

CIV.3

FB

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 6 octobre 2016

Cassation sans renvoi

M. CHAUVIN, président

Arrêt n° 1065 F-P+B

Pourvoi n° P 15-17.989

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 Casapizza France, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 4],

2°/ Mme [C] [T], domiciliée [Adresse 1], agissant en qualité de mandataire judiciaire de la société Casapizza France,

3°/ la société FHB, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 2], représentée par M. [R] [Z], en qualité d'administrateur judiciaire de la société Casapizza France,

contre l'arrêt rendu le 10 mars 2015 par la cour d'appel de Bordeaux (2e chambre civile), dans le litige les opposant à la

société Bordeaux-Bonnac, société civile immobilière, dont le siège est [Adresse 3],

défenderesse à la cassation ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 6 septembre 2016, où étaient présents : M. Chauvin, président, Mme Provost-Lopin, conseiller rapporteur, Mme Masson-Daum, conseiller doyen, Mme Besse, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Provost-Lopin, conseiller, les observations de la SCP Richard, avocat de la société Casapizza France, de Mme [T], ès qualités et de la société FHB, ès qualités, de Me Blondel, avocat de la société Bordeaux-Bonnac, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 10 mars 2015), que, le 27 mars 2008, la SCI Bordeaux-Bonnac a donné à bail à la société Casapizza France un local dépendant d'un centre commercial en cours de construction, le contrat devant prendre effet à la date de livraison au preneur, au minimum trois mois avant l'ouverture au public ; qu'en dépit de plusieurs mises en demeure, la société Casapizza France n'a pas pris possession des locaux ; que la SCI Bordeaux-Bonnac l'a assignée en paiement de l'indemnité d'immobilisation prévue au bail ;

Attendu que, pour déclarer recevable la demande de la société Bordeaux-Bonnac, l'arrêt retient que, s'il est acquis que la clause d'un contrat instituant une procédure de médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en oeuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent, il demeure que la régularisation peut intervenir devant la cour d'appel avant qu'elle ne statue, même si la fin de non-recevoir a été retenue par le tribunal ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en oeuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure de médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en oeuvre de la clause en cours d'instance, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et attendu qu'il y a lieu de faire application de l'article 627 du code de procédure civile, la cassation encourue n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 mars 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Déclare la demande de la société Bordeaux-Bonnac irrecevable ;

Condamne la société Bordeaux-Bonnac aux dépens d'appel et de cassation ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société Bordeaux-Bonnac et la condamne à payer à la société Casapizza France la somme de 3 000 euros ;

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 cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du six octobre deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Richard, avocat aux Conseils, pour la société Casapizza France, Mme [T], ès qualités et la société FHB, ès qualités.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré recevable la demande de la SCI BORDEAUX-BONNAC tendant à voir fixer une créance d'un montant de 149.040 euros au passif de la Société CASAPIZZA FRANCE SAS ;

AUX MOTIFS QU'une clause de médiation étant insérée au bail, la SCI BORDEAUX BONNAC a par assignation directement saisi le Tribunal de grande instance de BORDEAUX sans mettre en oeuvre préalablement la médiation contractuellement prévue ; que son action a été en conséquence déclarée irrecevable par le premier juge ; qu'elle n'a mis en oeuvre la procédure de médiation que postérieurement au jugement déféré et après avoir relevé appel, soit le 25 avril 2012 ; que par ordonnance du 20 décembre 2012 le conseiller de la mise en état a ordonné un sursis à statuer jusqu'à l'issue de la procédure de médiation ; que cette médiation a échoué ; que la SCI BORDEAUX BONNAC fait valoir qu' une fin de non-recevoir issue d'un défaut de mise en oeuvre d'une conciliation préalable est susceptible de faire l'objet d'une régularisation au cours de l'instance, comme d'ailleurs toutes les fins de non-recevoir ce que contestent les intimés qui estiment que la régularisation doit intervenir avant que le juge statue ; que la clause de médiation est ainsi libellée :

« - principe

Hors les différends portant sur la mise en jeu de la clause résolutoire et notamment le recouvrement des loyers charges et accessoires du bail, lesquels resteront soumis dès le constat de l'infraction aux dispositions sus visées aux articles 26,1 et 26,2 les parties entendent recourir, préalablement à toute instance judiciaire, à la médiation pour toutes les contestations qui viendraient à se produire à propos de la validité, l'interprétation, l'exécution ou l'inexécution, l'interruption ou la résiliation du présent contrat de bail () ;

