

# Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 3, 3 juin 2020, n° 18/20160

## Chronologie de l'affaire



## Sur la décision

Référence : CA Paris, pôle 5 - ch. 3, 3 juin 2020, n° 18/20160

Juridiction : Cour d'appel de Paris

Numéro(s) : 18/20160

Décision précédente : Tribunal de grande instance de Créteil, 27 juin 2018, N° 15/00009

Dispositif : Infirme partiellement, réforme ou modifie certaines dispositions de la décision déférée

## Sur les personnes

Président : Agnès THAUNAT, président

Avocat(s) : Anne GOUAUX, Gilles HITTINGER ROUX

Parties : Société civile SOCIETE CIVILE POUR L'ETUDE ET L'AMENAGEMENT DU CENTRE D'AFFAIRES REGIONAL DE RUNGIS SECAR c/ SARL CARIBOO

## Texte intégral

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 3

ARRÊT DU 3 JUIN 2020

(n° , 10 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 18/20160 - N° Portalis 35L7-V-B7C-B6KEW

Décision déférée à la Cour : Jugement du 27 Juin 2018 - Tribunal de Grande Instance de CRETEIL - RG n° 15/00009

APPELANTE

SOCIÉTÉ CIVILE POUR L'ETUDE ET L'AMÉNAGEMENT DU CENTRE D'AFFAIRES RÉGIONAL DE RUNGIS SECAR prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège.

immatriculée au RCS de PARIS sous le numéro 784 880 130

[...]

[...]

Représentée par M<sup>e</sup> A B, avocat au barreau de PARIS, toque : D1250, avocat postulant

Assistée par M<sup>e</sup> Anne GOUAUX de l'AARPI GOUAUX ABERGEL ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : C0423, avocat plaçant

INTIMÉE

SARL CARIBOO prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège

immatriculée au RCS de BAYONNE sous le numéro 418 472 916

[...]

[...]

Représentée par M<sup>e</sup> Frédérique ETEVENARD, avocat au barreau de PARIS, toque : K0065, avocat postulant

Assistée de M<sup>e</sup> Gilles HITTINGER ROUX de la SCP HB & ASSOCIES-HITTINGER-ROUX BOUILLOT & ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : P0497, avocat plaçant

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 18 Février 2020, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Agnès THAUNAT, présidente de chambre

Madame Sandrine GIL, conseillère

Madame Elisabeth GOURY, conseillère

qui en ont délibéré,

un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues par l'article 804 du code de procédure civile.

Greffière, lors des débats : Madame Marie-Gabrielle de La REYNERIE

ARRÊT :

— contradictoire

— par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile, le prononcé de l'arrêt (initialement fixé au 22 avril 2020) ayant été renvoyé en raison de l'état d'urgence sanitaire.

— signé par Madame Agnès THAUNAT, présidente de chambre et par Madame Marie-Gabrielle de La REYNERIE, greffière à laquelle la minute du présent arrêt a été remise par la magistrate signataire.

\*\*\*\*\*

#### FAITS et PROCÉDURE

Par acte du 30 juillet 2002, la Société civile pour l'étude et l'aménagement du centre d'affaires régional de Rungis (SECAR) a donné à bail à la SARL CARIBOO un local n°91 situé dans le centre commercial Belle Epine, [...] à Thiais (Val de Marne), pour une activité de commerce de vêtements pour homme, femme et enfant, d'articles de sport et d'accessoires s'y rattachant, sous l'enseigne Quicksilver (et/ou Roxylife ou Roxy). Ce bail a été conclu pour une durée de 12 années entières et consécutives, à effet du 1<sup>er</sup> août 2002 au 31 juillet 2014.

Par acte du 26 novembre 2013, la bailleuse a notifié un congé avec offre de renouvellement à compter du 1<sup>er</sup> août 2014, moyennant un loyer de base de 210.560 euros par an en principal.

Le 9 décembre 2014, la société locataire a notifié un mémoire préalable indiquant que le bail avait une durée contractuelle de 12 ans, que le loyer de renouvellement devait être fixé à la valeur locative et qu'au vu des prix couramment pratiqués dans le centre commercial Belle Epine, la valeur locative à retenir était de 775 euros/m<sup>2</sup> et par an.

Par acte d'huissier de justice du 10 février 2015, la société CARIBOO a fait assigner la bailleuse devant le juge des loyers commerciaux aux fins de voir fixer le prix du bail renouvelé au 1<sup>er</sup> août 2014 à 108.000 euros en principal, subsidiairement, d'ordonner une expertise.

