

BAIL COMMERCIAL

1366

Vers une reconnaissance d'une obligation de commercialité à la charge des bailleurs propriétaires de centres commerciaux ?

Il ne peut pas être soutenu par le preneur exploitant des locaux commerciaux dans un centre commercial dès lors qu'il n'acquiesce aucun loyer, compte tenu de la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé, que son obligation d'exploitation et de garnissement des lieux n'aurait aucune consistance alors que le chiffre d'affaires d'équilibre déclenche le paiement du loyer et non le droit de donner congé.

La cessation brutale d'exploitation du point de vente au sein du centre commerciale est constitutive d'un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser.



OLIVIER FAGES
avocat associé, DS Avocats

SÉBASTIEN LEGRIX DE LA SALLE
avocat, DS Avocats
Département Droit Immobilier

CA Paris, pôle 1 ch. 2, 8 nov. 2012,
n° 12/18456, SCI du Bassin Nord c/ SA
FNAC direct

Les centres commerciaux constituant par eux-mêmes des pôles d'attractivité la question de savoir si le titulaire d'un bail commercial dans lesdits centres disposait d'une clientèle propre, d'un fonds de commerce et donc d'un droit au renouvellement de son bail commercial à son terme s'est naturellement posée.

Si ce débat est aujourd'hui tranché, la situation des parties à un bail commercial diffère néanmoins selon que le local concerné se situe dans un centre commercial ou en pieds d'immeuble.

En effet, les bailleurs propriétaires de centres commerciaux ne se contentent pas de mettre à disposition un simple local, ils proposent également un ensemble de prestations et de plus en plus, pour se démarquer de la concurrence, un concept spécifique.

Ceci explique que dans les faits, s'agissant des baux de centres commerciaux, le loyer soit négocié non seulement en fonction de l'emplacement loué mais également du flux de clientèle attendu.

Or, ces dernières années notamment du fait de la multiplication des centres commerciaux, certains locataires ont été confrontés à des flux de clientèle nettement inférieurs

à ceux escomptés et sur la base desquels les conditions financières avaient été établies.

À défaut d'obtenir de la part de leurs bailleurs une réduction du montant du loyer, des locataires ont entendu se prévaloir d'un manquement des bailleurs propriétaires de centres commerciaux à une obligation d'assurer la commercialité desdits centres qui découlerait de l'article 1719 du Code civil et ce, afin d'obtenir une réduction de loyer, des dommages et intérêts voire pour justifier un départ anticipé des locaux loués.

Si traditionnellement la jurisprudence a refusé de mettre à la charge des bailleurs propriétaires de centres commerciaux une obligation de commercialité, différentes décisions récentes, dont l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 novembre 2012, laissent entrevoir une évolution de la situation au profit des locataires.

1. D'une interprétation restrictive de l'obligation d'un propriétaire de centre commercial en matière de commercialité...

L'article 1719 du Code civil applicable aux baux commerciaux prévoit que « le bailleur

est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :

1° De délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent. Lorsque des locaux loués à usage d'habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation pour demander l'expulsion de l'occupant ;

2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ;

3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ;

4° D'assurer également la permanence et la qualité des plantations ».

C'est sur le fondement de cet article que des locataires non satisfaits de la commercialité de centres commerciaux ont entendu se prévaloir de manquements de leurs bailleurs en la matière pour obtenir la résiliation des baux ou l'indemnisation de leurs préjudices. Si certaines juridictions du fond ont pu dans un premier temps accueillir des demandes de locataires (CA Paris, 14 juin 1983 : *Defrénois* 1984, art. 33428, obs. J. Honorat. - CA Reims, 1^{er} avr. 1993 : *JurisData* n° 1993-043657), par un arrêt de principe du 20 juin 1995, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Reims ci-dessus visé qui avait retenu que le propriétaire d'un centre commercial « a des obligations plus larges qu'un bailleur ordinaire en raison de l'implantation des lieux loués dans une galerie marchande lui appartenant entièrement et, en particulier, celle de maintenir un environnement commercial fa-

vorable à l'activité du preneur » (Cass. 3^e civ., 20 juin 1995 : *JurisData* n° 1995-002276).

La Cour de cassation retient en effet que « le bailleur est seulement tenu, en l'absence de stipulation particulière, d'assurer la délivrance, l'entretien et la jouissance paisible de la chose louée ».

En d'autres termes, sauf à ce que le bailleur prenne dans le bail l'engagement d'assurer au locataire un environnement commercial favorable, ce qui est en pratique pas ou peu envisageable, la Cour de cassation refuse de faire une distinction entre les obligations d'un bailleur propriétaire d'un centre commercial et celles d'un bailleur propriétaire d'un local en pieds d'immeuble en faisant une interprétation stricte de l'article 1719 du Code civil.

