

Texte de la décision

CIV. 3

MF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 19 novembre 2020

Rejet

M. CHAUVIN, président

Arrêt n° 880 FS-P+B+I

Pourvoi n° X 19-20.405

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, DU 19 NOVEMBRE 2020

La société Caravelle, société civile immobilière, dont le siège est [...], a formé le pourvoi n° X 19-20.405 contre l'arrêt rendu le 19 décembre 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 3), dans le litige l'opposant à la société K... Y..., société d'exercice libéral à responsabilité limitée, dont le siège est [...] prise en la personne de Mme A... K..., en qualité de liquidateur judiciaire de la société Cap Aud, Paris, défenderesse à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Aldigé, conseiller référendaire, les observations de la SCP Spinosi et Sureau, avocat de la société Caravelle, de la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de la société K... Y..., ès qualités, après débats en

l'audience publique du 6 octobre 2020 où étaient présents M. Chauvin, président, Mme Aldigé, conseiller référendaire rapporteur, M. Echappé, conseiller doyen, Mme Andrich, MM. Barbieri, Jessel, David, conseillers, Mme Collomp, MM. Béghin, Jariel, Mme Schmitt, conseillers référendaires, et Mme Besse, greffier de chambre,

la troisième chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 décembre 2018), la société Hausmann-Italiens a donné à bail à M. X... des locaux commerciaux à compter du 1er avril 1998 pour une durée de neuf années.
2. Le 30 mars 2007, la société civile immobilière Caravelle (la SCI), devenue propriétaire des lieux loués, a donné congé à M. X... avec offre de renouvellement du bail à compter du 1er octobre 2007, moyennant un loyer annuel en principal de 86 000 euros. Le loyer du bail renouvelé a été fixé judiciairement à la somme annuelle de 57 970 euros en principal.
3. Le 4 octobre 2013, M. X... a cédé son fonds de commerce à la société Cap Aud.
4. Le 5 août 2014, la SCI a délivré à la société Cap Aud un commandement de payer la somme de 19 589,13 euros au titre des loyers et charges dus au 28 juillet 2014, puis l'a assignée en référé en acquisition de la clause résolutoire. Un arrêt du 19 novembre 2015, qui a déclaré acquise la clause résolutoire au 5 octobre 2014, a été cassé (3e Civ., 27 avril 2017, pourvoi n° 16-12.179).
5. Le 13 janvier 2016, la société Cap Aud a assigné à jour fixe la SCI aux fins de voir déclarer réputée non écrite la clause de révision du loyer stipulée au bail, annuler le commandement de payer et, subsidiairement, se voir accorder des délais de paiement rétroactifs et la suspension des effets de la clause résolutoire. La SCI a soulevé l'irrecevabilité des demandes et conclu au rejet de la demande de délais.
6. Un jugement du 23 mars 2017 a ouvert une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de la société Cap Aud et désigné la société K... Y... en qualité de liquidateur judiciaire.

Examen des moyens

Sur le premier moyen Enoncé du moyen

7. La SCI fait grief à l'arrêt de rejeter la fin de non-recevoir tirée du non-respect par la société Cap Aud du principe de cohérence et déclaré celle-ci recevable en ses demandes, alors « que le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui peut s'appliquer à deux instances dès lors que celles-ci ont le même objet ; qu'en l'espèce, après avoir relevé que la SCI Caravelle soutenait que la société Cap Aud s'était contredite en sollicitant d'abord la suspension des effets de la clause résolutoire lors de la procédure de référé, reconnaissant ainsi la validité du commandement de payer, puis la nullité de ce commandement lors de la procédure au fond, la cour d'appel a affirmé que nul ne peut se contredire au détriment d'autrui au cours d'une même procédure et que, par conséquent, ce principe était inapplicable aux deux procédures litigieuses, en référé et au fond, avant pourtant de constater que la société Cap Aud avait poursuivi, dans ces deux procédures, le même but, à savoir, la conservation de son titre locatif ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé, par refus d'application, le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui et l'article 122 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

8. La cour d'appel ayant rejeté la demande d'annulation du commandement formée par la société Cap Aud, la SCI est sans intérêt à critiquer la disposition de l'arrêt déclarant cette demande recevable.

9. Le moyen est donc irrecevable.

Sur le deuxième moyen

Enoncé du moyen

10. La SCI fait grief à l'arrêt de rejeter la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action de la société Cap Aud en contestation des clauses du bail, de déclarer la société Cap Aud recevable en ses demandes et, en conséquence, de déclarer que la clause de révision stipulée aux termes de l'article XIV du bail commercial du 20 mars 1998 est réputée non écrite, alors :

« 1°/ qu'en l'absence de disposition transitoire expresse contraire de la loi nouvelle et à défaut de considérations d'ordre public particulièrement impératives, les contrats demeurent soumis à la loi ancienne en vigueur à la date de leur conclusion ; qu'en l'espèce, pour rejeter la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action de la société Cap Aud en contestation des clauses du bail, la cour d'appel a considéré que la loi du 18 juin 2014, qui a modifié la rédaction de l'article L. 145-15 du code de commerce, s'applique aux baux en cours lors de son entrée en vigueur et a relevé que l'action de la société Cap Aud, formalisée par un acte d'huissier de justice du 13 janvier 2016, avait été introduite postérieurement à l'entrée en vigueur de l'article L. 145-15 du code de commerce, pris dans sa nouvelle rédaction, quand la modification apportée à l'article L. 145-15 du code de commerce par cette loi, qui ne comporte pas de disposition transitoire expresse contraire et qui n'a pas été prise pour des considérations d'ordre public particulièrement impératives, ne pouvait s'appliquer au bail commercial litigieux conclu le 20 mars 1998 ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article L. 145-15 du code de commerce, pris dans sa rédaction antérieure à la loi du 18 juin 2014, ensemble le principe de survie de la loi ancienne ;

2°/ que l'action tendant à faire déclarer non écrite une clause ayant pour effet de faire échec au droit de renouvellement d'un bail commercial se prescrit par deux ans ; qu'en l'espèce, pour rejeter la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action de la société Cap Aud en contestation des clauses du bail, la cour d'appel a considéré que l'action en reconnaissance du caractère non écrit d'une clause n'est pas soumise à la prescription et que, par conséquent, l'action de la société Cap Aud tendant à voir déclarer non écrite la clause du bail relative à la « révision » est imprescriptible et n'est pas soumise au délai de l'article L. 145-60 du code de commerce ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article L. 145-15 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 18 juin 2014, ensemble l'article L. 145-60 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

11. La cour d'appel a relevé que la loi du 18 juin 2014, en ce qu'elle a modifié l'article L. 145-15 du code de commerce, a substitué, à la nullité des clauses ayant pour effet de faire échec aux dispositions des articles L. 145-37 à L. 145-41 du code de commerce, leur caractère réputé non écrit.

12. Elle a retenu à bon droit que ce texte est applicable aux baux en cours et que l'action tendant à voir réputer non écrite une clause du bail n'est pas soumise à prescription.

13. Elle en a exactement déduit que l'action tendant à voir réputer non écrite la clause du bail relative à la révision du loyer, formée le 13 janvier 2016, soit après l'entrée en vigueur de la loi précitée, était recevable.

14. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le troisième moyen Enoncé du moyen

15. La SCI fait grief à l'arrêt de dire que les causes du commandement de payer délivré le 5 août 2014 étaient partiellement fondées et que les conditions d'acquisition de la clause résolutoire étaient réunies, mais que, par l'effet des délais rétroactifs accordés jusqu'au 9 juin 2015 à la société Cap Aud pour apurer les causes du commandement, celle-ci est réputée n'avoir jamais joué, alors :

« 1°/ que les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée ; qu'en l'espèce, après avoir considéré que les causes du commandement du 5 août 2014 étaient pour partie infondées, que la société Cap Aud avait versé au 9 juin 2015, entre les mains de l'huissier de justice, la totalité des causes du commandement, à savoir les loyers et indemnités d'occupation échus jusqu'en juin 2015, ainsi que le coût de l'ensemble des actes de procédure engagés par la SCI Caravelle pour parvenir à son expulsion, et qu'il y avait lieu de tenir compte des efforts fournis par la société locataire pour s'en acquitter, de la situation de la débitrice et des besoins de la créancière, la cour d'appel a accordé à la société Cap Aud des délais rétroactifs au 9 juin 2015 et a dit qu'en conséquence la clause résolutoire n'avait pu produire ses effets, quand les dispositions de l'article L. 145-41 du code de commerce ne confèrent pas aux juges du fond la faculté d'accorder des délais de paiement de manière rétroactive ; qu'en se statuant ainsi, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 145-41 du code de commerce ;

2°/ que les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée ; qu'en l'espèce, pour accorder à la société Cap Aud des délais rétroactifs au 9 juin 2015 et dire, en conséquence, que la clause résolutoire n'avait pu produire ses effets, la cour d'appel, après avoir considéré que les causes du commandement du 5 août 2014 étaient pour partie infondées, a constaté que cette société avait versé au 9 juin 2015, entre les mains de l'huissier de justice, la totalité des causes du commandement, à savoir les loyers et indemnités d'occupation échus jusqu'en juin 2015, ainsi que le coût de l'ensemble des actes de procédure engagés par la SCI Caravelle pour parvenir à son expulsion, et a tenu compte des efforts fournis par la société locataire pour s'en acquitter, de la situation de la débitrice et des besoins de la créancière, sans rechercher, comme cela lui était pourtant demandé, si, au moment où la société Cap Aud avait sollicité un délai de paiement, la résiliation n'avait pas déjà été prononcée par une décision de justice ayant acquis autorité de chose jugée ; qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 145-41 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

16. La cour d'appel a relevé que, si les causes du commandement de payer étaient partiellement fondées et si les conditions d'acquisition de la clause résolutoire étaient réunies, la société locataire avait réglé, le 9 juin 2015, toutes les sommes dues entre les mains de l'huissier de justice poursuivant.

17. Elle a souverainement retenu, sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, que, compte tenu des efforts de la société locataire pour apurer la dette locative, il y avait lieu de lui accorder des délais rétroactifs au 9 juin 2015 en application de l'article L. 145-41 du code de commerce et en a exactement déduit que la clause résolutoire n'avait pas produit ses effets.

18. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le quatrième moyen

Enoncé du moyen

19. La SCI fait grief à l'arrêt de dire que les causes du commandement de payer délivré le 5 août 2014 n'étaient pas partiellement fondées et que les conditions d'acquisition de la clause résolutoire étaient réunies mais que, par l'effet des délais rétroactifs accordés jusqu'au 9 juin 2015 à la société Cap Aud pour apurer les causes du commandement, celle-ci est réputée n'avoir jamais joué, qu'en conséquence, l'expulsion de la société Cap Aud des locaux donnés à bail, réalisée en exécution d'un titre devenu inexistant ouvre droit pour la société locataire à un rétablissement de ses droits par équivalent, égal au moins à la valeur du fonds de commerce, de condamner la SCI Caravelle à rembourser à la société Cap Aud le coût des actes engagés à l'occasion de l'exécution forcée de la décision d'expulsion obtenue en référé devenus sans cause, de dire qu'un compte serait fait entre les parties, après le dépôt du rapport d'expertise, de débouter la SCI Caravelle de sa demande en paiement des loyers, charges, accessoires et indemnités d'occupation arrêtées au

4ème trimestre 2014 , de débouter la SCI Caravelle de sa demande en fixation d'une indemnité mensuelle d'occupation, de rejeter la demande de la SCI Caravelle en paiement de la somme de 79 609,92 euros au titre des indemnités d'occupation échues entre le 11 juin 2015 et le 11 février 2016, et de rejeter sa demande en dommages-intérêts pour procédure abusive, alors :

« 1°/ que la cassation s'étend à l'ensemble des dispositions de la décision censurée qui présentent un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire entre elles ; qu'en l'espèce, la cassation à intervenir sur le premier ou le deuxième moyen du pourvoi relatifs à la recevabilité de l'action de la société Cap Aud entraînera l'annulation, par voie de conséquence, de tous les chefs de dispositif de l'arrêt attaqué visés par ce quatrième moyen, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ que la cassation s'étend à l'ensemble des dispositions de la décision censurée qui présentent un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire entre elles ; qu'en l'espèce, la cassation à intervenir sur le troisième moyen du pourvoi relatif à la validité du commandement de payer et aux délais de paiement accordés jusqu'au 9 juin 2015 à la société Cap Aud pour apurer les causes du commandement entraînera l'annulation, par voie de conséquence, des chefs du dispositif de l'arrêt attaqué ayant dit que l'expulsion de la société Cap Aud des locaux donnés à bail, réalisée en exécution d'un titre devenu inexistant ouvre droit pour la société locataire à un rétablissement de ses droits par équivalent, égal au moins à la valeur du fonds de commerce, d'avoir condamné la SCI Caravelle à rembourser à la société Cap Aud le coût des actes engagés à l'occasion de l'exécution forcée de la décision d'expulsion obtenue en référé devenus sans cause, d'avoir dit qu'un compte serait fait entre les parties, après le dépôt du rapport d'expertise, d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en paiement des loyers, charges, accessoires et indemnités d'occupation arrêtées au 4e trimestre 2014, d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en fixation d'une indemnité mensuelle d'occupation, d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en paiement de la somme de 79 609,92 euros au titre des indemnités d'occupation échues entre le 11 juin 2015 et le 11 février 2016, et d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en dommages-intérêts pour procédure abusive, en application de l'article 624 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

20. La cassation n'étant pas prononcée sur les premier et deuxième moyens, le grief tiré d'une annulation par voie de conséquence est devenu sans portée.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Caravelle aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Caravelle et la condamne à payer à la société K... Y... en qualité de liquidateur de la société Cap Aud la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix-neuf novembre deux mille vingt. MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Spinosi et Sureau, avocat aux Conseils, pour la société Caravelle.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté la fin de non-recevoir tirée du non-respect par la SARL Cap Aud du principe de cohérence et déclaré la SARL Cap Aud recevable en ses demandes ;

Aux motifs que « La SCI Caravelle a principalement soutenu que la locataire en se bornant à solliciter la suspension des effets de la clause résolutoire devant la cour d'appel saisie d'un recours interjeté à l'encontre de l'ordonnance de référé, reconnaissait ainsi la validité du commandement de payer, et ne pouvait dans le cadre de la présente procédure

poursuivre sa nullité ; que ces deux procédures opposent les mêmes parties, ont le même objet, soit le commandement de payer du 5 avril 2014 et ont la même fin : l'acquisition ou la suspension des effets de la clause résolutoire ; que de surcroît, la société locataire n'a pas contesté le montant des sommes objet du commandement de payer et s'est acquittée de l'intégralité de l'arriéré locatif réclamé auprès de l'huissier poursuivant, sans formuler aucune réserve lors du paiement ; qu'il s'agit d'un aveu judiciaire sur lequel la société locataire ne peut revenir. Les intimées s'opposent à cette fin de non-recevoir et font valoir que la théorie de l'estoppel n'est pas applicable quand, comme au cas d'espèce, les actions engagées sont de nature et de fondement distinct.

La cour relève que, s'il nul ne peut se contredire au détriment d'autrui au cours d'une même procédure, il en va différemment, lorsqu'il s'agit comme en l'espèce, d'une part de moyen soulevé en défense dans le cadre d'une procédure de référé, introduite par la bailleuse et d'autre part, d'une action au fond introduite par la société locataire. De plus, il n'y a eu en l'espèce, aucun changement d'attitude de la locataire de nature à induire la bailleuse en erreur sur ses intentions, la société locataire en sollicitant la suspension à titre rétroactif des effets de la clause résolutoire du bail ou en poursuivant la nullité du commandement, reproduisant ladite clause, poursuivant dans les deux cas le même but, à savoir, la conservation de son titre locatif.

