

CIV.3

CF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 11 avril 2019

Cassation partielle

M. CHAUVIN, président

Arrêt n° 398 F-D

Pourvoi n° B 17-26.266

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ la société Kennedy immo, société à responsabilité limitée,

2°/ la société L'Etang, société civile immobilière,

ayant toutes deux leur siège [...],

contre l'arrêt rendu le 20 juillet 2017 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (1re chambre C), dans le litige les opposant :

1°/ à M. Y... B..., domicilié [...], 13002 Marseille,

2°/ à Mme T... D..., domiciliée [...],

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesses invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 26 mars 2019, où étaient présents : M. Chauvin, président, Mme Corbel, conseiller référendaire rapporteur, M. Echappé, conseiller doyen, Mme Berdeaux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Corbel, conseiller référendaire, les observations de la SARL Cabinet Briard, avocat des sociétés Kennedy immo et L'Etang, de Me Bertrand, avocat de Mme D..., et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la société Kennedy immo et à la SCI L'Etang du désistement de leur pourvoi en ce qu'il est dirigé contre M. B... ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 20 juillet 2017), rendu en référé, que Mme D... est locataire de locaux commerciaux appartenant à la SCI L'Etang et situés au rez de chaussée d'un immeuble qui a fait l'objet d'un arrêté de péril interdisant son occupation ; qu'après la levée de l'arrêté de péril, la locataire l'a assignée en référé pour obtenir sa condamnation à lui remettre les clés du local sous astreinte ;

Sur les premier, troisième et quatrième moyens, ci-après annexés :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties en application des dispositions de l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu l'article 809, alinéa 1er, du code de procédure civile ;

Attendu que, pour accueillir la demande, l'arrêt retient que le refus de restitution des clés du local à la locataire après la mainlevée de l'arrêté de péril constitue un trouble manifestement illicite auquel il convient de mettre un terme et que la bailleuse n'est pas fondée à se prévaloir, en appel, d'un nouveau bail consenti le 4 janvier 2016 à un tiers, au motif que Mme D... aurait abandonné le local, alors que sa renonciation au bail ne saurait se déduire de son silence ou de son inaction ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que les locaux avaient été loués à un tiers, de sorte que Mme D... ne pouvait se prévaloir d'un trouble manifestement illicite, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il rejette la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité et d'intérêt de Mme D..., l'arrêt rendu le 20 juillet 2017, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

Condamne Mme D... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du onze avril deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SARL Cabinet Briard, avocat aux Conseils, pour les sociétés Kennedy immo et L'Étang

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la fin de non-recevoir soulevée par la SCI l'Étang et la société Kennedy Immo puis confirmé l'ordonnance déferée ayant condamné la SCI l'Étang à remettre sans délai à Mme T... D... les clés du local commercial situé au rez-de-chaussée de l'immeuble [...] à Marseille et ce, sous astreinte de 250 euros par jour de retard qui courra 15 jours après la signification de l'ordonnance,