Si cette approche est défendable d'un point de vue strictement juridique, elle fait totalement abstraction des spécificités des centres commerciaux et de leur réalité économique. En effet, la commercialité de locaux situés dans un centre commercial dépend principalement du bailleur et de ses mandataires, ce qui n'est pas ou rarement le cas pour des locaux en pieds d'immeuble.

En pratique, et bien qu'aucun document ne soit officiellement remis par le bailleur au locataire sur le flux de fréquentation existant ou attendu dans le centre commercial, notamment pour éviter d'éventuels recours des locataires (CA Paris, 30 oct. 1984 : *JCP N* 1997, *Prat.* 4121), le loyer est directement fixé en fonction dudit flux.

Le rapport de force bailleur/locataire très favorable aux premiers dans les centres commerciaux rend par ailleurs illusoire de négocier dans le bail une obligation à la charge du premier d'assurer au second un environnement commercial favorable.

Au contraire, la tendance aujourd'hui pour les bailleurs propriétaires de centres commerciaux est plutôt d'imposer à leurs locataires une renonciation à recours au titre de la commercialité desdits centres !

Les baux de centres commerciaux se distinguent également des baux de locaux en pieds d'immeuble, à l'exception toutefois des emplacements numéros 1, en ce qu'ils sont souvent des contrats d'adhésion pour lesquels les enseignes les plus en vue peuvent tout au plus négocier des clauses dérogeant *intuitu personae*.

La position de la jurisprudence consistant à ne faire aucune distinction entre les locaux de centre commerciaux et de pieds d'immeuble est donc à tout le moins contestable dans les faits.

Depuis l'arrêt du 20 juin 2005, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence consistant à nier toute obligation de commercialité à la charge du bailleur propriétaire d'un centre commercial, notamment dans un arrêt du 13 juin 2001 (Cass. 3^e civ., 13 juin 2001 : *JurisData* n° 2001-010087).

Toutefois, à la lumière de plusieurs décisions récentes et notamment de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 novembre 2012, il semble que la position des juges ait évolué vers une meilleure prise en compte de la situation des locataires dans les centres commerciaux en matière de commercialité.

2. ... à une approche plus pragmatique et protectrice des locataires ?

Dans un premier arrêt du 31 octobre 2006, la Cour de cassation a cassé un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 2 juin

LA COUR (...):

- Considérant qu'aux termes du bail consenti par la SCI du Bassin Nord à la société FNAC Périphérie, il est prévu : - une participation du bailleur aux frais d'aménagement des locaux à hauteur de 2,7 millions d'euros, - un loyer qui, jusqu'au 31 décembre 2014 est nul si le chiffre d'affaires est inférieur à 12 millions d'euros et quasi-nul en dessous de 15 millions, - une absence de loyer minimum garanti jusqu'en 2019 ; Que selon l'article 4, le preneur peut donner congé à l'issue de chaque période triennale soit pour la première fois le 2 novembre 2013 ; qu'il lui incombe jusqu'à cette date d'exploiter le magasin et de garnir les lieux loués ;
- Considérant que le 29 août 2012, la société FNAC Périphérie a informé la bailleuse qu'elle avait d'ores et déjà consulté son comité d'entreprise sur la fermeture de son point de vente au Millénaire ;
- Considérant que pour conclure à l'irrecevabilité de la demande formée par la SCI du Bassin Nord, les sociétés FNAC font valoir que les parties ayant conventionnellement prévu les conséquences du défaut d'exploitation (article 2 du bail) soit une indemnité forfaitaire de 500 euros par m² non exploité ou improprement déclaré, l'exécution du bail sous astreinte ne peut se substituer à une éventuelle pénalité contractuellement prévue ;
- Mais considérant qu'une clause pénale n'a pas pour objet d'écarter l'exécution en nature d'un contrat mais plutôt de la renforcer ; que la renonciation à poursuivre l'exécution de l'obligation principale ne saurait être déduite d'une clause sanctionnant la violation de l'obligation d'exploitation par des pénalités contractuelles sauf à permettre une inexécution volontaire en s'acquittant de la pénalité ;