Il ne peut être soutenu que la société locataire a renoncé à la contestation du montant de la dette, au motif qu'elle a payé les sommes réclamées par l'huissier, alors qu'elle n'y a procédé que dans le cadre de la contrainte afin d'éviter son expulsion, laquelle est cependant intervenue, malgré l'apurement de la dette » ;

Et aux motifs éventuellement adoptés que « La SCI Caravelle soutient, en premier lieu, que la SARL Cap Aud est irrecevable en ses demandes, sur le fondement de l'article 122 du code de procédure civile, aux motifs qu'elle n'a pas respecté le principe de cohérence et de loyauté dans les débats en ce qu'elle se prévaut, dans le cadre de la présente instance, de la nullité du commandement de payer visant la clause résolutoire qui lui a été délivré le 5 août 2014 alors qu'elle n'avait contesté sa dette locative ni devant le juge des référés ni devant la cour d'appel.

La SARL Cap Aud considère ses demandes recevables, faisant valoir que les paiements opérés entre les mains de l'huissier de justice et ses écritures devant la cour d'appel, ne peuvent suffire à considérer qu'elle a expressément reconnu sa dette locative, dans sa nature ou dans son quantum.

L'article 122 du code de procédure civile dispose que constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, telle défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.

Si, en application de cet article, est sanctionné le comportement déloyal d'une partie dans le pouvoir d'agir en justice, la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir.

En l'espèce, il n'est pas contesté que, par arrêt du 19 novembre 2015, la cour d'appel de Paris a confirmé l'ordonnance du 29 janvier 2015 ayant constaté l'acquisition de la clause résolutoire insérée dans le bail liant la SCI Caravelle et la SARL Cap Aud et débouté la société locataire de sa demande en délais de paiement.

Cependant, l'action en opposition à commandement de payer engagée par la SARL Cap Aud devant le tribunal de grande instance est distincte de celle engagée en référé par la SCI Caravelle en ce qu'elle tend, à titre principal, au prononcé de la nullité du commandement du 5 août 2014 et non en la seule suspension des effets de la clause résolutoire.

Dès lors, la SCI Caravelle apparaît mal fondée à se prévaloir du principe selon lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui et la SARL Cap Aud sera déclarée recevable en ses demandes » ;

Alors que le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui peut s'appliquer à deux instances dès lors que celles-ci ont le même objet ; qu'en l'espèce, après avoir relevé que la SCI Caravelle soutenait que la SARL Cap Aud s'était contredite en sollicitant d'abord la suspension des effets de la clause résolutoire lors de la procédure de référé, reconnaissant ainsi la validité du commandement de payer, puis la nullité de ce commandement lors de la procédure au fond, la cour d'appel a affirmé que nul ne peut se contredire au détriment d'autrui au cours d'une même

procédure et que, par conséquent, ce principe était inapplicable aux deux procédures litigieuses, en référé et au fond, avant pourtant de constater que la SARL Cap Aud avait poursuivi, dans ces deux procédures, le même but, à savoir, la conservation de son titre locatif ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé, par refus d'application, le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, ensemble l'article 122 du code de procédure civile.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action de la SARL Cap Aud en contestation des clauses du bail, déclaré la SARL Cap Aud recevable en ses demandes et, en conséquence, en ce qu'il a dit que la clause de révision stipulée aux termes de l'article XIV du contrat de bail commercial du 20 mars 1998 liant la SCI Caravelle à la SARL Cap Aud est réputée non écrite ;

Aux motifs propres que « La SCI Caravelle soulève en outre la prescription de la demande de la société locataire tendant à obtenir le prononcé de la nullité de la clause du bail relative à la révision du loyer en application de l'article L. 145-60 du code de commerce. Elle soutient que la loi du 18 juin 2014, ne contient aucune disposition transitoire quant à la date d'entrée en vigueur de la modification de la rédaction de l'article L. 145-15 du code de commerce, que dès lors, la convention demeure régie par le droit existant au moment de sa conclusion, que quand bien même la loi nouvelle s'appliquerait aux baux en cours lors de son entrée en vigueur, il n'en demeure pas moins que la prescription biennale de l'article L. 145-60 dudit code est toujours en vigueur, de sorte la demande de nullité du commandement et des actes subséquents devient sans objet et donc irrecevable.

Ce à quoi s'oppose la société locataire qui fait remarquer qu'elle poursuit le prononcé du caractère non écrit de ladite clause, en application de l'article L. 145-15 du code de commerce, dans sa rédaction donnée par la loi du 18 juin 2014, lequel est imprescriptible. Elle soutient en outre que la présente procédure ayant été introduite après l'entrée en vigueur de cette loi, celle-ci intervenant en matière statutaire et sur une question d'ordre public est d'application immédiate ; que de surcroît, la révision triennale trouvant sa source dans la loi, elle constitue un effet légal du contrat, alors que le principe de non-rétroactivité des lois ne trouve pas à s'appliquer aux "effets légaux" d'un contrat qui sont régis par la loi en vigueur au moment où ils se produisent.

La cour relève que la loi du 18 juin 2014, en ce qu'elle a modifié la rédaction de l'article L. 145-15 du code de commerce, substituant le terme "nullité" en "non écrit" si elle ne s'applique pas aux procédures en cours, s'applique aux baux en cours.

En l'espèce, l'action a été introduite par la société Cap Aud par un acte d'huissier de justice en date du 13 janvier 2016, postérieurement à l'entrée en application de l'article L. 145-15 du code de commerce, dans sa nouvelle version.

L'action en reconnaissance du caractère non écrit d'une clause n'est pas soumise à la prescription.

En conséquence, l'action de la locataire tendant à voir déclarée non écrite la clause du bail relative à la "révision" étant imprescriptible, n'est pas soumise au délai de l'article L. 145-60 du code de commerce.

Dès lors, il convient de rejeter la demande d'irrecevabilité de ce chef présentée par la bailleuse. []

Sur le caractère non écrit de la clause du bail intitulée "révision".

Pour conclure à la nullité du commandement, la société locataire soutient tout d'abord que des sommes dont le paiement était réclamé dans cet acte étaient dépourvues de fondement dans la mesure où elles résultaient de l'application d'une clause du bail, qui devait être déclarée non écrite.

La SCI Caravelle, fait valoir qu'en tout état de cause quand bien même la clause litigieuse ne pourrait s'appliquer, la révision légale demeure possible, or celle-ci est intervenue par lettre du 19 septembre 2013 adressée à M. X... à effet au 1er octobre 2013 ; puis réitérée par une lettre officielle du conseil de la SCI en date du 27 septembre 2013 ; que M. X...

s'est acquitté du nouveau loyer, qu'il en a été de même de la société Cap Aud, d'autant que le montant du loyer révisé au 1er octobre 2013 était indiqué dans l'acte de cession du fonds de commerce. L'intimée soutient que compte tenu de sa rédaction, la clause litigieuse n'est pas une clause d'échelle mobile, car elle n'a pas de caractère automatique ; que la révision dont se prévaut la société bailleuse est irrégulière car, le courrier du 19 septembre 2013 n'a pas été envoyé sous forme recommandée, que de surcroît cette révision est intervenue un an seulement après la précédente modification du loyer alors, que l'article L. 145-38 du code de commerce impose un délai de trois ans entre chaque révision légale.