Aux motifs propres qu'exactement rappelé par le premier juge, aucun élément du dossier ne démontre que Mme D... exerce l'activité réglementée de bar à chicha, et l'intéressée produit un extrait Kbis établissant qu'elle est immatriculée au registre du commerce et des sociétés pour une activité de salon de thé et d'épicerie fine depuis le 1er avril 2016 ; que l'intimée explique que durant la période de l'arrêt de péril elle n'était plus inscrite au RCS pour éviter de devoir régler les cotisations afférentes à son statut de commerçante alors même qu'elle était dans l'impossibilité d'exploiter le fonds de commerce pour lequel elle avait contracté le bail commercial ; que sa qualité de locataire commercial du local appartenant à la SCI l'Étang n'a fait l'objet d'aucune contestation dans le cadre de la précédente instance en référé initiée par les sociétés appelantes au mois de novembre 2013 aux fins notamment de prononcé de la résiliation du bail et paiement d'une provision à valoir sur leurs préjudices ; que l'ordonnance de référé du 22 janvier 2014 qui a dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes présentées par la SCI l'Étang et a autorisé Mme D... à suspendre le paiement du loyer du bail pendant la période de l'arrêt de péril en vigueur, n'a pas été frappée d'appel ; qu'en outre, par lettre du 5 mai 2015 adressée par Mme D..., la SCI l'Étang subordonnait la réintégration des lieux au paiement de diverses sommes sans contester l'existence d'un bail commercial au profit de l'intéressée ; que la fin de non-recevoir soulevée par les appelantes, tirée du défaut de qualité et d'intérêt à agir de Mme D..., sera donc rejetée ; que faute de résiliation du bail liant les parties, le refus de restitution à Mme D... des clés du local commercial à la mainlevée de l'arrêt de péril constitue un trouble manifestement illicite auquel il convient de mettre un terme et la SCI l'Étang n'est pas fondée à se prévaloir, en cause d'appel, du nouveau bail consenti le 4 janvier 2016 à la société Fusion Food sur le local donné en location à Mme D... au motif que cette dernière aurait abandonné le local alors que la renonciation de Mme D... au bail ne saurait se déduire de son silence ou de son inaction ; que l'ordonnance sera en conséquence confirmée en ce qu'elle a condamné la SCI l'Étang à remettre sans délai à Mme D... les clés du local commercial ; que l'astreinte ordonnée étant provisoire, faute de précision de son caractère définitif, le premier juge n'était pas tenu d'en fixer la durée en sorte que la décision entreprise sera confirmée en ce qu'elle a assorti l'obligation de restitution des clés du local d'une astreinte de 250 euros par jour de retard passé le délai de 15 jours suivant la signification de l'ordonnance ; que la majoration du montant de l'astreinte n'est pas justifiée,

Et aux motifs éventuellement adoptés des premiers juges que l'immeuble sis [...] Marseille, appartient pour le local situé au rez-de-chaussée à la SCI l'Étang et pour les lots des étages supérieurs à la société Kennedy Immo ; qu'il a fait l'objet d'un arrêt de péril le 3 octobre 2013 et le juge des référés par décision du 22 janvier 2014 a autorisé Mme D..., locataire du bail commercial des locaux situés au rez-de-chaussée, à suspendre le paiement du loyer tant que l'arrêt restera en vigueur ; que l'arrêt a été levé le 24 octobre 2015 permettant de rendre à sa destination l'immeuble de sorte que depuis cette date Mme D... peut réintégrer les lieux et doit s'acquitter des loyers ; que la SCI l'Étang s'oppose à la demande en faisant valoir que Mme D... n'est pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés, que son activité consiste en l'exploitation d'un bar à chicha alors qu'elle n'est pas titulaire de la licence 3ème ou 4ème catégorie, qu'elle doit un arriéré locatif et qu'elle a effectué des travaux sans autorisation qui ont participé à l'état de péril dont la levée a nécessité

de la part des propriétaires de faire réaliser des travaux d'un montant de plus de 400.000 euros ; qu'aucun élément du dossier ne démontre que Mme D... exerce l'activité réglementée alléguée et la locataire a produit un extrait Kbis démontrant qu'elle est immatriculée au registre du commerce et des sociétés depuis le 1er avril 2016 ; que le juge des référés n'a pas le pouvoir de prononcer la résiliation du contrat de bail liant les parties et aucun commandement de payer visant la clause résolutoire n'a été délivré de sorte que ce motif ne peut non plus venir justifier du refus de restitution des clés du local ; qu'il ne ressort pas plus de son pouvoir, comme l'a déjà indiqué le juge des référés dans son ordonnance initiale, de faire les comptes entre les parties et de déterminer la part éventuelle de responsabilité de la locataire dans la reconnaissance de l'état de péril ; que ce moyen ne peut donc être reconnu, à ce stade de la procédure, comme justifiant du refus de restituer les clés du local par le propriétaire de sorte qu'en l'état du bail et des relations contractuelles existant entre les parties, il y a lieu de faire droit à la demande de restitution sous astreinte des clés formée par Mme D...,