- Considérant qu'il ne peut pas plus être soutenu par les sociétés FNAC que dès lors qu'elles n'acquittent aucun loyer, compte tenu de la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé, leur obligation d'exploitation et de garnissement des lieux n'aurait aucune consistance alors que le chiffre d'affaires d'équilibre déclenche le paiement du loyer et non le droit de donner congé ; qu'elles ne sont pas davantage fondées à se prévaloir des dispositions de l'article 1142 du code civil, la continuation de l'activité de la société FNAC Périphérie ne portant pas, s'agissant de la vente de matériels culturels et techniques, sur une obligation de faire à caractère personnel pour une durée prolongée puisqu'à compter du 2 novembre 2013, les intimées sont en droit de pouvoir donner congé ;
- Considérant que dans sa lettre du 29 août 2009, la FNAC Périphérie invoque au soutien de sa décision de fermeture de son point de vente des accès difficiles, le choix d'implanter des enseignes internationales non adapté à la clientèle locale, des difficultés pour la clientèle parisienne à fréquenter ce site, l'absence de possibilité d'obtenir l'autorisation d'ouverture du dimanche, les bureaux alentours qui ne sont pas livrés et le défaut de cette clientèle potentielle ;
- Considérant que dans le cadre de la procédure, les sociétés FNAC font état d'un défaut de commercialité et y voient une contestation sérieuse s'opposant aux demandes de la SC1 du Bassin Nord ;
- Mais considérant qu'il est constant que le juge des référés tire de l'article 809 alinéa 1^{er} du code de procédure civile, même en présence de contestation sérieuse, le pouvoir d'ordonner à titre de mesure conservatoire la poursuite des effets du contrat dont la rupture unilatérale est constitutive d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent ;

Suite page 44 >

2005, dans lequel cette dernière avait retenu « que le bailleur n'a, en l'absence de stipulation spéciale, aucune obligation tenant à assurer au locataire un environnement commercial favorable en entretenant les parties communes du centre commercial » sans « rechercher (...) si le défaut d'entretien des parties communes du centre commercial n'avait pas pour effet de priver les preneurs des avantages qu'ils tenaient du bail » (*Cass. 3^e civ.*, 31 oct. 2006, n° 05-18.377 : *JurisData* n° 2006-035652).

Cette décision apporte une évolution significative dans la position de la Cour de cassation, en ce qu'elle considère que l'article 1719 du Code civil s'applique tant au local loué qu'à ses accessoires et notamment aux parties communes du centre commercial. C'est ainsi que dans un arrêt du 19 décembre 2012, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi contre un arrêt de cour d'appel de Caen du 23 juin 2011 qui avait prononcé la résiliation d'un bail commercial en retenant que « le bailleur d'un local situé dans un centre commercial dont il est propriétaire étant tenu d'entretenir les parties communes du centre, accessoires nécessaires à l'usage de

la chose louée, la cour d'appel, qui a relevé un déperissement général de l'immeuble, la suppression de l'accès aux toilettes WC du centre et l'existence de gravats et de levées de terre empêchant le libre accès au parking, en a justement déduit un manquement grave du bailleur à ses obligations légales et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision » (*Cass. 3^e civ.*, 19 déc. 2012, n° 11-23.541 : *JurisData* n° 2012-030338).

Comme cela ressort très clairement de l'extrait de l'arrêt du 19 décembre 2012, ces deux premières jurisprudences visent un cas très précis de mise en cause de la responsabilité du bailleur propriétaire d'un centre commercial, le déperissement des parties communes.

En outre, la décision du 19 décembre 2012 a été rendu *visa* des articles 1719 et 1723 du Code civil, ce qui peut en limiter en l'espèce sa portée au regard de l'obligation de commercialité qui est classiquement fondée sur le seul article 1719 du Code civil.

À la lumière de cette seule jurisprudence et en l'absence d'une détérioration des parties communes ou d'une modification de la forme de la chose louée, il apparaissait diffi-

cile de mettre en cause la responsabilité des bailleurs du seul fait d'une insuffisance de fréquentation du centre commercial.

Toutefois dans un arrêt récent daté du 5 septembre 2012, la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 février 2011, rendu en référé, qui avait condamné le locataire d'un local situé dans un centre commercial ayant cessé son activité en invoquant notamment un défaut de fréquentation dudit centre commercial, à reprendre son activité sous astreinte (*Cass. 3^e civ.*, 5 sept. 2012, n° 11-17.394).

La Cour de cassation a considéré qu'en statuant ainsi alors que le locataire « invoquait des manquements du bailleur » qu'il « rendait responsable de la faiblesse des flux et de l'absence de commercialité de l'extension du centre commercial abritant les locaux loués », la cour d'appel de Paris a tranché une contestation sérieuse.

Bien que statuant sur un arrêt rendu en référé cette décision de la Cour de cassation est intéressante en ce qu'elle est fondée sur « la faiblesse des flux » et « l'absence de commercialité de l'extension du centre commercial ».