La clause litigieuse est rédigée de la manière suivante :

"XIV révision du loyer :

Le loyer sera révisé, légalement en plus ou en moins, à l'initiative du bailleur tous les ans à la date anniversaire de la date de prise d'effet du bail, telle que définie ci-dessus et pour la première fois le 1er avril 1999, par application des dispositions des articles 26 et 27 du décret du 30 septembre 1953 ou de tout texte qui fixerait d'autres modalités pour les révisions légales".

La cour relève que la clause litigieuse, en ce qu'elle stipule une "révision" annuelle du loyer, à la demande du bailleur et vise des dispositions relatives aux révisions légales du loyer, doit être réputée non écrite, en ce qu'elle ne correspond pas à une clause d'échelle mobile au fonctionnement automatique.

Certes, le caractère non écrit de cette clause ne peut pas priver la société bailleuse du bénéfice des dispositions de l'article L. 145-38 du code de commerce relatives à la révision triennale, ainsi que cette dernière le souligne. Cependant, une telle révision légale doit intervenir dans les conditions prévues par les textes.

En l'espèce, c'est à juste titre que la société locataire fait valoir que la notification d'une telle révision qui serait intervenue par lettre simple le 19 septembre 2013 est irrégulière dans la mesure où elle celle-ci ne peut intervenir que tous les trois ans à compter du jour où le nouveau prix sera applicable. En effet, le montant du loyer du bail renouvelé le 1er octobre 2007, entre la SCI Caravelle et M. P... X... pour les locaux litigieux a été fixé par jugement du juge des loyers commerciaux du tribunal de grande instance de Paris le 20 décembre 2012 à la somme annuelle de 57.970 euros. Le courrier du 13 septembre 2013, précisait qu'à compter du 1er octobre 2013, le loyer "passera de la somme de 16.920,13 euros à celle de 17.223,58 euros" compte tenu de la variation de l'indice de base du premier trimestre 2012 : 1617" et de l'indice "révisé du 1er trimestre 2013 : 1646". Dans ces conditions, la révision légale n'est pas intervenue dans les conditions de l'article L. 145-38 du code de commerce et n'a pu produire effet, puisqu'elle a été effectuée par rapport au montant du loyer fixé l'année précédente.

Le fait que ces montants aient été mentionnés dans l'acte de cession du fonds de commerce intervenu le 4 octobre 2013, que M. X...ait accepté de payer un rappel de loyer à ce titre et que la société Cap Aud ait accepté de payer par la suite le montant du loyer ainsi révisé, ne peut suffire à régulariser la révision irrégulièrement intervenue, ces paiements étant équivoques » ;

Et aux motifs éventuellement adoptés que « La SCI Caravelle soutient, ensuite, que l'action en nullité de la clause relative à la révision des loyers est soumise à la prescription biennale de l'article L. 145-60 du code de commerce, commençant à courir à compter de la signature du bail, soit le 20 mars 1998, ou, à défaut, de la date d'entrée dans les lieux de la SARL Cap Aud, soit le 4 octobre 2013. Elle en déduit qu'en tout état de cause, les demandes de la SARL Cap Aud sont irrecevables pour être prescrites.

En réponse, la SARL Cap Aud fait valoir qu'elle fonde son opposition à commandement de payer non sur la nullité de la clause de révision, mais sur son caractère non écrit, action qu'elle considère imprescriptible en application des articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce tel qu'issus de la loi du 18 juin 2014, qu'elle soutient être d'application immédiate.

Conformément à l'article L. 145-60 du code de commerce, les actions exercées en application des articles L. 145-1 et suivants du code de commerce se prescrivent par deux ans.

L'article L. 145-15 du code de commerce dispose que sont réputés non écrits, qu'elle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54.

Cet article confère, notamment, un caractère d'ordre public aux dispositions relatives à la révision des loyers.

En application de cet article, une clause sanctionnée en étant déclarée réputée non écrite est inexistante. Il en résulte que la prescription biennale des actions fondées sur les dispositions statutaires est inapplicable.

Dès lors, la demande en nullité du commandement formée par la SARL Cap Aud, sur le fondement du caractère non écrit de la clause du bail intitulée "Révision" en application de l'article L. 145-15 du code de commerce, sera déclarée recevable. [

]

Sur le caractère non écrit de la clause de révision insérée dans le bail du 20 mars 1998 :

La SARL Cap Aud soutient, en premier lieu, que la clause XIV du contrat de bail, intitulée "révision du loyer", doit être réputée non écrite en ce qu'elle contrevient, en permettant une révision annuelle du loyer, aux dispositions d'ordre public des articles L. 145-15, L. 145-37 et L. 145-38 du code de commerce.

Elle déduit du caractère non écrit de cette clause que, faute pour la société bailleuse d'avoir demandé la révision judiciaire du loyer, celui-ci demeurerait équivalent au montant judiciairement fixé par jugement du 20 décembre 2012 à la somme annuelle de 57.970 euros, hors taxes et hors charges et, qu'en conséquence, le commandement de payer visant un loyer trimestriel de 17.2236,58 euros, hors taxes et hors charges, soit 68.894,32 euros, est nul.

Elle évalue les trop-versés de loyers entre le 5 octobre 2013 et le 11 juin 2015 à la somme de 18.377,02 euros, hors taxes.

En réponse, la SCI Caravelle fait valoir que la clause visée par la SARL Cap Aud organise une révision triennale du loyer conformément à l'article L. 145-38 du code de commerce et poursuit en soutenant que la SARL Cap Aud a accepté le montant des loyers révisés, tels que proposés par elle, au 1er octobre 2010 et au 1er octobre 2013.

Il est constant que la SCI Caravelle a procédé à une révision du loyer les 1er octobre 2010 et 1er octobre 2013.

L'article L. 145-15 du code de commerce dispose que sont réputés non écrits, qu'elle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54.

Conformément à l'article L. 145-38 alinéa 1er du code de commerce, la demande en révision ne peut être formée que trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé. La révision du loyer prend effet à compter de la date de la demande de révision.

L'article XIV du contrat de bail, intitulé "Révision du loyer" stipule que "le loyer sera révisé, légalement en plus ou en moins, à l'initiative du bailleur tous les ans à la date anniversaire de la date de prise d'effet du bail, telle que définie ci-dessus et pour la première fois le 1er avril 1999, par application des dispositions des articles 26 et 27 du décret du 30 septembre 1953 ou de tout texte qui fixerait d'autres modalités pour les révisions légales".

Cette clause, en ce qu'elle stipule une révision du loyer "à l'initiative du bailleur" et qu'elle se réfère aux dispositions des articles 26 et 27 du décret du 30 septembre 1953, c'est-à-dire aux articles L. 145-37 et L. 145-38 du code de commerce, ne peut être qualifiée de clause d'indexation dès lors qu'elle instaure une révision du loyer subordonnée à une demande du bailleur et dépourvue de toute automaticité.

De plus, l'article L. 145-38 du code de commerce encadrant une révision triennale du loyer, une clause organisant la révision du loyer dans un délai inférieur soit, comme en l'espèce, dans le délai d'un an, ne peut qu'être réputée non écrite en application de l'article L. 145-15 du même code.

Par ailleurs, l'article XV du contrat de bail, intitulé "Indice de référence" stipule que "l'indice de référence est l'indice du coût de la construction, publié par l'INSEE du 3ème trimestre 1997 s'élevant à 1067.

Pour les renouvellements ultérieurs, l'indice de référence sera l'indice du coût de la construction du 3ème trimestre de l'année précédant celle du renouvellement".

Or, il ressort des pièces produites que, par courrier daté du 19 septembre 2013, l'administrateur de biens de la SCI Caravelle a informé M. X..., alors locataire des locaux, objets du litige, de l'augmentation du loyer "de la somme de 16 920,13 € à celle de 17 223,58 €" en référence eux indices publiés les 1er trimestres 2012 et 2013, en contravention aux stipulations du bail qui se réfèrent à l'indice du coût de la construction du 3ème trimestre 1997 et du 3ème trimestre de l'année précédant celle du renouvellement.