Par jugement avant dire droit du 17 novembre 2015, le juge des loyers commerciaux a ordonné une expertise en vue de déterminer la valeur locative des locaux au 1<sup>er</sup> août 2014, a fixé le montant du loyer

provisionnel au montant du dernier loyer actuel, a fixé à 3000 euros le montant de la consignation à verser par la SECAR et a sursis à statuer sur les autres demandes.

M. Y Z, expert désigné in fine, a exécuté sa mission courant 2016 avec visite sur les lieux le 27 avril 2016, a rédigé son rapport le 23 février 2017 et l'a déposé au greffe.

Par jugement rendu le 27 juin 2018, le tribunal de grande instance de Créteil a :

— Déclaré la Société civile pour l'étude et l'aménagement du centre d'affaires régional de Rungis recevable en son action

— Entériné les conclusions du rapport d'expertise de monsieur Y Z du 23 février 2017

— Jugé que le bail commercial du 30 juillet 2002 sur le local n° 91, niveau 93 (niveau 1), situé Centre commercial régional Belle Epine, [...], [...], est renouvelé pour une période de douze années à compter du 1<sup>er</sup> août 2014 au profit de la SARL CARIBOO, aux mêmes clauses et conditions, à l'exception du loyer;

— Fixé le loyer du bail renouvelé à compter du 1<sup>er</sup> août 2014 à la valeur locative de 136.800,00 euros par an hors taxes et hors charges, sur la base d'une surface de 140 mètres carrés, au prix unitaire de 1.050,00 euros par mètre carré, et après déduction de l'impôt foncier de 3.024,00 euros et application d'un abattement de 5% au titre de la clause de loyer binaire;

— Jugé que la différence entre le nouveau loyer et le loyer provisionnel sera remboursée au preneur, majorée des intérêts au taux légal à compter du 1<sup>er</sup> août 2014, avec capitalisation des intérêts par application des dispositions de l'article 1154 du code civil;

— Jugé que le dépôt de garantie sera réajusté pour correspondre à trois mois de loyer hors taxes et hors charges;

— Condamné la Société civile pour l'étude et l'aménagement du centre d'affaires régional de Rungis aux entiers dépens, incluant notamment le coût de l'expertise judiciaire;

— Autorisé la SCP HB & Associés, Avocats, à recouvrer directement les dépens dont elle aurait fait l'avance sans recevoir provision suffisante, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile;

— Condamné la Société civile pour l'étude et l'aménagement du centre d'affaires régional de Rungis à payer à la société CARIBOO la somme de 3000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

— Ordonné l'exécution provisoire du jugement;

— Débouté les parties de leurs demandes plus amples ou contraires.

Par déclaration du 16 août 2018, la SOCIÉTÉ CIVILE POUR L'ETUDE ET L'AMÉNAGEMENT DU CENTRE D'AFFAIRES RÉGIONAL DE RUNGIS (SECAR) a interjeté appel de ce jugement.

Dans ses dernières conclusions, notifiées par le RPVA le 18 février 2020, la SOCIÉTÉ CIVILE POUR L'ETUDE ET L'AMÉNAGEMENT DU CENTRE D'AFFAIRES RÉGIONAL DE RUNGIS-SECAR demande à la cour de :

Vu les pièces susvisées et notamment l'article 35 du Bail ;

Vu les dispositions des articles L. 145-33, R. 145-2 à R. 145-8 du Code de Commerce en ce qu'elles

ne sont pas contraires à l'article 35 du Bail ;

Vu l'article 1134 du Code civil dans sa version antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

—DECLARER RECEVABLE la SOCIETE CIVILE POUR L'ETUDE ET L'AMENAGEMENT DU CENTRE D'AFFAIRES REGIONAL DE RUNGIS-SECAR en son appel.

—INFIRMER le Jugement du Juge des Loyers Commerciaux du Tribunal de Grande Instance de CRETEIL en date du 27 juin 2018.

En conséquence :

—DECLARER irrecevable la société CARIBOO en ses demandes, fins et prétentions.

—DIRE ET JUGER que le bail s'est renouvelé pour une durée de douze années entières et consécutives à compter du 1<sup>er</sup> août 2014, aux clauses et conditions du bail échu en ce compris la clause de loyer variable.

—FIXER le loyer de renouvellement au 1<sup>er</sup> août 2014 à la somme annuelle de 210 000 euros (DEUX CENT DIX MILLE EUROS) hors taxes et hors charges.