1° Alors en premier lieu que l'intérêt au succès ou au rejet d'une prétention s'apprécie au jour de l'introduction de la demande en justice ; qu' est irrecevable à agir en restitution des clés d'un local commercial initialement pris à bail le cessionnaire qui ne justifie depuis la cession du fonds de commerce d'aucune exploitation dans les lieux loués, d'aucune clientèle, et qui a fait procéder à sa radiation au registre du commerce et des sociétés ; qu'en écartant la fin de non-recevoir soulevée par la SCI l'Étang et la société Kenny Immo tirée du défaut de qualité et d'intérêt à agir de Mme D... qui ne justifiait, à la date de l'assignation, soit le 8 février 2016, d'aucune exploitation d'un fonds de commerce dans les locaux pris à bail, et qui avait fait procéder depuis 2012 à sa radiation au registre du commerce et des sociétés, de sorte qu'elle ne pouvait prétendre au bénéfice du statut des baux commerciaux aux motifs que Mme D... établissait qu'elle est immatriculée depuis le 1er avril 2016 au registre du commerce et des sociétés pour une activité de salon de thé et d'épicerie fine, la cour d'appel s'est placée à une date postérieure à l'assignation pour apprécier la qualité et l'intérêt à agir de Mme D... et a violé les articles 31 et 32 du code de procédure civile,

2° Alors en deuxième lieu qu'est irrecevable à agir en restitution des clés d'un local commercial initialement pris à bail le cessionnaire qui ne justifie depuis la cession du fonds de commerce d'aucune exploitation dans les lieux loués, d'aucune clientèle, et qui a fait procéder à sa radiation au registre du commerce et des sociétés ; qu'en écartant la fin de non-recevoir opposée par la SCI l'Étang et la société Kennedy Immo tirée de ce que Mme D... ne justifiait ni d'un intérêt ni d'une qualité pour agit en l'absence de tout fonds de commerce et de toute immatriculation de celle-ci au registre du commerce et des sociétés aux motifs inopérants qu'à la suite l'arrêté de péril pris le 3 octobre 2013 par la Ville de Marseille, le juge des référés avait fait droit à la demande de suspension du paiement du loyer par Mme D... pendant la période de cet arrêté et qu'aucun appel n'avait été interjeté à l'encontre de cette décision, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 31 et 32 du code de procédure civile,

3° Alors en troisième lieu que dans leurs conclusions d'appel, la SCI l'Étang et la société Kennedy Immo faisaient valoir que la cession de fonds de commerce d'un bar à chicha intervenue le 1er janvier 2013 entre la société Le Select et Mme D... n'avait fait l'objet d'aucune signification auprès du bailleur ni d'aucune mesure de publicité en violation des articles L. 141-12 et L. 142-13 du code de commerce ; qu'il était ajouté que Mme D... ne justifiait pas d'une licence de 3ème ou de 4ème catégorie de sorte qu'elle ne pouvait exercer dans les lieux l'activité de bar à chichas exercée par l'ancien locataire, faute de justifier des conditions impératives fixées par le décret n° 2007-906 du 15 mai 2007, modifié par le décret n° 2010-720 du 28 juin 2010, relatif à l'exercice du monopole de la vente au détail des tabacs manufacturés ; qu'il en était déduit que Mme D... ne pouvait se prévaloir d'aucune cession de fonds de commerce opposable à la SCI L'Étang et à la société Kennedy Immo, et ne pouvait pas plus se prévaloir à leur égard du bénéfice des dispositions statutaires ; qu'en ne répondant pas à ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile,

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la fin de non-recevoir soulevée par la SCI l'Étang et la société Kennedy Immo puis confirmé l'ordonnance déférée ayant condamné la SCI l'Étang à remettre sans délai à Mme T... D... les clés du local commercial situé au rez-de-chaussée de l'immeuble [...] à Marseille et ce, sous astreinte de 250 euros par jour de retard qui courra 15 jours après la signification de l'ordonnance,

Aux motifs propres qu'exactement rappelé par le premier juge, aucun élément du dossier ne démontre que Mme D...