Dès lors, compte tenu de l'ensemble de ces éléments, les révisions de loyers effectuées par la SCI Caravelle les 1er octobre 2010 et 1er octobre 2013 sont mal fondées et, à la date du commandement de payer du 5 août 2014, la SARL Cap Aud était redevable d'un loyer annuel de 57.970 euros, hors taxes et hors charges, en application du jugement du juge des loyers commerciaux en date du 20 décembre 2012.

Les décomptes de sommes dues produits ne permettent pas au tribunal de déterminer les sommes dont la SARL Cap Aud était débitrice à la date du commandement de payer sur la base d'un loyer annuel de 57.970 euros » ;

Alors qu'en l'absence de disposition transitoire expresse contraire de la loi nouvelle et à défaut de considérations d'ordre public particulièrement impératives, les contrats demeurent soumis à la loi ancienne en vigueur à la date de leur conclusion ; qu'en l'espèce, pour rejeter la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action de la SARL Cap Aud en contestation des clauses du bail, la cour d'appel a considéré que la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, qui a modifié la rédaction de l'article L. 145-15 du code de commerce, s'applique aux baux en cours lors de son entrée en vigueur et a relevé que l'action de la SARL Cap Aud, formalisée par un acte d'huissier de justice du 13 janvier 2016, avait été introduite postérieurement à l'entrée en vigueur de l'article L. 145-15 du code de commerce, pris dans sa nouvelle rédaction, quand la modification apportée à l'article L. 145-15 du code de commerce par cette loi, qui ne comporte pas de disposition transitoire expresse contraire et qui n'a pas été prise pour des considérations d'ordre public particulièrement impératives, ne pouvait s'appliquer au bail commercial litigieux conclu le 20 mars 1998 ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article L. 145-15 du code de commerce, pris dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, ensemble le principe de survie de la loi ancienne ;

Alors, subsidiairement, que l'action tendant à faire déclarer non écrite une clause ayant pour effet de faire échec au droit de renouvellement d'un bail commercial se prescrit par deux ans ; qu'en l'espèce, pour rejeter la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action de la SARL Cap Aud en contestation des clauses du bail, la cour d'appel a considéré que l'action en reconnaissance du caractère non écrit d'une clause n'est pas soumise à la prescription et que, par conséquent, l'action de la SARL Cap Aud tendant à voir déclarer non écrite la clause du bail relative à la « révision » est imprescriptible et n'est pas soumise au délai de l'article L. 145-60 du code de commerce ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article L. 145-15 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, ensemble l'article L. 145-60 du code de commerce.

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt partiellement infirmatif attaqué d'avoir dit que les causes du commandement de payer délivré le 5 août 2014 étaient partiellement infondées et que les conditions d'acquisition de la clause résolutoire étaient réunies mais que, par l'effet des délais rétroactifs accordés jusqu'au 9 juin 2015 à la SARL Cap Aud pour apurer les causes du commandement, celle-ci est réputée n'avoir jamais joué ;

Aux motifs que « la société bailleuse fait valoir, à juste titre, qu'un commandement ne peut être déclaré nul au motif

que le montant de son principal a été déclaré partiellement infondé, ce commandement restant valable à hauteur de ses causes justifiées.

La cour relève qu'en l'espèce, depuis l'entrée dans les lieux de la société Cap Aud le loyer aurait dû être appelé sur la base du loyer fixé au 1er octobre 2007 soit la somme annuelle de 57.970 euros, faute de justification des révisions légales, or il a été appelé à hauteur de la somme principale annuelle de 68.894,32 euros, soit un différentiel non justifié de 10.924,32 euros ; par ailleurs, la provision pour charges de 1.000 euros par trimestre et la régularisation des charges 2013 pour 709,64 euros ne sont pas justifiées. Entre janvier 2014 et juillet 2014, la société locataire a réglé la somme de 38.662,45 euros (18.223,58 euros x 2 + 215,29 euros + 1000 euros x 2), alors qu'elle aurait dû régler la somme de 44.123,37 euros (14.492,50 euros x 3 + 215,29 x 3); que dès lors, les causes du commandement ne s'élevaient qu'à la somme de 5.460,92 euros au titre des loyers et CRL demeurés impayés à la date de la délivrance.

En conséquence, il n'y a pas lieu d'annuler ledit commandement ses causes étant partiellement fondées. Les conditions d'acquisition de la clause résolutoire sont réunies.

Cependant, à titre subsidiaire la société locataire, demande l'octroi de paiement à titre rétroactif au 9 juin 2015.

En l'espèce, la société locataire a versé au 9 juin 2015 entre les mains de l'huissier, la totalité des causes du commandement, les loyers et indemnités d'occupation échues jusqu'en juin 2015, ainsi que le coût de l'ensemble des actes de procédure engagés par le bailleur pour parvenir à son expulsion.

Les causes du commandement étant pour partie infondées, compte tenu des efforts fournis par la société locataire pour s'en acquitter, de la situation de la débitrice et des besoins de la créancière, il convient d'accorder à la société Cap Aud des délais rétroactifs au 9 juin 2015 en application de l'arric1e 1145-41 du code de commerce, et en conséquence, de dire que la clause résolutoire n'a pu produire ses effets ».

Alors, d'une part, que les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée ; qu'en l'espèce, après avoir considéré que les causes du commandement du 5 août 2014 étaient pour partie infondées, que la SARL Cap Aud avait versé au 9 juin 2015, entre les mains de l'huissier de justice, la totalité des causes du commandement, à savoir les loyers et indemnités d'occupation échus jusqu'en juin 2015, ainsi que le coût de l'ensemble des actes de procédure engagés par la SCI Caravelle pour parvenir à son expulsion, et qu'il y avait lieu de tenir compte des efforts fournis par la société locataire pour s'en acquitter, de la situation de la débitrice et des besoins de la créancière, la cour d'appel a accordé à la SARL Cap Aud des délais rétroactifs au 9 juin 2015 et a dit qu'en conséquence la clause résolutoire n'avait pu produire ses effets, quand les dispositions de l'article L. 145-41 du code de commerce ne confèrent pas aux juges du fond la faculté d'accorder des délais de paiement de manière rétroactive ; qu'en se statuant ainsi, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 145-41 du code de commerce ;

Alors, d'autre part, que les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée ; qu'en l'espèce, pour accorder à la SARL Cap Aud des délais rétroactifs au 9 juin 2015 et dire, en conséquence, que la clause résolutoire n'avait pu produire ses effets, la cour d'appel, après avoir considéré que les causes du commandement du 5 août 2014 étaient pour partie infondées, a constaté que cette société avait versé au 9 juin 2015, entre les mains de l'huissier de justice, la totalité des causes du commandement, à savoir les loyers et indemnités d'occupation échus jusqu'en juin 2015, ainsi que le coût de l'ensemble des actes de procédure engagés par la SCI Caravelle pour parvenir à son expulsion, et a tenu compte des efforts fournis par la société locataire pour s'en acquitter, de la situation de la débitrice et des besoins de la créancière, sans rechercher, comme cela lui était pourtant demandé (conclusions d'appel, p. 27 à 37), si, au moment où la SARL Cap Aud avait sollicité un délai de paiement, la résiliation n'avait pas déjà été prononcée par une décision de justice ayant acquis autorité de chose jugée ; qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 145-41 du code de commerce.

QUATRIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt partiellement confirmatif attaqué d'avoir dit que les causes du commandement de payer délivré le 5 août 2014 étaient partiellement infondées et que les conditions d'acquisition de la clause résolutoire étaient réunies mais que, par l'effet des délais rétroactifs accordés jusqu'au 9 juin 2015 à la SARL Cap Aud pour apurer les causes du commandement, celle-ci est réputée n'avoir jamais joué, qu'en conséquence, l'expulsion de la SARL Cap Aud des locaux donnés à bail, réalisée en exécution d'un titre devenu inexistant ouvre droit pour la société locataire à un rétablissement de ses droits par équivalent, égal au moins à la valeur du fonds de commerce, d'avoir condamné la SCI Caravelle à rembourser à la SARL Cap Aud le coût des actes engagés à l'occasion de l'exécution forcée de la décision d'expulsion obtenue en référé devenus sans cause, d'avoir dit qu'un compte serait fait entre les parties, après le dépôt du rapport d'expertise, d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en paiement des loyers, charges, accessoires et indemnités d'occupation arrêtées au 4e trimestre 2014, d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en fixation d'une indemnité mensuelle d'occupation, d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en paiement de la somme de 79 609,92 euros au titre des indemnités d'occupation échues entre le 11 juin 2015 et le 11 février 2016, et d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en dommages-intérêts pour procédure abusive ;

Aux motifs propres que « Sur la validité du commandement en date du 5 août 2014.

La société Caravelle rappelant les termes de l'article 1338 du code civil, soutient que la société locataire s'étant volontairement et sans réserve, acquittée des causes du commandement, elle a ainsi renoncé à toute contestation de la validité de l'acte. L'intimée réplique que les conditions d'application de l'article 1338 ne sont pas réunies.

La cour rappelle que l'application de l'article 1338 du code civil est subordonnée à la réunion de deux conditions cumulatives, la connaissance du vice affectant l'acte et la volonté de réparer ce vice. En l'espèce, la société bailleuse n'établit pas que la société locataire qui a payé à la demande de l'huissier poursuivant les causes du commandement, avait la volonté de réparer le vice qu'elle allègue à présent en ce qui concerne le bien-fondé des causes de cet acte.

Sur les causes du commandement.

Le commandement dont s'agit a été délivré pour la somme principale de 19.589,13 euros "loyers dus au 28 juillet 2014" "détail des loyers dus en annexe aux présentes".

Le relevé de compte en date du 28 juillet 2014, figurant en annexe de l'acte, se présentait comme suit :

"-1er avril 2014

du 1/04/2014 au 30/06/2014 17.223,58 euros

provision sur charges : 1.000 euros

total de l'échéance : 18.223,58 euros

-22 mai 2014

du 1er avril 2014 au 30 juin 2014

1/2 CRL : 215,29 euros

28 mai 2014 : votre chèque : 18.223,58 euros

-23 juin 2014

du 1/1/2013 au 31/12/2013

solde charges 709,64 euros

-1er juillet 2014

du 1/7/2014 au 30/09/2014

loyer 17.223,58 euros

1/[...] 5,29 euros

provisions pour charges : 1.000 euros

frais de procédure 225,33 euros

solde 19.589,13 euros"

[

]

Sur les provisions pour charges.

La société locataire émet une contestation en ce qui concerne le montant des provisions pour charges appelé à compter du 1er octobre 2013 à hauteur de 1 000 euros. La société bailleuse rappelle que le montant de la provision pour charges a été expressément accepté par la société locataire dans le cadre de la cession du fonds de commerce intervenue à son profit.

La cour relève ainsi que l'ont justement noté les premiers juges, que les termes de l'acte de cession du fonds de commerce entre M. X...et la société Cap Aud, ne peuvent servir à fixer les obligations du preneur envers le bailleur. Les relations entre ces deux parties sont en effet fixées par les termes du bail les liant.

En l'espèce, le bail qui liait M. X... à la société bailleuse, en date du 20 mars 1998 a été renouvelé à compter du 1er octobre 2007, par jugement en date du 20 décembre 2012. Le jugement mixte en date du 26 mai 2011 du tribunal de grande instance de Paris, intervenu entre M. X... et la SCI Caravelle a condamné cette dernière à rembourser à M. X... certaines charges au titre de leur augmentation injustifiée pour les années 2006, 2007 et l'a déboutée de sa demande en paiement des charges pour l'année 2008, faute de justificatifs. Le jugement consécutif au fond du 20 décembre 2012, n'a pas statué à nouveau au sujet des charges et s'est contenté d'ordonner au besoin une compensation entre les sommes dues. Il résulte du relevé de compte en date du 3 octobre 2013, établi par le cabinet Archet, à l'ordre de M. X... que la provision pour charges qui était de 800 euros lors de l'appel du 1er avri1 2013 est passée à 1.000 euros lors de l'appel du 1er juillet 2013.

La clause du bail liant les parties est rédigée de la façon suivante :

"IX charges

En sus du loyer, la locataire s'engage à rembourser trimestriellement au bailleur sa quote-part de charges correspondant aux charges dites "récupérables".

La provision pour charges pour la première année est évaluée à 9600 francs par an."

La cour relève que si la commune intention des parties a été de réviser le montant de la provision fixée chaque année, le bail précisant que le montant de celle-ci était déterminé "pour la première année", il n'en reste pas moins que la fixation annuelle du montant de ladite provision, était subordonnée à l'apurement annuel des charges. Or, en l'espèce, il n'est justifié d'aucun apurement annuel régulier, d'autant que le jugement en date du 26 septembre 2011, souligne bien au contraire que la SCI Caravelle, ne produisait aucune pièce, aucun décompte ni aucun justificatif des charges alors appelées. Dans le cadre du présent litige, la bailleuse ne produit pas davantage de justificatifs des charges. Dès lors, la société bailleuse ne pouvait fonder son commandement de payer sur une provision pour charges dont le montant était injustifié.

Sur la contribution sur les revenus locatifs.

En ce qui concerne la contribution sur les revenus locatifs, c'est à juste titre que la société bailleuse, qui y est assujettie a, en application de l'article 12 J I de la loi de finances rectificative pour 1998 et de l'article 12 P de la loi de finances 2000 qui prévoient que cette taxe est récupérable de plein droit, sauf convention contraire, à raison de la moitié sur les locataires des locaux à usage commercial situés dans des immeubles comportant à concurrence de la moitié au moins de leur superficie totale des locaux à usage d'habitation, a demandé à la société locataire le paiement de la somme de 215,29 euros à ce titre, aucune clause contraire n'existant au bail et la superficie totale de l'immeuble étant affectée pour la moitié au moins à usage d'habitation.

Sur le solde des charges 2013.

La société locataire conteste aussi les sommes réclamées dans le commandement de payer litigieux, au titre du "solde de charge 2013 ; 709,64 euros."

La cour relève que la bailleresse ne produit aucune pièce de nature à justifier cette demande en paiement, alors qu'il lui incombe de le faire.

Sur les frais de procédure.

La société locataire conteste également la somme de 225,33 euros réclamée au titre des frais de procédure.

La cour relève que les frais de procédure ne peuvent entraîner le jeu de l'acquisition de la clause résolutoire. Dans ces conditions, cette somme ne pouvait figurer au principal des sommes réclamées.

Sur la validité du commandement et l'octroi de délai rétroactif suspendant les effets de la clause résolutoire.

La société bailleresse fait valoir, à juste titre, qu'un commandement ne peut être déclaré nul au motif que le montant de son principal a été déclaré partiellement infondé, ce commandement restant valable à hauteur de ses causes justifiées.

La cour relève qu'en l'espèce, depuis l'entrée dans les lieux de la société Cap Aud le loyer aurait dû être appelé sur la base du loyer fixé au 1er octobre 2007 soit la somme annuelle de 57.970 euros, faute de justification des révisions légales, or il a été appelé à hauteur de la somme principale annuelle de 68.894,32 euros, soit un différentiel non justifié de 10.924,32 euros ; par ailleurs, la provision pour charges de 1.000 euros par trimestre et la régularisation des charges 2013 pour 709,64 euros ne sont pas justifiées. Entre janvier 2014 et juillet 2014, la société locataire a réglé la somme de 38.662,45 euros (18.223,58 euros x 2 + 215,29 euros + 1000 euros x2), alors qu'elle aurait dû régler la somme de 44.123,37 euros (14.492,50 euros x 3 + 215,29 x 3); que dès lors, les causes du commandement ne s'élevaient qu'à la somme de 5.460,92 euros au titre des loyers et CRL demeurés impayés à la date de la délivrance.