A titre subsidiaire et si par impossible la Cour d'Appel de PARIS devait ne pas retenir les loyers décapitalisés dans l'appréciation de la valeur locative :

—FIXER le loyer de renouvellement au 1<sup>er</sup> août 2014 à la somme annuelle de 168 000 euros (CENT SOIXANTE HUIT MILLE EUROS) hors taxes et hors charges

—DIRE ET JUGER qu'aucun correctif ne doit être appliqué à la valeur locative.

—DIRE ET JUGER que le dépôt de garantie sera réajusté pour toujours correspondre à trois mois du loyer hors taxes et hors charges.

—DIRE ET JUGER que le loyer fixé portera intérêts au taux légal conformément aux dispositions de l'article 1155 du Code civil, de plein droit à compter de sa date d'effet.

—DIRE ET JUGER que les intérêts échus depuis plus d'un an produiront eux-mêmes intérêts conformément aux dispositions de l'article 1154 du Code civil.

En toutes hypothèses :

—CONDAMNER la société CARIBOO à restituer, dès le prononcé de l'arrêt à intervenir, à la SOCIETE CIVILE POUR L'ETUDE ET L'AMENAGEMENT DU CENTRE D'AFFAIRES REGIONAL DE RUNGIS-SECAR la somme de 220 155,87 euros, que cette dernière a été amenée à lui régler du fait de l'exécution provisoire,

—DIRE que cette somme doit être majorée des intérêts de retard au taux de l'intérêt légal, à compter du 29 octobre 2018 jusqu'au jour effectif du remboursement.

—CONDAMNER la société CARIBOO à payer à la SOCIETE CIVILE POUR L'ETUDE ET L'AMENAGEMENT DU CENTRE D'AFFAIRES REGIONAL DE RUNGIS ' SECAR une somme de 8 000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

—CONDAMNER la société CARIBOO à payer à la SOCIETE CIVILE POUR L'ETUDE ET L'AMENAGEMENT DU CENTRE D'AFFAIRES REGIONAL DE RUNGIS ' SECAR la somme de

6 828 euros en remboursement des dépenses jusque-là engagées.

—CONDAMNER la société CARIBOO aux entiers dépens en application de l'article 695 du Code de procédure civile dont distraction au profit de Maître A B -Palais D 1250.

—Ordonner l'exécution provisoire.

Dans ses dernières conclusions, notifiées par le RPVA le 11 février 2020 , la SARL CARIBOO demande à la cour de :

Vu le bail,

Vu le congé avec offre de renouvellement,

Vu le rapport d'expertise du 23 février 2017

Vu les articles L.145-33, L.145-34, L.145-55, R.145-3, R.145-7, R.145-23 du Code de commerce,

Vu les articles 515, 699,700 du Code de procédure civile,

Vu les pièces versées aux débats,

—CONFIRMER la totalité des dispositions du jugement entrepris.

—DEBOUTER la SOCIETE CIVILE POUR L'ETUDE ET L'AMENAGEMENT DU CENTRE D'AFFAIRES REGIONAL DE RUNGIS-SECAR de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,

En conséquence,

—DIRE ET JUGER que le bail s'est renouvelé pour une durée de douze années entières et consécutives à compter du 1<sup>er</sup> août 2014 aux clauses et conditions du bail échu.

—FIXER le loyer de renouvellement au 1<sup>er</sup> août 2014 à la somme de 105.000 euros HT/HC, avec un abattement de 10 % pour charges exorbitantes, de 5 % pour loyer binaire, et déduction de la taxe foncière.

En toute hypothèse,

—CONDAMNER la SOCIETE CIVILE POUR LETUDE ET L'AMENAGEMENT DU CENTRE D'AFFAIRES REGIONAL DE RUNGIS-SECAR à payer à la société CARIBOO une somme de 10.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

—CONDAMNER la SOCIETE CIVILE POUR LETUDE ET L'AMENAGEMENT DU CENTRE D'AFFAIRES REGIONAL DE RUNGIS-SECAR aux entiers dépens en application de l'article 695 du Code de procédure civile, dont distraction au profit de Maître Frédérique ETEVENARD.

L'ordonnance de clôture a été prononcée le 18 février 2020.

#### MOTIFS

A titre liminaire, l'appelante demande de déclarer irrecevable la société CARIBOO en ses demandes, fins et prétentions sans soulever le moindre moyen d'irrecevabilité de sorte que cette demande ne sera pas accueillie.