exerce l'activité réglementée de bar à chicha, et l'intéressée produit un extrait Kbis établissant qu'elle est immatriculée au registre du commerce et des sociétés pour une activité de salon de thé et d'épicerie fine depuis le 1er avril 2016 ; que l'intimée explique que durant la période de l'arrêté de péril elle n'était plus inscrite au RCS pour éviter de devoir régler les cotisations afférentes à son statut de commerçante alors même qu'elle était dans l'impossibilité d'exploiter le fonds de commerce pour lequel elle avait contracté le bail commercial ; que sa qualité de locataire commercial du local appartenant à la SCI L'Étang n'a fait l'objet d'aucune contestation dans le cadre de la précédente instance en référé initiée par les sociétés appelantes au mois de novembre 2013 aux fins notamment de prononcé de la résiliation du bail et paiement d'une provision à valoir sur leurs préjudices ; que l'ordonnance de référé du 22 janvier 2014 qui a dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes présentées par la SCI L'Étang et a autorisé Mme D... à suspendre le paiement du loyer du bail pendant la période de l'arrêté de péril en vigueur, n'a pas été frappée d'appel ; qu'en outre, par lettre du 5 mai 2015 adressée par Mme D..., la SCI L'Étang subordonnait la réintégration des lieux au paiement de diverses sommes sans contester l'existence d'un bail commercial au profit de l'intéressée ; que la fin de non-recevoir soulevée par les appelantes, tirée du défaut de qualité et d'intérêt à agir de Mme D..., sera donc rejetée ; que faute de résiliation du bail liant les parties, le refus de restitution à Mme D... des clés du local commercial à la mainlevée de l'arrêté de péril constitue un trouble manifestement illicite auquel il convient de mettre un terme et la SCI L'Étang n'est pas fondée à se prévaloir, en cause d'appel, du nouveau bail consenti le 4 janvier 2016 à la société Fusion Food sur le local donné en location à Mme D... au motif que cette dernière aurait abandonné le local alors que la renonciation de Mme D... au bail ne saurait se déduire de son silence ou de son inaction ; que l'ordonnance sera en conséquence confirmée en ce qu'elle a condamné la SCI L'Étang à remettre sans délai à Mme D... les clés du local commercial ; que l'astreinte ordonnée étant provisoire, faute de précision de son caractère définitif, le premier juge n'était pas tenu d'en fixer la durée en sorte que la décision entreprise sera confirmée en ce qu'elle a assorti l'obligation de restitution des clés du local d'une astreinte de 250 euros par jour de retard passé le délai de 15 jours suivant la signification de l'ordonnance ; que la majoration du montant de l'astreinte n'est pas justifiée,

Et aux motifs éventuellement adoptés des premiers juges que l'immeuble sis [...] Marseille, appartient pour le local situé au rez-de-chaussée à la SCI L'Étang et pour les lots des étages supérieurs à la société Kennedy Immo ; qu'il a fait l'objet d'un arrêté de péril le 3 octobre 2013 et le juge des référés par décision du 22 janvier 2014 a autorisé Mme D..., locataire du bail commercial des locaux situés au rez-de-chaussée, à suspendre le paiement du loyer tant que l'arrêté restera en vigueur ; que l'arrêté a été levé le 24 octobre 2015 permettant de rendre à sa destination l'immeuble de sorte que depuis cette date Mme D... peut réintégrer les lieux et doit s'acquitter des loyers ; que la SCI L'Étang s'oppose à la demande en faisant valoir que Mme D... n'est pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés, que son activité consiste en l'exploitation d'un bar à chicha alors qu'elle n'est pas titulaire de la licence 3ème ou 4ème catégorie, qu'elle doit un arriéré locatif et qu'elle a effectué des travaux sans autorisation qui ont participé à l'état de péril dont la levée a nécessité de la part des propriétaires de faire réaliser des travaux d'un montant de plus de 400.000 euros ; qu'aucun élément du dossier ne démontre que Mme D... exerce l'activité réglementée alléguée et la locataire a produit un extrait Kbis démontrant qu'elle est immatriculée au registre du commerce et des sociétés depuis le 1er avril 2016 ; que le juge des référés n'a pas le pouvoir de prononcer la résiliation du contrat de bail liant les parties et aucun commandement de payer visant la clause résolutoire n'a été délivré de sorte que ce motif ne peut non plus venir justifier du refus de restitution des clés du local ; qu'il ne ressort pas plus de son pouvoir, comme l'a déjà indiqué le juge des référés dans son ordonnance initiale, de faire les comptes entre les parties et de déterminer la part éventuelle de responsabilité de la locataire dans la reconnaissance de l'état de péril ; que ce moyen ne peut donc être reconnu, à ce stade de la procédure, comme justifiant du refus de restituer les clés du local par le propriétaire de sorte qu'en l'état du bail et des relations contractuelles existant entre les parties, il y a lieu de faire droit à la demande de restitution sous astreinte des clés formée par Mme D...,