En conséquence, il n'y a pas lieu d'annuler ledit commandement ses causes étant partiellement fondées. Les conditions d'acquisition de la clause résolutoire sont réunies.

Cependant, à titre subsidiaire la société locataire, demande l'octroi de paiement à titre rétroactif au 9 juin 2015.

En l'espèce, la société locataire a versé au 9 juin 2015 entre les mains de l'huissier, la totalité des causes du commandement, les loyers et indemnités d'occupation échues jusqu'en juin 2015, ainsi que le coût de l'ensemble des actes de procédure engagés par le bailleur pour parvenir à son expulsion.

Les causes du commandement étant pour partie infondées, compte tenu des efforts fournis par la société locataire pour s'en acquitter, de la situation de la débitrice et des besoins de la créancière, il convient d'accorder à la société Cap Aud des délais rétroactifs au 9 juin 2015 en application de l'article L. 145-41 du code de commerce, et en conséquence, de dire que la clause résolutoire n'a pu produire ses effets.

Sur la condamnation de la société bailleresse à rembourser les sommes indûment perçues.

La société locataire demande à ce titre la condamnation de la bailleresse à lui rembourser la somme de 25.109,45 euros TVA en sus indûment versée.

Les différents actes d'huissier de justice établis en exécution de l'ordonnance de référé et de l'arrêt consécutif de la cour d'appel, étant désormais dépourvus de cause, la société Cap Aud qui en a réglé le coût est bien fondée à en demander le remboursement.

Un compte sera à faire entre les parties, à la suite du dépôt de l'expertise judiciaire ordonnée par les premiers juges.

Sur la demande en réintégration ou en indemnisation.

La société locataire présente sa demande en application de l'article L. 110-10 du code des procédures civiles d'exécution.

La société bailleuse soutient que cette réintégration est impossible les biens objets du bail dont s'agit ayant depuis été reloués suivant acte sous seing privé en date du 1er juillet 2017 à la société Merci Jérôme Développement. Elle s'oppose à toute réparation par équivalent et mesure d'expertise.

La cour relève que le titre fondant l'exécution forcée de l'expulsion de la société locataire n'était délivré qu'à titre provisoire. Ce titre n'existe plus, l'arrêt de la cour statuant sur l'appel de la décision prise en référé ayant été cassé par la Cour de cassation. Par ailleurs, la présente décision statuant au fond, accorde des délais rétroactifs au preneur pour s'acquitter des causes du commandement, en ce qu'elles ont été reconnues partiellement fondées, et constate qu'en raison du respect de ces délais la clause résolutoire n'a pas pu jouer. C'est donc à ses risques et périls que la société bailleuse a poursuivi l'exécution forcée de l'expulsion de la société locataire et faute de pouvoir être réintégrée dans les lieux loués, ceux-ci étant actuellement occupés par un autre preneur, la société locataire est bien fondée à solliciter une mesure d'expertise afin de chiffrer son dommage lié à la perte de son fonds.

Sur la demande en paiement des loyers et charges formée par la SCI Caravelle.

La société bailleuse sollicite la fixation au passif de la société locataire de la somme de 26.523,06 euros au titre du solde des loyers, charges et accessoires et indemnités d'occupation arriérés au 4e trimestre 2014 inclus, outre les intérêts de retard.

Compte tenu des éléments développés ci-dessus, la société locataire au 4e trimestre 2014, inclus, restait redevable des sommes suivantes :

loyers du 1er au 4e trimestre 2014 :

14.492,50 euros x 4

1/2 CRL : 215,29 euros x 4

total : 58.831,16 euros

Il n'a pas été justifié des charges.

sommes versées :

(janvier 2014) : 18.223,58 euros

28 mai 2014 : 18.223,58 euros

25 mars 2015 : 1.550 euros

8 avril 2015 : 7.530 euros

13 avril 2015 : 2.800 euros

11 mai 2015 : 6.598,07 euros

22 mai 2015 : 8.000 euros

9 juin 2015 : 20.925,92 euros

total : 83.671,15 euros

En conséquence, la société locataire n'est redevable d'aucune somme au titre des loyers, CRL et charges arrêtée au 4e trimestre 2014, inclus.

Sur la demande en paiement des indemnités d'occupation entre le 11 juin 2015 et le 11 février 2016.

La cour relève que le bail n'étant pas résilié, la clause résolutoire n'ayant pas produit ses effets, aucune indemnité d'occupation n'est due en l'espèce.

La SCI Caravelle a fait établir deux procès-verbaux d'expulsion, le premier en date du 11 juin 2015 en exécution de l'ordonnance de référé rendue le 29 janvier 2015, le second le 16 février 2016, en exécution du jugement du juge de l'exécution du 8 septembre 2015, de l'ordonnance de référés du 29 janvier 2015 et de l'arrêt du 14 décembre 2015, ce deuxième acte portant plus spécifiquement sur l'entresol donné à bail.

La cour relève que ce deuxième acte ne mentionne pas la nécessité où se serait trouvé l'huissier poursuivant de

procéder à nouveau à l'expulsion des locaux de la société Cap Aud, alors qu'il avait déjà procédé à cette mesure le 11 juin 2015. Il résulte du bail liant les parties, qu'avaient été donnés en location : au rez-de-chaussée un local commercial de 66 m², à l'entresol un local à usage commercial communiquant par un escalier intérieur avec le rez-de-chaussée d'une surface d'environ 59m² et au sous-sol une cave d'une surface d'environ 5 m².

Aucune preuve n'est établie d'une quelconque manoeuvre de la société locataire qui aurait empêché l'huissier de procéder en juin 2015, à l'expulsion et à la reprise de la totalité des lieux donnés à bail, en ce compris l'entresol accessible selon le bail par un escalier intérieur. Si bien, que les lieux sont vis à vis du preneur, réputés avoir été repris en leur ensemble à la date du premier procès-verbal d'expulsion et aucune somme n'est due au bailleur par la société locataire pour la période écoulée entre le premier procès-verbal et le second, quand bien même l'huissier poursuivant aurait négligé la reprise de certains locaux donnés à bail. [

]

Sur la demande de dommages-intérêts pour procédure abusive

La société Cap Aud triomphant dans ses prétentions, son action ne revêt aucun caractère abusif et ne peut ouvrir droit à dommages-intérêts et la bailleuse doit être déboutée de ce chef de prétention » ;

Et aux motifs éventuellement adoptés que « Sur le montant des provisions sur charges visé au commandement de payer :

La SARL Cap Aud prétend ensuite que le commandement de payer est nul en ce qu'il vise des provisions trimestrielles sur charges de 1.000 euros alors que le bail prévoit une provision sur charges de 1.463,51 euros par an, soit 365,88 euros par trimestre, sans qu'elle ne justifie de cette différence.

La SCI Caravelle soutient que la fixation de la provision sur charges à la somme trimestrielle de 1.000 euros a été acceptée par la SARL Cap Aud dans le cadre de la cession du fonds de commerce.

L'article IX du contrat de bail, intitulé "Charges", stipule qu'"en sus du loyer, le locataire s'engage à rembourser trimestriellement au bailleur sa quote-part de charges correspondant aux charges dites récupérables.

La provision sur charges pour la première année est évaluée à neuf mille six cents francs (9.600 Frs) par an".

Si l'acte de cession de fonds de commerce stipule, aux termes d'un article intitulé "Loyer et dépôt de garantie actualisés", qu'"une provision sur charges de 1.000 € et la moitié de la CRL sont appelées en même temps que le loyer", la SCI Caravelle n'est pas partie à cette opération.