Sur le montant du loyer du bail renouvelé à compter du 1<sup>er</sup> août 2014

L'appelante rappelle qu'au vu du rapport d'expertise judiciaire, le local loué se situe au sein du centre commercial Belle Epine qui a été agrandi en 1993, rénové en 2014/2015 présentant un aspect attractif en raison des commerces multimarques présents et par son architecture, très bien desservi et dont la fréquentation, malgré une légère baisse en 2014, est en progression constante; que les locaux bénéficient d'un bon emplacement au sein du centre commercial à proximité d'AUCHAN qui en est une des locomotives. Elle ajoute que le local, d'une configuration rectangulaire et homogène, présente un important linéaire contribuant à sa bonne visibilité.

L'appelante fait valoir que :

—le loyer minimum garanti a été fixé à l'origine du bail à la valeur locative,

—les parties ont convenu expressément que lors des renouvellements successifs, le loyer minimum garanti sera fixé par référence aux prix pratiqués pour des locaux équivalents du centre commercial;

—le juge ne pouvait donc pas réformer la convention des parties en fixant cette valeur par rapport aux dispositions statutaires et notamment l'article 145-33 du code de commerce qui n'est pas d'ordre public et appliquer ainsi des coefficients correcteurs non prévus par le bail.

Elle soutient que par prix pratiqués, il y a lieu d'entendre aussi bien les loyers que les droits d'entrée ou prix de cession par décapitalisation, la convention des parties n'étant pas limitée à la prise en compte des seuls loyers; que le prix désigne la valeur d'un bien qu'un locataire est prêt à payer pour signer un bail commercial; que le droit d'entrée fait donc partie de l'enveloppe financière que le preneur est prêt à payer pour un local donné et est ainsi indissociable du loyer; que le droit au bail correspond également au prix que le locataire est disposé à mettre en contrepartie du

local. Elle conclut à une valeur locative de 1500 euros/m<sup>2</sup> pour une surface de 140 m<sup>2</sup>, soit 210 000 euros/an/HT/HC, prenant en compte les loyers décapitalisés ou subsidiairement, à la somme de 1200 euros/m<sup>2</sup>.

Sur les références de prix pratiqués au sein du centre commercial, elle considère que la valeur locative devant être appréciée à la date de renouvellement, les références anciennes dont se prévaut le locataire doivent être écartées. Elle conteste également l'impact des fermetures évoquées par la société CARIBOO, notamment les Galeries Lafayette, qui se fonde sur un constat d'huissier postérieur à la date de renouvellement; qu'en tout état de cause le local qui était occupé par les Galeries a été commercialisé aux enseignes Primark, Kiabi et Fitness Park et elle conteste la baisse de commercialité du centre invoquée par la société CARIBOO.

L'intimée expose que :

—la valeur locative doit être fixée par référence aux critères de l'article L145-33 du code de commerce et R 145-3 à R145-8 du code de commerce;

—les références locatives doivent prendre en compte les locaux compris entre 100 et 300m<sup>2</sup> s'agissant de locaux équivalents, soit un prix unitaire d'environ 750 euros/m<sup>2</sup>; qu'il n'y a pas lieu d'écarter les références dont elle se prévaut sur le fondement du rapport de son expert amiable M. X,

—la valeur locative du concurrent direct de QUICKSILVER, l'enseigne ADIDAS, est de 939 euros/m<sup>2</sup>, bien moindre que la valeur locative proposée par l'expert judiciaire,

—il doit être tenu compte des difficultés rencontrées par le centre commercial, notamment la baisse de la chalandise depuis le départ des Galeries Lafayette, ce magasin étant une des locomotives du centre commercial et 14 boutiques étaient fermées à la date du 6 octobre 2017,

—le chiffre d'affaires du centre commercial est en baisse depuis 2010, il est vieillissant et

les travaux de rénovation, insuffisants pour que le centre retrouve son attractivité, n'ont été achevés qu'en avril 2015, postérieurement à la date de renouvellement du bail,

—le local est situé à proximité de la porte 14, dans une zone de fréquentation moins significative que celle des autres portes,

—il convient de tenir compte du taux d'effort dans l'évaluation de la valeur locative,

—contrairement à ce que prétend le bailleur, l'amortissement du pas de porte ou du prix d'acquisition du droit au bail commercial payé par les locataires voisins n'entre pas dans l'évaluation de la valeur locative ne s'agissant pas d'un élément constitutif du loyer.