Alors que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt qu'antérieurement à l'assignation en référé délivrée le 8 février 2016 à la SCI L'Étang et à la société Kennedy Immo, à la requête de Mme D..., aux fins de voir les sociétés défenderesses condamnées à lui restituer les clés des locaux, la SCI L'Étang avait conclu le 4 janvier 2016 un nouveau bail avec la société Fusion Food sur le local donné en location ; qu'en condamnant néanmoins la SCI L'Étang à remettre sans délai à Mme D... les clés du local commercial situé au rez-de-chaussée de l'immeuble [...] à Marseille et ce, sous astreinte de 250 euros par jour de retard, qui courra 15 jours après la signification de l'ordonnance, quand l'impossibilité de procéder à la délivrance ordonnée par le juge résultait de ses propres constatations, la cour d'appel a violé l'article 1142 ancien du code civil applicable au litige,

ensemble l'article L. 131-1, alinéa premier, du code des procédures civiles d'exécution.

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, après avoir rejeté la fin de non-recevoir soulevée par la SCI l'Étang et la société Kennedy Immo puis confirmé l'ordonnance déférée ayant condamné la SCI l'Étang à remettre sans délai à Mme T... D... les clés du local commercial situé au rez-de-chaussée de l'immeuble [...] à Marseille et ce, sous astreinte de 250 euros par jour de retard qui courra 15 jours après la signification de l'ordonnance, d'avoir dit n'y avoir lieu à statuer sur les demandes reconventionnelles de la SCI l'Étang aux fins de voir constater que des loyers antérieurs à l'arrêté de péril pris par la Mairie de Marseille n'ont pas été payés par Mme D..., constater que la pièce n° 13 des concluantes et la pièce n° 7 de Mme D... produites en première instance comportent un décompte clair et non contesté, condamner en conséquence Mme D... à verser à la SCI l'Étang la somme provisionnelle de 3895,70 euros avec intérêts de droit à compter du 5 mai 2015, date de la mise en demeure de la SCI l'Étang, ordonner la capitalisation des intérêts échus et à échoir,

Aux motifs propres que, s'agissant des demandes reconventionnelles en paiement de loyers impayés pour la période antérieure à l'arrêté de péril, soit la somme de 3895,70 euros ; que l'absence de règlement de cet arriéré n'est pas contesté mais Mme D... expose qu'elle n'a pu exploiter le local à compter du printemps 2013 en raison des infiltrations affectant les lieux ; qu'elle produit la lettre recommandée avec avis de réception adressée le 24 juillet 2013 par son conseil à la SCI l'Étang la mettant en demeure de procéder aux travaux nécessaires pour la reprise de l'activité commerciale interrompue au mois d'avril 2013 ; que cette mise en demeure n'a pas été suivie d'effet ; que les infiltrations dénoncées ont été constatées par le cabinet MBA Structure suivant rapport du 20 août 2013 et par Monsieur W... expert désigné par le tribunal administratif de Marseille aux termes de son rapport clôturé le 2 octobre 2013, dans lequel il fait état de la présence d'une infiltration d'eau permanente au travers du plancher haut du local ; que l'immeuble a fait l'objet d'un arrêté de péril le 3 octobre 2013 avec interdiction d'occupation ; que dans ces conditions, c'est à juste titre que le premier juge a retenu que l'obligation de Mme D... au paiement de la dette locative était sérieusement contestable ; que l'ordonnance entreprise sera donc confirmée en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référer sur les demandes reconventionnelles présentées par la SCI l'Étang et la société Kennedy Immo,