Le contrat de bail liant la SCI Caravelle à la SARL Cap Aud mentionnant des provisions sur charges de 9.600 francs, la bailleuse apparaît mal fondée à solliciter, aux termes du commandement de payer, une provision sur charges de 1.000 euros, montant qui devra être déduit des sommes imputables à la SARL Cap Aud.

Sur la contribution sur les revenus locatifs :

La SARL Cap Aud prétend encore que le commandement de payer du 5 août 2014 est nul en ce qu'il vise le non-paiement de la somme de 215,29 euros au titre de la contribution sur les revenus locatifs, que le contrat de bail n'impute pas à la société locataire.

La SCI Caravelle soutient, pour sa part, que les contributions sur les revenus locatifs sont à la charge du locataire pour moitié, en application des dispositions des articles 234 nonies à 234 quindecies du code général des impôts.

L'article 234 du code général des impôts auquel se réfère la société bailleuse est afférent à l'instauration d'une taxe annuelle due par les bailleurs à raison des loyers perçus au titre de logement.

Par ailleurs, si l'article intitulé "Loyer et dépôt de garantie actualisés" de la cession de fonds de commerce stipule qu'"une provision sur charges de 1.000 € et la moitié de la CRL sont appelées en même temps que le loyer", la SCI Caravelle n'est pas partie à la cession de fonds et le contrat de bail n'impute pas une telle taxe à la société locataire.

Dès lors, la SCI Caravelle était mal fondée à solliciter le paiement de la somme de 215,29 euros au titre de la contribution sur les revenus locatifs aux termes du commandement de payer du 5 août 2014 et cette somme devra être déduite des sommes imputables à la SARL Cap Aud.

Sur les frais de procédure et la reddition de charges :

La SARL Cap Aud conteste enfin être débitrice de la somme de 225,33 euros correspondant au coût du commandement de payer du 5 août 2014 dès lors que ce commandement sera déclaré nul dans le cadre de la présente instance.

Selon la SCI Caravelle, la somme de 225,33 euros correspond au coût du commandement de payer, imputable à la SARL Cap Aud.

Le coût du commandement de payer visant la clause résolutoire étant inclus dans les dépens d'une procédure constatant l'acquisition de la clause résolutoire insérée au bail, la SARL Cap Aud est mal fondée à se prévaloir de la nullité du commandement de payer du 5 août 2014 sur ce chef de prétention.

Compte tenu du caractère non écrit de la clause de révision stipulée au bail en date du 20 mars 1998, du mal fondé des demandes en paiement sollicitées par la SCI Caravelle par acte extrajudiciaire du 5 août 2014 au titre des loyers révisés, des provisions sur charges et de la contribution sur les revenus locatifs, le tribunal ne pourra que constater la nullité dudit commandement qui, par suite, sera déclaré sans effet. []

Sur les demandes reconventionnelles en paiement formées par la SCI Caravelle :

Sur la demande en paiement des loyers, charges, accessoires et indemnités d'occupation arrêtés au 4e trimestre 2014 :

La SCI Caravelle demande, en premier lieu, la condamnation de la SARL Cap Aud au paiement de la somme de 26.523,06 euros au titre du solde des loyers, charges, accessoires et indemnités d'occupation, suivant décompte arrêté au 4e trimestre 2014.

Cependant, le relevé de compte produit par la SCI Caravelle au soutien de sa demande en paiement commence à courir le 1er avril 2014, et non à la date d'entrée de la SARL Cap Aud dans les locaux litigieux. En outre, le montant des loyers et provisions sur charges appelées par la bailleuse ne sont pas conformes au contrat de bail.

Dès lors, compte tenu de ces éléments et en l'absence de pièce comptable plus précise communiquée au tribunal, la SCI Caravelle ne justifie pas du bien-fondé de sa demande en paiement des loyers, charges, accessoires et indemnités d'occupation suivant décompte arrêté au 4e trimestre 2014.

Cette demande sera rejetée.

Sur la demande en fixation d'une indemnité mensuelle d'occupation :

La SCI Caravelle demande au tribunal de fixer l'indemnité d'occupation due par la SARL Cap Aud au montant du loyer conventionnel, soit à la somme de 6.153,36 euros.

Le commandement de payer du 5 août 2014 ayant servi de fondement à la constatation de l'acquisition de la clause résolutoire stipulée au bail ayant été déclaré nul et de nul effet par la présente décision, cette demande apparaît sans objet.

Sur la demande en paiement de la somme de 79.609,92 euros au titre des indemnités d'occupation échues entre le 11 juin 2015 et le 11 février 2016 :

Outre qu'en l'absence de constatation de l'acquisition de la clause résolutoire stipulée au bail, la SARL Cap Aud ne peut être tenue au paiement d'une indemnité d'occupation, il ressort des pièces produites par la société bailleuse que deux procès-verbaux d'expulsion ont été établis par huissier de justice à la demande de la SCI Caravelle les 11 juin 2015 et 11 février 2016.

Il apparaît ainsi que la SARL Cap Aud a été expulsée des locaux litigieux le 11 juin 2015 et que, conformément à un jugement du juge de l'exécution en date du 8 septembre 2015, les biens mobiliers laissés dans les lieux ont été déclarés abandonnés.

Dès lors, la SCI Caravelle apparaît mal fondée à solliciter la condamnation, par la SARL Cap Aud, d'une indemnité d'occupation après qu'ait été exécutée son expulsion le 11 juin 2015.

Cette demande sera donc rejetée.

Sur la demande reconventionnelle en dommages-intérêts pour procédure abusive :

La SCI Caravelle sollicite, en fin, la condamnation de la SARL Cap Aud au paiement de la somme de 20.000 euros à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive.

Cette demande, fondée sur l'article 1382 du code civil et non sur l'article 32-1 du code de procédure civile, sera rejetée, la présente décision faisant, en outre, partiellement droit aux demandes de la SARL Cap Aud dont les demandes ne peuvent, dès lors, être qualifiées d'abusives » ;

Alors, d'une part, que la cassation s'étend à l'ensemble des dispositions de la décision censurée qui présentent un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire entre elles ; qu'en l'espèce, la cassation à intervenir sur le premier ou le deuxième moyen du pourvoi relatifs à la recevabilité de l'action de la SARL Cap Aud entraînera l'annulation, par voie de conséquence, de tous les chefs de dispositif de l'arrêt attaqué visés par ce quatrième moyen, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

Alors, d'autre part que la cassation s'étend à l'ensemble des dispositions de la décision censurée qui présentent un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire entre elles ; qu'en l'espèce, la cassation à intervenir sur le troisième moyen du pourvoi relatif à la validité du commandement de payer et aux délais de paiement accordés jusqu'au 9 juin 2015 à la SARL Cap Aud pour apurer les causes du commandement entraînera l'annulation, par voie de conséquence, des chefs du dispositif de l'arrêt attaqué ayant dit que l'expulsion de la SARL Cap Aud des locaux donnés à bail, réalisée en exécution d'un titre devenu inexistant ouvre droit pour la société locataire à un rétablissement de ses droits par équivalent, égal au moins à la valeur du fonds de commerce, d'avoir condamné la SCI Caravelle à rembourser à la SARL Cap Aud le coût des actes engagés à l'occasion de l'exécution forcée de la décision d'expulsion obtenue en référé devenus sans cause, d'avoir dit qu'un compte serait fait entre les parties, après le dépôt du rapport d'expertise, d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en paiement des loyers, charges, accessoires et indemnités d'occupation arrêtées au 4e trimestre 2014, d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en fixation d'une indemnité mensuelle d'occupation, d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en paiement de la somme de 79 609,92 euros au titre des indemnités d'occupation échues entre le 11 juin 2015 et le 11 février 2016, et d'avoir débouté la SCI Caravelle de sa demande en dommages-intérêts pour procédure abusive, en application de l'article 624 du code de procédure civile.