Par application de l'article 1134 du code civil, dans sa version applicable à l'espèce antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 'Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.';

Il est admis que les dispositions de l'article L. 145-33 du code de commerce ne sont pas d'ordre public et que les parties peuvent fixer le loyer du bail renouvelé selon des modalités contractuelles qui leur sont propres.

L'article 35 «RENOUVELLEMENT» du bail stipule que :

«Le renouvellement éventuel du présent bail ne pourra être consenti et accepté que pour une nouvelle période de 12 ans.

Le loyer de renouvellement sera nécessairement le loyer à deux composantes de l'article 22 du présent bail, c'est-à-dire :

.un loyer de base égal à la valeur locative du local considéré à la date d'effet du renouvellement du bail,

.et un loyer variable complémentaire fixé au taux convenu aux conditions particulières du présent bail.

Les parties conviennent que le loyer de base du bail ainsi renouvelé, sera fixé d'un commun accord entre elles par référence aux prix pratiqués pour des locaux équivalents du centre commercial, sauf à être corrigé en considération des différences constatées entre le local et les locaux de référence.

A défaut d'accord amiable, les parties décident dès à présent de demander au juge compétent de fixer le loyer de base en fonction de la valeur locative, laquelle sera déterminée par ce dernier, selon les mêmes critères que ceux arrêtés ci-dessus en cas d'accord amiable".

La clause susvisée prévoyant, en cas de renouvellement du bail et à défaut d'accord des parties, que celles-ci demandent au juge compétent de fixer le loyer de base en fonction de la valeur locative ne se réfère pas à l'article L145-33 du code de commerce, mais renvoie, pour déterminer la valeur locative du loyer de base, à des modalités définies contractuellement.

Il s'ensuit que le loyer de base du bail renouvelé doit être déterminé conformément à la volonté des parties, à savoir par référence aux prix pratiqués pour des locaux équivalents du centre commercial, sauf à être corrigé en considération des différences constatées entre le local loué et les locaux de référence tel qu'il est stipulé aux dispositions de l'article 35 du bail.

S'agissant d'un centre commercial, lequel constitue une unité commerciale autonome, il est d'usage que les références locatives de comparaison soient issues dudit centre, ce qui n'est pas discuté par les parties et ressort d'ailleurs des dispositions contractuelles précitées.

La cour observe que la référence faite aux prix pratiqués au sein du centre commercial pour des locaux équivalents et les correctifs contractuellement prévus nécessitent que soient pris en compte, pour pouvoir les apprécier, les caractéristiques du local examiné, sa situation au sein du centre commercial ainsi que la situation du centre commercial où est implanté le local donné à bail et dont sont issues les références locatives de comparaison, ce qui n'est pas véritablement discuté par les parties qui s'y réfèrent toutes deux.

La cour renvoie par conséquent au jugement entrepris qui a détaillé de façon pertinente la situation des locaux, leur état et leur description. La cour ajoute que le procès-verbal de constat du 6 octobre 2017 produit par le preneur relatif aux fermetures de cellules commerciales est postérieur à la date de renouvellement du bail de sorte qu'il ne peut être pris en compte. En outre, l'expert judiciaire a précisé ne pas avoir constaté, lors de sa visite, de locaux fermés à proximité des locaux expertisés. Pareillement, la fermeture en décembre 2015 des Galeries Lafayette est intervenue postérieurement au renouvellement

du bail et il n'est pas établi que les travaux de rénovation du mail (peinture, éclairage, pose de garde-corps verriers et signalétiques) courant 2014 et 2015 soient intervenus en majeure partie avant la date de renouvellement du 1<sup>er</sup> août 2104 et en tout état de cause, ils n'ont été achevés que postérieurement de sorte que les améliorations de l'environnement commercial qui ont pu en résulter sont sans incidence sur la période du bail considérée.

Il n'est en revanche pas établi une réelle baisse de fréquentation du centre commercial pendant la durée du bail expiré et à la date de renouvellement, comme le soutient le preneur, la légère baisse enregistrée en 2014 n'étant pas significative. Enfin s'il résulte d'un article de presse du 27 juillet 2011 que des incivilités ont pu avoir lieu entre bandes de jeunes, il n'apparaît pas que le centre commercial soit, au vu du rapport d'expertise judiciaire, délaissé par le bailleur, ni affecté de problèmes récurrents de sécurité auxquels le bailleur n'aurait pas remédié.