> Suite de la page 43

- Considérant que force est de constater que le motif tiré du défaut de commercialité du centre n'est pas allégué dans le courrier du 29 août 2012 ; que ni les articles auxquels il est fait référence, ni le constat dressé le 27 septembre 2012 soit postérieurement au 29 août 2012, ni les pertes invoquées par la FNAC dont il n'est pas établi qu'elles résultent de la défaillance de la SCI du Bassin Nord, ne démontrent, avec l'évidence requise en référé, que la SCI du Bassin Nord aurait violé ses obligations découlant du bail de sorte que l'illicéité de la rupture ne serait pas manifeste ; que corrobore encore cette analyse l'absence de toute correspondance ou mise en demeure antérieure adressée à la SCI du Bassin Nord pour lui rappeler le respect de ses obligations et en particulier l'obligation de commercialité dont il lui est fait grief aujourd'hui ;
- Considérant qu'en prenant l'initiative de rompre brutalement les relations contractuelles avant le terme tel qu'il est prévu dans le bail, soit le 2 novembre 2013, la société FNAC Périphérie a commis une véritable voie de fait consistant à se faire justice à elle-même en contournant les tribunaux ; que la FNAC était tenue de se conformer au principe selon lequel le contrat conclu doit être exécuté par chacune des parties tant qu'il n'a pas été statué sur sa validité ;
- Considérant qu'il s'ensuit que la cessation brutale d'exploitation du point de vente de la FNAC au sein du centre Le Millénaire est constitutive d'un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser ;
- Considérant que l'ordonnance déferée doit donc être infirmée ;
- Considérant qu'il y a lieu, en conséquence, d'ordonner la poursuite des relations contractuelles jusqu'au 2 novembre 2013 ; d'enjoindre à la société FNAC Périphérie de maintenir des stocks équivalents

au niveau des stocks au 1^{er} novembre 2011 et de tenir les gondoles constamment approvisionnées d'articles dans des conditions semblables à celles observées dans ses autres établissements, ce sous astreinte comme il sera précisé au dispositif ci-après ;

- Considérant qu'il est encore sollicité par la SCI du Bassin Nord la désignation d'un huissier dans la limite de 12 visites par an sauf autorisation présidentielle, avec mission de se rendre sur place, de contrôler le respect des prescriptions visées ci-dessus et d'enjoindre à la FNAC Direct de publier un communiqué, dans les mêmes conditions d'affichage que celui du 29 août 2012, sous astreinte de 200 euros par jour de retard ;
- Mais considérant qu'il appartiendra à la SCI du Bassin Nord, en cas de besoin, de saisir sur requête le magistrat compétent si les sociétés FNAC ne respectaient pas les dispositions du présent arrêt, aux fins de constat ;
- Considérant qu'il ne peut pas, par ailleurs, être fait droit en référé à la demande de publication d'un communiqué, tel que sollicité, qui participe pour l'appelante de la réparation de son préjudice ;

Par ces motifs : infirme l'ordonnance entreprise. Statuant à nouveau, ordonne aux sociétés FNAC Périphérie et FNAC Direct de poursuivre l'exécution du bail conclu avec la SCI du Bassin Nord le 30 juin 2010 jusqu'au 2 novembre 2013. Enjoint à la société FNAC Périphérie de maintenir des stocks équivalents au niveau des stocks au 1^{er} novembre 2011 et de tenir les gondoles constamment approvisionnées d'articles dans des conditions semblables à celles observées dans ses autres établissements sous astreinte de 20 000 euros par infraction constatée, une infraction étant constituée par un manquement durant 24 heures (...).

La Cour de cassation semble en effet évoluer vers la reconnaissance d'une obligation pour les bailleurs de centres commerciaux d'assurer aux locataires un environnement commercial favorable.

C'est dans ce contexte que la cour d'appel de Paris a rendu son arrêt du 8 novembre 2012. Cette décision est intéressante à plusieurs titres.

Elle l'est eu égard à la médiatisation dont elle a fait l'objet du fait de l'identité du locataire, la FNAC.

De même, les faits de l'espèce sont similaires à ceux de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 septembre 2012.

La FNAC avait informé son bailleur par courrier du 29 août 2012 de la cessation de son activité dans le centre commercial en dehors des cas prévus par les textes et le bail conclu.

Le bailleur a alors assigné la FNAC devant le juge des référés pour qu'il lui soit notamment fait injonction d'exploiter les locaux, lequel juge l'a débouté de sa demande en considérant qu'il n'y avait pas lieu à référé.

