du bail avait été dénoncée au créancier inscrit, celui-ci aurait pu payer l'arriéré de loyer et aurait pu ainsi préserver le droit au bail et par voie de conséquence le fonds de commerce de la société LUNAMOD, lequel constituait son gage.

Aussi, la cour d'appel n'a-t-elle pas tiré les conséquences légales de ses constatations et son arrêt se trouve cassé.

Il l'est également par voie de conséquence en ce qu'il avait rejeté la demande à l'encontre de l'avocat au motif que « il incombe à l'avocat, qui représente les bailleurs lors de l'instance en résiliation du bail dont il a rédigé l'acte introductif, de veiller à ce que l'état des inscriptions sur le fonds de commerce émane du greffe du tribunal du lieu d'exploitation ». Sans doute l'avocat des bailleurs n'avait-il pas levé correctement l'état des privilèges et nantissements auprès du greffe compétent, c'est-à-dire celui dans le ressort duquel le fonds était exploité.

Jean-Pierre BLATTER

-
- **Cass. 3ème civ., 25 octobre 2018, n° 17-26126 : L'immatriculation du locataire au registre du commerce et des sociétés n'est pas une condition de la formation du bail statutaire à l'expiration du bail dérogatoire...**

La publication sur le site Internet de la Cour de cassation le jour même de son prononcé de cet arrêt, a pour objet de rappeler une jurisprudence antérieure qui, à notre connaissance, n'avait pas fait l'objet de publicité depuis dix-huit ans.

On sait en effet que la Cour de cassation assure une large diffusion, soit des arrêts constituant des solutions nouvelles, soit rappelant des solutions antérieures qui n'avaient pas été publiées depuis longtemps.

De plus, la présente affaire était singulière puisque dans le bail dérogatoire qui avait été consenti au locataire pour une durée de vingt-trois mois, il avait été convenu que les preneurs s'engageaient, à peine de caducité du contrat à fournir une attestation de leur inscription au registre du commerce et des sociétés dans un délai de deux mois.

Les commémoratifs de l'arrêt n'indiquent pas si le locataire avait respecté cette disposition mais toujours est-il que trois autres baux dérogatoires, de même durée, furent ensuite conclus entre les mêmes parties.

Plus de trois années après la signature du dernier bail dérogatoire, le locataire, qui avait été laissé en possession, a assigné la bailleuse afin de voir constater qu'il était titulaire d'un bail commercial d'une durée de neuf années ayant commencé à l'expiration du premier bail dérogatoire.

La bailleuse a invoqué l'absence d'immatriculation du preneur au registre du commerce et des sociétés à la date de l'assignation, comme faisant obstacle à l'acquisition du droit au bénéfice du statut.

La cour d'appel de Montpellier n'a pas fait droit à cette demande et le pourvoi contre son arrêt est rejeté.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir retenu à bon droit, sans contradiction, que l'inscription au registre du commerce et des sociétés n'est pas nécessaire pour que s'opère un nouveau bail régi par le statut des baux commerciaux.

Elle avait déjà précédemment statué en ce sens (Cass. 3ème civ., 30 avril 1997, n° 94-16158, Cass. 3ème civ., 19 juill. 2000, n° 99-12091).

Jean-Pierre Blatter

- **Cass. 3ème civ., 11 octobre 2018, n° 17-23902 et 17-25772 :**

Un locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité peut demander à son bailleur de faire respecter cette clause par un autre locataire même si celui-ci n'est pas partie au contrat contenant cette stipulation. La violation par le bailleur de la clause d'exclusivité caractérise un trouble manifestement illicite.

Bien que l'arrêt ne soit pas destiné à être publié au bulletin (puisqu'il reprend une solution identique antérieure : Cass. 3ème civ., 4 mai 2006, n° 04-10051, Bull. civ. III, n° 107), il mérite d'être cité.

Dans un centre commercial en construction, le bailleur donne à bail à un locataire devenu société BEZIERS LOISIRS un local à usage de bowling et de pub et lui consent une clause d'exclusivité par un avenant postérieur, la clause de destination étant alors ainsi rédigée :

« Activité autorisée : bowling et à titre accessoire à cette activité principale pourront être adjointes les activités suivantes : bar à thème, billard et restaurant. Etant précisé que ces activités accessoires ne pourront être exercées que cumulativement à l'activité de bowling et ne pourront en aucun cas s'y substituer, le bail et les locaux étant indivisibles.

Par dérogation aux dispositions de l'article 8.12 du titre 2 le preneur bénéficiera d'une exclusivité entendue strictement dans le centre commercial BEZIERS RIVE GAUCHE pour l'activité de bowling strictement.

Le bailleur consent également, en ce qui concerne l'exercice de l'activité accessoire de bar à thème, une exclusivité uniquement pour l'exploitation d'un pub (c'est-à-dire de bar, brasserie, café dont le caractère, le décor et la thématique évoquent le Royaume-Uni) ».

La société locataire ayant appris à la suite d'une publicité diffusée dans le centre commercial l'ouverture projetée au sein même du centre d'un établissement présenté comme un « pub brasserie... dans un cadre anglo-saxon dépayasant » elle a assigné, au visa de l'article 809 du code de procédure civile devant le juge des référés, sa bailleresse.

Le juge des référés du tribunal de grande instance de Béziers, , a estimé que la preuve d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite n'était pas rapportée et a débouté la société BEZIERS LOISIRS de ses demandes.