Il s'ensuit qu'au vu de ces éléments et ceux figurant dans le jugement entrepris, le local bénéficie d'un emplacement favorable à l'activité exercée dans l'environnement immédiat de la locomotive Carrefour et de plusieurs enseignes de prêt-à-porter en synergie avec l'activité du preneur; que toutefois la liaison verticale avec le niveau inférieur est un simple escalier, les escalators étant un peu plus éloignés; que le local est situé entre deux portes moins fréquentées que les portes 1 et 3 situés au niveau 0 et dans un mail quelque peu vieillissant, le centre datant des années 70, dont les travaux de rénovation se sont achevés postérieurement à la date de renouvellement.

Les parties s'accordent sur une surface GLA de 140m<sup>2</sup>.

Par conséquent il sera retenu les références locatives correspondant à des locaux de surface équivalente aux locaux donnés à bail, à savoir compris entre 100m<sup>2</sup> et 180m<sup>2</sup>, situés au niveau 1 et pour des commerces d'équipement à la personne.

Le preneur se prévaut de références locatives proposés par M. X, expert immobilier qu'il a consulté. Toutefois ces références locatives ne mentionnent pas le nom des enseignes, ni leur localisation au sein du centre commercial et sont en majorité trop anciennes (entre 2003 et 2009) pour servir de termes de comparaison.

La cour considère que la prise en compte des prix pratiqués n'est pas limitée aux locations nouvelles. En effet, il s'agit d'estimer le loyer d'un local dont le bail est renouvelé et non de la location d'un local proposé

vide sur le marché, de sorte qu'il convient de tenir compte des références locatives de

renouvellement visées par l'expert judiciaire.

Il s'ensuit que les références pouvant être retenues, situées au niveau 1, sont les suivantes :

— locations nouvelles : ADIDAS bail du 20/09/2011 pour un local de 149m<sup>2</sup>, prix unitaire de 939 euros/m<sup>2</sup> ( *loyer décapitalisé 1442 euros/m<sup>2</sup>* ), UNDIZ bail du 03/05/2011, 169m<sup>2</sup>, loyer de 1015 euros/m<sup>2</sup> (*loyer décapitalisé 1570 euros/m<sup>2</sup>*)

— renouvellement : loyer unitaire entre 972 euros/m<sup>2</sup> et 1241 euros/m<sup>2</sup> pour des baux de 2012 et 2013 et des locaux entre 108m<sup>2</sup> et 140m<sup>2</sup>.

S'agissant de la prise en compte de loyers dits 'décapitalisés' pour les locations nouvelles, la cour constate que les loyers décapitalisés des deux références susvisées l'ont été en réintégrant le prix de cession du droit au bail lequel ne correspond pas à un loyer mais a le caractère d'une immobilisation que le locataire peut récupérer lors de la vente du fonds. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de prendre en considération ces loyers décapitalisés.

Enfin il n'y a pas lieu de prendre en compte le taux d'effort qui n'est pas un élément du prix étant relevé qu'au surplus, le chiffre d'affaires n'étant pas produit, ce taux d'effort n'est pas déterminable.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il convient de fixer la valeur locative des locaux donnés à bail à la somme de 1 050 euros x 140m<sup>2</sup>, soit 147 000 euros/an à l'instar du jugement entrepris.

S'agissant de la déduction de l'impôt foncier, la cour rappelle que les dispositions contractuelles fixant les critères de la détermination du loyer de base ne visent pas les dispositions du code de commerce; qu'aucune référence n'est faite à l'article L145-33 dudit code lequel vise en son alinéa 3 les obligations des parties, de sorte qu'il n'y a pas lieu de faire application des dispositions de l'article R 145-8 du code de commerce qui viennent préciser cet alinéa qui ne sont pas d'ordre public. En outre, l'article 35 du bail ne fait pas référence à des correctifs des prix pratiqués résultant des obligations des parties. Enfin, il est d'usage dans les centres commerciaux que la taxe foncière soit mise à la charge du preneur de sorte qu'elle ne constitue pas une clause exorbitante de droit commun, étant relevé que les dispositions de loi Pinel ne sont pas applicables, le bail s'étant renouvelé à la date du 1<sup>er</sup> août 2014.

Par conséquent, contrairement à ce qui a été retenu par le jugement entrepris, il n'y a pas lieu à déduction de la taxe foncière.