Le bailleur ayant interjeté appel de l'ordonnance rendue, c'est dans ces conditions que la cour d'appel de Paris a, dans son arrêt du 8 novembre 2012, infirmé ladite ordonnance et notamment condamné la FNAC à poursuivre le bail jusqu'au terme de la prochaine période triennale sous astreinte de 20 000 euros par infraction constatée.

La FNAC n'a eu d'autre choix que de réouvrir son local au public.

À ce stade nous ignorons si la FNAC a ou non formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

Dans l'affirmative, il sera intéressant de connaître la position de la Cour de cassation à la lumière de son arrêt du 5 septembre 2012.

Dans le cas contraire, cet arrêt reste important car la cour d'appel de Paris semble encore un peu plus reconnaître le principe d'une obligation de commercialité à la charge du bailleur propriétaire d'un centre commercial, en l'espèce comme un motif qui aurait pu justifier l'incompétence du juge des référés et elle explique pourquoi cela n'a pas été le cas.

La cour justifie sa décision en retenant que « force est de constater que le motif tiré du défaut de commercialité du centre n'est pas allégué dans le courrier du 29 août 2012 ; que ni les articles de presse auxquels il est fait référence, ni le constat dressé le 27 septembre 2012 soit postérieurement au 29 août 2012, ni les pertes invoquées par la FNAC dont il n'est pas établi qu'elles résultent de la défaillance de la SCI du Bassin du Nord, ne démontrent, avec l'évidence requise en référé, que » le bailleur « aurait violé ses obligations découlant du bail, (...), que corrobore encore cette analyse l'absence de toute correspondance ou mise en demeure antérieure adressée » à ce dernier « pour lui rappeler le

respect de ses obligations et en particulier l'obligation de commercialité dont il lui est fait grief aujourd'hui (...) ».

Il est possible de penser que la cour d'appel aurait pu adopter une position inverse et confirmer l'ordonnance de première instance si, dès avant son courrier du 29 août 2012, la FNAC avait fait état auprès de son bailleur du défaut de commercialité en en justifiant pièces à l'appui.

Bien évidemment il ne s'agit que d'un arrêt rendu en référé mais il sera intéressant de voir dans les prochains mois si les éventuelles décisions à venir en la matière, confirmeront ou non l'évolution jurisprudentielle amorcée et notamment si cette dernière va rester cantonnée aux procédures de référé comme motif de contestation sérieuse ou si les juges du fond vont reconnaître un véritable droit des locataires à mettre en cause la responsabilité de leurs bailleurs.

Si tel devait être le cas, il n'en reste pas moins que le bailleur resterait tenu d'une obligation de moyens et que le locataire devrait donc démontrer l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité, ce qui ne serait pas aisé.

Cela le serait d'autant moins que les bailleurs ont pris l'habitude de stipuler dans leurs baux une clause de non-recours en cas de défaut de commercialité.

Les juges devraient alors se prononcer sur la portée d'une telle clause au regard de l'article 1719 du Code civil.

PANORAMA

1367

BAIL COMMERCIAL - Obligations du bailleur - Exécution des travaux par le locataire - Reprise des fondations de l'immeuble - Remboursement au preneur des travaux - Conditions

Sauf urgence, le bailleur ne doit rembourser au preneur les travaux dont il est tenu que s'il a été préalablement mis en demeure de les réaliser et, qu'à défaut d'accord, le preneur a obtenu une autorisation judiciaire de se substituer à lui.

Le preneur à bail à construction d'un terrain a donné à bail commercial divers locaux à une société faisant partie d'un groupe de sociétés. Après avoir effectués à leurs frais

divers travaux de reprise des fondations, les sociétés du groupe ont agi contre le bailleur en remboursement du coût de ces travaux. Ayant relevé que le premier courrier adressé au bailleur était daté du 19 janvier 2005, alors que la société locataire avait fait procéder à des sondages dès août 2004 et fait exécuter des travaux de consolidation dès octobre 2004, que si les travaux avaient continué après le 19 janvier 2005, il ressortait du courrier du Bureau Veritas du 14 janvier 2005 que la reprise des fondations était organisée dès cette date, sans que le bailleur ait été associé au constat des désordres, à l'identification de leurs causes et au choix ainsi qu'à la

mise en œuvre des travaux nécessaires et que l'instabilité de l'immeuble était mentionnée dans un protocole de cession de parts du 30 décembre 2003, la cour d'appel, qui a pu en déduire que l'urgence n'était pas établie, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de rejeter la demande en remboursement des travaux de reprise.

Cass. 3^e civ., 23 mai 2013, n° 11-29.011, P+B, SA Autodistribution c/ SCI DK Tanche : Juris-Data n° 2013-010121 (CA Besançon, 2^e ch., 5 oct. 2011)

Rejet