Et aux motifs éventuellement adoptés du premier juge que l'immeuble sis [...] Marseille, appartient pour le local situé au rez-de-chaussée à la SCI l'Étang et pour les lots des étages supérieurs à la société Kennedy Immo ; qu'il a fait l'objet d'un arrêté de péril le 3 octobre 2013 et le juge des référés par décision du 22 janvier 2014 a autorisé Mme D..., locataire du bail commercial des locaux situés au rez-de-chaussée, à suspendre le paiement du loyer tant que l'arrêté restera en vigueur ; que l'arrêté a été levé le 24 octobre 2015 permettant de rendre à sa destination l'immeuble de sorte que depuis cette date Mme D... peut réintégrer les lieux et doit s'acquitter des loyers ; que la SCI l'Étang s'oppose à la demande en faisant valoir que Mme D... n'est pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés, que son activité consiste en l'exploitation d'un bar à chicha alors qu'elle n'est pas titulaire de la licence 3ème ou 4ème catégorie, qu'elle doit un arriéré locatif et qu'elle a effectué des travaux sans autorisation qui ont participé à l'état de péril dont la levée a nécessité de la part des propriétaires d faire réaliser des travaux d'un montant de plus de 400.000 euros ; qu'aucun élément du dossier ne démontre que Mme D... exerce l'activité réglementée alléguée et la locataire a produit un extrait Kbis démontrant qu'elle est immatriculée au registre du commerce et des sociétés depuis le 1er avril 2016 ; que le juge des référés n'a pas le pouvoir de prononcer la résiliation du contrat de bail liant les parties et aucun commandement de payer visant la clause résolutoire n'a été délivré de sorte que ce motif ne peut non plus venir justifier du refus de restitution des clés du local ; qu'il ne ressort pas plus de son pouvoir, comme l'a déjà indiqué le juge des référés dans son ordonnance initiale, de faire les comptes entre les parties et de déterminer la part éventuelle de responsabilité de la locataire dans la reconnaissance de l'état de péril ; que ce moyen ne peut donc être reconnu, à ce stade de la procédure, comme justifiant du refus de restituer les clés du local par le propriétaire de sorte qu'en l'état du bail et des relations contractuelles existant entre les parties, il y a lieu de faire droit à la demande de restitution sous astreinte des clés formée par Mme D... ; que pour les motifs déjà sus-indiqués, la demande de provision à valoir sur le préjudice des propriétaires nécessitant de caractériser et de quantifier la responsabilité de la locataire dans le sinistre ayant abouti à l'arrêté de péril échappe manifestement à la compétence du juge des référés et ne pourra être accueillie ; que la demande de provision à valoir sur l'arriéré locatif se heurte également à des contestations sérieuses alors qu'aucun décompte n'est produit, que la locataire produit les courriers adressés à son bailleur dès le printemps 2013 pour l'informer de la fermeture de son commerce depuis le mois d'avril 2013 à la suite de dégâts des eaux et le mettre en

demeure d'effectuer les travaux nécessaires pour lui permettre de reprendre son exploitation alors par ailleurs que le juge des référés saisi par le propriétaire d'une demande de provision a, par ordonnance du 22 janvier 2014, dit n'y avoir lieu à référé sur cette demande ; que les défendeurs seront en conséquence déboutés de l'intégralité de leurs demandes reconventionnelles,

Alors en premier lieu que dans tous les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut accorder une provision au créancier ; que l'article 1728 du code civil oblige le preneur à payer le prix du bail aux termes convenus sans qu'il puisse se prévaloir de l'inexécution par le bailleur des travaux de réparation nécessaires pour refuser le paiement des loyers ; qu'il s'évince des constatations de l'arrêt que l'absence de règlement de l'arriéré de loyers n'est pas contesté ; qu'en énonçant que l'obligation de Mme D... au paiement de la dette locative était sérieusement contestable aux motifs que l'immeuble a fait l'objet d'un arrêté de péril le 3 octobre 2013 avec interdiction d'occupation quand les loyers dont le règlement était réclamé avaient trait aux mois de juillet, août et septembre 2013, sans constater que durant la période antérieure à l'arrêté de péril, Mme D... justifiait d'une impossibilité totale d'utiliser les locaux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 809 du code de procédure civile,

Alors en second lieu que nul ne peut se constituer de titre à soi-même ; qu'en se fondant sur la teneur de la lettre adressée le 24 juillet 2013 par à la SCI l'Étang par le conseil de Mme D... pour en déduire que celle-ci justifiait dès le mois d'avril 2013 d'une interruption de l'activité commerciale consécutive aux infiltrations affectant les lieux, la cour d'appel a violé l'article 1315 ancien du code civil devenu l'article 1353 nouveau du même code.

QUATRIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué , après avoir rejeté la fin de non-recevoir soulevée par la SCI l'Étang et la société Kennedy Immo puis confirmé l'ordonnance déférée ayant condamné la SCI l'Étang à remettre sans délai à Mme T... D... les clés du local commercial situé au rez-de-chaussée de l'immeuble [...] à Marseille et ce, sous astreinte de 250 euros par jour de retard qui courra 15 jours après la signification de l'ordonnance, d'avoir dit n'y avoir lieu à statuer sur la demande reconventionnelle de la SCI l'Étang aux fins de voir constater que les travaux entrepris, sans autorisation du bailleur par Mme D... sont notamment à l'origine de l'arrêté de péril, constater que Mme D... n'a jamais communiqué le nom des entreprises par elle mandatée dont on ne sait toujours pas si elles étaient dûment assurées, constater que tant la société Kennedy Immo que la SCI l'Étang ont dû déboursier 400.000 euros pour remettre en état le bien frappé d'un arrêté de péril, constater le principe de la responsabilité de Mme D... dans le sinistre ayant abouti à l'arrêté de péril, a été mis en évidence notamment par l'expert mandaté par le tribunal administratif de Marseille, condamner Mme D... à verser à la société Kennedy Immo la somme provisionnelle de 100.000 euros à valoir sur son entier préjudice, avec intérêt de droit à compter de l'ordonnance à intervenir et ordonner la capitalisation des intérêts,

Aux motifs propres que compte tenu des infiltrations existantes, de l'absence d'intervention des sociétés appelantes pour y remédier, la responsabilité de Mme D... dans le sinistre ayant conduit à l'arrêté de péril du fait de la réalisation de travaux entrepris sans autorisation, n'est pas établie avec l'évidence requise en référé en sorte que la demande de provision à valoir sur le préjudice subi par les appelantes est sérieusement contestable ; que l'ordonnance entreprise sera donc confirmée en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes reconventionnelles présentées par la SCI l'Étang et la société Kennedy Immo,

Et aux motifs éventuellement adoptés du premier juge que le juge des référés n'a pas le pouvoir de prononcer la résiliation du contrat de bail liant les parties et aucun commandement de payer visant la clause résolutoire n'a été délivré de sorte que ce motif ne peut non plus venir justifier du refus de restitution des clés du local ; qu'il ne ressort pas plus de son pouvoir, comme l'a déjà indiqué le juge des référés dans son ordonnance initiale, de faire les comptes entre les parties et de déterminer la part éventuelle de responsabilité de la locataire dans la reconnaissance de l'état de péril ; que ce moyen ne peut donc être reconnu, à ce stade de la procédure, comme justifiant du refus de restituer les clés du local par le propriétaire de sorte qu'en l'état du bail et des relations contractuelles existant entre les parties, il y a lieu de faire droit à la demande de restitution sous astreinte des clés formée par Mme D... ; que pour les motifs déjà sus-indiqués, la demande de provision à valoir sur le préjudice des propriétaires nécessitant de caractériser et de quantifier la responsabilité de la locataire dans le sinistre ayant abouti à l'arrêté de péril échappe manifestement à la compétence du juge des référés et ne pourra être accueillie ; que les défendeurs seront en conséquence déboutés de l'intégralité de

leurs demandes reconventionnelles,

Alors que dans leurs conclusions d'appel la SCI l'Étang et la société Kennedy Immo faisaient valoir que Mme D..., sans aucune autorisation du bailleur et dans des circonstances demeurées mal déterminées, avait fait abattre une cloison semi porteuse sous l'escalier, ce qui avait provoqué l'affaissement du plancher du 1er étage mis en évidence par le diagnostic structurel établi en août 2013 et repris par l'expert judiciaire dans son rapport déposé le 2 octobre 2013 ; qu'il était ajouté que Mme D..., sans contester la réalité des travaux entrepris, n'avait jamais communiqué le nom des entreprises par elle mandatées et dont on ne savait pas si elles étaient dûment assurés ; qu'il en était déduit que ces travaux, en lien causal direct avec l'arrêté de péril en date du 3 octobre 2013, avaient contraint la SCI l'Étang et la société Kennedy Immo à entreprendre de très importants travaux évalués à plus de 400.000 euros de sorte que cette dernière était fondée à obtenir la condamnation de Mme D... au paiement d'une somme de 100.000 euros à valoir sur son entier préjudice ; qu'en ne répondant pas à ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.