L'appelante sollicite l'infirmité du jugement entrepris qui a retenu un abattement de 5% au motif que le loyer variable correspondait à une charge qui pèse sur le preneur. Elle expose qu'il ne peut pas être justifié de l'abattement au regard des dispositions de l'article R 145-8 du code de commerce alors que le loyer variable n'est pas une obligation du bailleur dont il se serait déchargé sur sa locataire; que l'article 35 du bail ne se réfère pas aux dispositions de l'article L145-33 ou R 145-8 du code de commerce et ne

prévoit aucun correctif des prix pratiqués au regard des obligations respectives des parties; qu'en tout état de cause, il n'y a pas lieu à abattement lorsque les baux sont soumis au même régime, rappelant que la pratique d'un loyer composite est d'usage dans les centres commerciaux de sorte qu'un abattement de ce chef n'est pas justifié.

L'intimée réplique que bien que la pratique d'un loyer composite soit généralisée dans les centres commerciaux, il convient d'apprécier chaque cas particulier et de voir si des conditions particulières ont été négociées; que le fait que les loyers de référence des autres boutiques du centre commercial incluent les mêmes charges ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article R 145-8 du code de commerce. Elle fait valoir que la Cour de cassation a jugé qu'en présence d'un bail commercial comprenant un loyer minimum garanti et un loyer calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur, le juge statue selon les dispositions de l'article L145-33 du code de commerce

en appliquant l'abattement qui en découle, ce qui renvoie à l'article L145-33 alinéa 3 relatif aux obligations des parties telles que définies par l'article R 145-8 du code de commerce; que l'abattement doit être appliqué même dans l'hypothèse où le chiffre d'affaires du preneur n'a jamais atteint le seuil de déclenchement du loyer variable; qu'il existe un courant jurisprudentiel en ce sens.

La cour relève que dans les arrêts qui ont été rendus par la Cour de cassation le 6 novembre 2016 aux termes desquels le juge statue selon les critères de l'article L.145-33 du Code de commerce, notamment au regard de l'obligation contractuelle du preneur de verser en sus du minimum garanti, une part variable en appréciant l'abattement qui en découle, les baux stipulaient un loyer composé d'un loyer de base minimum et d'un loyer additionnel représentant un pourcentage déterminé du chiffre d'affaires de la locataire et ils prévoyaient, en cas de renouvellement, que, 'dans les termes et conditions découlant de la législation en vigueur, le loyer de base sera fixé selon la valeur locative telle que déterminée par les articles 23 à 23-5 du décret du 30 septembre 1953 ou tout autre texte

qui lui sera substitué', et qu'à 'défaut d'accord le loyer de base sera fixé judiciairement selon les modalités prévues à cet effet par la législation en vigueur'.

Dans l'arrêt du 29 novembre 2018, dans lequel la Cour de cassation ne fait plus référence à l'abattement découlant de la part variable du loyer, le bail commercial stipulait un loyer annuel hors taxes dont le montant sera égal à 7 % du chiffre d'affaires annuel hors taxes réalisé par le preneur dans les lieux loués qui ne pourra être inférieur à une certaine somme, étant convenu qu'à l'occasion de chacun des renouvellements successifs du bail, le loyer minimum garanti sera fixé à la valeur locative, appréciée au jour d'effet du bail renouvelé et que les parties soumettaient 'volontairement la procédure et les modalités de fixation de cette valeur locative aux dispositions des articles 23 à 23-9 et 29 à 31 du décret du 30 septembre 1953' et attribuaient 'compétence au juge des loyers du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble'.

Il s'ensuit que les baux conclus entre les parties dans les pourvois examinés par la Cour de cassation stipulaient expressément, en cas de désaccord, que le loyer de base soit fixé par le juge selon la valeur locative telle que déterminée par les dispositions du statut des

baux commerciaux, et notamment de l'article L145-33 issu de la codification du décret du 30 septembre 1953; que les parties avaient donc convenu de faire application, en cas de fixation par le juge, des dispositions des articles 23 à 23-9 et 29 à 31 du décret du 30 septembre 1953.

Le bail dont s'agit en son article 35, s'il prévoit le recours au juge en cas de désaccord des parties pour fixer le loyer de base en fonction de la valeur locative, stipule que la valeur locative sera déterminée par ce dernier par référence aux prix pratiqués pour des locaux équivalents du centre commercial, sauf à être corrigé en considération des différences constatées entre le local et les locaux de référence.

Les parties n'ont par conséquent pas convenu de se référer à l'article L 145-33 du code de commerce, lequel n'est pas d'ordre public; de sorte que son alinéa 3 aux termes duquel la valeur locative est déterminée d'après les obligations respectives des parties, n'est pas applicable, et pas davantage les dispositions qui en découlent de l'article R145-8 du code de commerce.