L'ordonnance a été infirmée par la cour d'appel de Montpellier (1ère ch. D, 22 juin 2017, n° 15/09606) qui a jugé que « le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation » répondant ainsi aux intimés qui se fondaient essentiellement sur le caractère relatif des conventions tels qu'il était exprimé par l'article 1165 du code civil dans sa rédaction alors applicable selon laquelle « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu à l'article 1121 ».

C'est dans ces conditions que la société bailleresse s'est trouvée condamnée, « pour faire cesser le trouble manifestement illicite subi par l'appelant à faire cesser l'activité concurrentielle de la société STELL dans un délai de six mois à compter de la signification du présent arrêt, sous astreinte de 300 euros par jour de retard pendant un délai de quatre mois ».

La Cour de cassation approuve pleinement la cour d'appel, d'une part, d'avoir retenu la compétence du juge des référés au motif que la violation par le bailleur de la clause d'exclusivité caractérisait un trouble manifestement illicite et, d'autre part, d'avoir « exactement retenu que la société BEZIERS LOISIRS, bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui avait été consentie par son bailleur, pouvait demander que ce dernier fasse respecter cette clause par son autre locataire, même si celui-ci n'était pas partie au contrat contenant cette stipulation ».

Aussi, le locataire, s'il pouvait tenter d'agir contre son voisin sur le fondement des règles de la concurrence déloyale, sans certitude de succès d'ailleurs, il lui était plus aisé d'agir contre son bailleur qui, s'étant engagé à lui conférer l'exclusivité de l'exercice d'une certaine activité, avait manqué à son obligation en donnant à bail à un concurrent un local pour exercer une activité identique.

Dans son arrêt du 4 mai 2006 susvisé, la Cour de cassation avait jugé, pour casser l'arrêt de la cour d'appel de Paris au visa des articles 1134, 1147 et 1165 du code civil, dans leur version alors applicable, en déboutant le locataire de son action à l'encontre de son bailleur pour le contraindre, sous astreinte, à faire cesser toute activité concurrente par un autre locataire que :

« En statuant ainsi, alors que le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation ».

Il ne s'agit en réalité que de l'application de l'article 1134 du code civil devenu l'article 1103 selon lequel « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

Si le bailleur est donc tenu par son contrat de respecter la clause d'exclusivité qu'il a consentie à son locataire, il en résulte qu'il engage sa responsabilité à son égard.

On admettra que la condamnation du bailleur à exécuter, dans les liens d'un bail avec la société concurrente, n'est guère aisée à exécuter.

Elle ne peut a priori passer que par la voie d'une résiliation amiable moyennant paiement d'une indemnité ou d'un congé au terme du bail avec refus de renouvellement et offre de paiement d'une indemnité d'éviction.

Cette difficulté de mise en œuvre ne fait pas obstacle cependant à ce que ce type de condamnation soit parfaitement admis par les tribunaux (CA Nancy, 1ère ch. civ., 14 déc. 2015, n° 14/01992 ; TGI Paris, 18ème ch., 2ème sect., 20 oct. 2011, n° 11/13236).

La difficulté de mettre en œuvre la décision de justice pour le bailleur se résout, soit par la négociation d'une résiliation amiable anticipée passant par le paiement de dommages et intérêts, soit en délivrant pour le terme du contrat, un congé avec refus de

renouvellement et offre de paiement d'une indemnité d'éviction moyennant quoi il aura dû, jusqu'à cette date, au cas particulier postérieur de neuf ans, s'acquitter de l'astreinte (sauf à ce qu'elle soit liquidée à un montant plus avantageux pour lui compte tenu des difficultés d'exécution), soit enfin en donnant congé avec refus de renouvellement et offre d'indemnité d'éviction au locataire bénéficiaire de la clause d'exclusivité.

En tout état de cause, il lui en coûtera au minimum le prix d'une indemnité d'éviction d'un côté ou d'un autre.

Jean-Pierre Blatter

- **CA Versailles, 14e ch., 20 septembre 2018, n° 18/00997 et 4 octobre 2018, n° 18/01075 : Sur l'exigence de la bonne foi dans les relations locatives**

Dans ces deux décisions, le locataire, assigné en constatation de la clause résolutoire du bail à la suite d'un commandement de payer resté infructueux, faisait valoir à tort que le bailleur n'avait pas rempli son obligation de commercialité pour lui opposer le mécanisme de l'exception d'inexécution et ne pas payer ses loyers et charges.

La cour d'appel, infirmant la décision du juge des référés, juge de l'évidence, estime que le bailleur d'un centre commercial n'est pas tenu, au titre de son obligation de délivrance, de devoir assurer la commercialité du centre, sauf éventuellement en cas de stipulation expresse en ce sens dans le bail.

Une telle solution, conforme à la jurisprudence constante en la matière, s'imposait.

Ainsi, en cas de violation avérée du bail, les bailleurs peuvent, devant le juge des référés, couper court à l'argumentation de certains locataires n'ayant d'autre but que de paralyser les procédures initiées pour tenter d'échapper à leurs obligations contractuelles.

Samuel Guillaume

2/ Informations

Une soixantaine de députés a déposé, le 25 octobre 2018, un recours devant le Conseil constitutionnel contre la loi Elan adoptée au Sénat le 16 octobre 2018.

Au troisième trimestre 2018, l'indice de référence des loyers (IRL) tel que modifié par l'article 9 de la loi n° 2008-111 du 8 février 2008 sur le pouvoir d'achat, s'élève à 128,45 soit une hausse de 1,57 % sur un an (informations rapides de l'INSEE n° 267, 11 oct. 2018)

Winifred Blatter Hodara