Il s'ensuit qu'il ne peut pas être pratiqué un abattement au titre de la part variable du loyer.

A titre surabondant, la cour observe que le loyer de bail tel que stipulé à l'article 22 du bail, auquel renvoie expressément l'article 35, est en réalité un loyer variable correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires, 'loyer qui ne peut être inférieur à un loyer minimum garanti-imputable et non additionnel-égal à la valeur locative de base du local donnée à bail'. Il s'ensuit qu'en tout état de cause, le loyer du bail renouvelé ne constitue pas une obligation contractuelle à la charge du preneur de verser en plus du loyer garanti une part variable puisqu'il s'agit d'un loyer variable assis sur le

chiffre d'affaires qui ne peut être inférieur au loyer minimum garanti égal à la valeur locative.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il convient de fixer le loyer de base du bail renouvelé à compter du 1<sup>er</sup> août 2014 à la somme de 147 000 euros par an hors taxes et hors charges.

Le jugement sera donc infirmé sur le montant du loyer de base du bail renouvelé le 1<sup>er</sup> août 2014.

Il y a néanmoins lieu de le confirmer en ce qu'il a dit que la différence entre le nouveau loyer et le loyer provisionnel sera remboursée au preneur, majorée des intérêts au taux légal à compter du 1<sup>er</sup> août 2014, avec capitalisation des intérêts dès lors que le loyer ainsi fixé à la somme de 147 000 euros reste inférieur au loyer de base quittancé au 1<sup>er</sup> août 2014 qui s'est élevé selon le jugement entrepris à la somme de 175 227,71 euros par an/HT/HC.

Par conséquent la demande du bailleur de dire que le nouveau loyer portera intérêt au taux légal, avec capitalisation des intérêts, à compter de sa prise d'effet sera rejetée.

Sur la demande de restitution de la somme de 220 155,87 euros

L'appelante sollicite que la société CARIBOO soit condamnée à lui restituer la somme de 220 155,87 euros, avec intérêts à taux légal, qu'elle a été amenée à lui régler du fait de l'exécution provisoire.

Cette demande est sans objet en vertu du présent arrêt, un arrêt infirmatif sur le quantum constituant un titre de recouvrement.

Sur les demandes accessoires

Le jugement entrepris étant en partie confirmé au principal, il le sera également au titre des dépens incluant les frais d'expertise judiciaire mis à la charge du bailleur et de l'application de l'article 700 du code de procédure civile, la cour renvoyant à la motivation du jugement.

Par conséquent, il n'y a pas lieu de condamner la société CARIBOO à régler la somme de 6 828 euros au titre des dépenses engagées comprenant l'état des frais de l'expert judiciaire et la condamnation en 1<sup>re</sup> instance au titre de l'article 700.

L'équité commande en revanche de ne pas prononcer de condamnation au titre de l'article 700 du code de procédure civile en appel.

Chacune des parties succombant partiellement en ses prétentions, il sera fait masse des dépens d'appel et dit qu'ils seront supportés par moitié par chacune des parties avec distraction au bénéfice des avocats postulants qui en ont fait la demande en application de l'article 699 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

Infirmé le jugement entrepris en ce qu'il a fixé le loyer du bail renouvelé à compter du 1<sup>er</sup> août 2014 à la valeur locative de 136.800,00 euros par an hors taxes et hors charges, sur la base d'une surface de 140 mètres carrés, au prix unitaire de 1.050.00 euros par mètre carré, et après déduction de l'impôt foncier de 3.024,00 euros et application d'un abattement de 5% au titre de la clause de loyer binaire,

Le confirme en ses autres dispositions,

Statuant à nouveau et y ajoutant,

Dit n'y avoir lieu à déduction de l'impôt foncier,

Dit n'y avoir lieu à abattement de la valeur locative du loyer de base du bail renouvelé au 1<sup>er</sup> août 2014 au titre d'un loyer binaire,

Fixe le montant du loyer de base du bail renouvelé à compter du 1<sup>er</sup> août 2014 à la somme de 147 000 euros par an hors taxes et hors charges,

Dit n'y avoir lieu à condamnation au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Rejette les demandes plus amples ou contraires,

Fait masse des dépens d'appel et dit qu'ils seront supportés par moitié par chacune des parties avec distraction au bénéfice des avocats postulants qui en

ont fait la demande en application de l'article 699 du code de procédure civile.

LA GREFFIÈRE LA PRÉSIDENTE