- Conditions

la partie qui entendra faire application de la présente clause en avertira l'autre par LRAR en visant expressément le présent article et en proposant une liste de trois personnes maximum susceptibles d'être retenues comme médiateurs ; les parties choisiront alors un médiateur d'un commun accord soit sur la liste proposée soit en dehors de celle-ci étant expressément convenu que ce médiateur devra être un professionnel reconnu du sujet traiter ;

si au terme d'un délai de 8 jours ouvrables suivant l'envoi de la lettre susvisée les parties n'arrivaient pas à se mettre d'accord sur le choix du médiateur la partie la plus diligente saisira le président du tribunal de grande instance statuant en référé et du lieu de situation de l'immeuble qui nommera le médiateur en référence au critère de professionnalisme ci dessus défini ;

dès la consignation de ses honoraires le médiateur réunira les parties en vue de rechercher un accord ; la mission du médiateur ne pourra excéder un délai de 2 mois suivant la consignation de ses honoraires ;

la proposition du médiateur ne sera ni obligatoire ni exécutoire () ;

en cas d'échec de la médiation chacune des parties reprendra ses droits quant à l'exécution de l'une quelconque des

clauses du présent bail et la partie la plus diligente saisira la juridiction compétente qui statuera sur le litige qui lui est soumis suivant les règles applicables en la matière » ;

qu'il est certes acquis que la clause d'un contrat instituant une procédure de médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en oeuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent mais à la condition d'une part que ses termes soient clairs et mettent en évidence la volonté des parties de faire sanctionner son inexécution par une fin de non-recevoir, d'autre part qu'elle détermine les litiges qu'elle vise et enfin qu'elle soit assortie de conditions particulières de mise en oeuvre ; que tel est le cas en l'espèce ; que selon l'article 126 du Code de procédure civile dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue ; que cet article ne faisant aucune distinction entre la procédure de première instance et celle d'appel, la régularisation peut valablement intervenir devant la Cour d'appel et ce même si la fin de non-recevoir a été retenue par le Tribunal ; qu'en conséquence la procédure ayant été régularisée avant que la Cour ne statue, la SCI BORDEAUX BONNAC est recevable à agir ;

ALORS QUE la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en oeuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en oeuvre de la clause en cours d'instance ; qu'en décidant néanmoins que la SCI BORDEAUX-BONNAC ayant mis en oeuvre, en cause d'appel, la procédure de médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge, prévue par le contrat de bail du 27 mars 2008, elle avait régularisé la situation, de sorte que la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en oeuvre de la procédure de conciliation ne pouvait lui être opposée, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir jugé que la Société CASAPIZZA FRANCE SAS ne démontrait pas que la SCI BORDEAUX-BONNAC s'était livrée à des réticences et manoeuvres dolosives à son encontre, de l'avoir, en conséquence, déboutée de sa demande en nullité du contrat de bail commercial du 27 mars 2008 et d'avoir fixé la créance de la SCI BORDEAUX-BONNAC au passif de la Société CASAPIZZA FRANCE SAS pour un montant de 149.040 euros ;

AUX MOTIFS QUE la SCI BORDEAUX BONNAC demande la fixation au passif de la SAS CASAPIZZA FRANCE de la somme de 149040 € au titre de l'indemnité d'immobilisation telle que prévue à l'article 11 du bail, selon lequel « si le preneur refusait d'obtempérer aux injonctions du bailleur relativement à la prise de possession des lieux loués alors que toutes les conditions convenues ci dessus auraient été remplies par le bailleur le preneur devra lui verser au jour pressenti pour la prise d'effet du bail une indemnité d'immobilisation correspondant à la somme de 149040 € » ; que la Société CASAPIZZA invoque à titre principal la nullité du bail sur le fondement du dol et à titre subsidiaire sa résolution ; qu'elle fait tout d'abord valoir qu'elle a été trompée par les manoeuvres de la SCI BORDEAUX-BONNAC, qui a escamoté du bail ce qui avait été négocié entre elles à savoir la possibilité d'installer une enseigne extérieure ; que l'article 13 du bail intitulé esthétique enseigne dispose que toute installation d'enseignes lumineuses ou non de même que tout agencement en saillie sur la façade des lieux loués sont subordonnés à l'agrément exprès et préalable du bailleur, s'il y a lieu du syndicat des copropriétaires ou du président de l'ASL, outre le cas inhérent à l'obtention des autorisations administratives requises à cet effet ; qu'il en sera de même de toute modification ultérieure de ces agencements ou de leur remplacement ; que de même le preneur ne pourra installer à l'intérieur de ses vitrines tous procédés de signalisation lumineux, clignotants et/ou défilants ; que le bailleur autorise néanmoins l'apposition d'affiches, bannières ou banderoles derrière les vitrines du local sous réserve qu'elles :

- aient pour but de promouvoir les activités du preneur,
- ne soient pas directement collées sur les vitres mais présentées en retrait sur des supports prévus à cet effet,
- et que si la présentation qui en sera faite devait faire l'objet de réclamations relevant son inadéquation avec l'esthétique du centre, le preneur devra aussitôt y remédier en se conformant aux recommandations faites par la direction du centre... » ;

que les termes de ce bail, signé par la SAS CASAPIZZA, sont donc restrictifs et soumettent l'implantation d'enseignes sur la façade à l'agrément express et préalable du bailleur et de la copropriété ; que l'article 2,2,5 descriptif général énonce entre autres dispositions que toutes devantures ou enseignes posées ou installées sans l'agrément du bailleur pourront être déposées par ce dernier aux frais du preneur et que les enseignes ne pourront en aucun cas être placées sur les parties communes et sur la façade du bâtiment ; que ce descriptif n'a pas été signé par le preneur mais le bail s'y référant expressément il lui est opposable ; que par deux courriels des 21 janvier et 10 mars 2008 antérieurs à la signature du bail la SAS GAZA PIZZA FRANCE a certes insisté sur la nécessité de l'implantation d'enseignes et a fait parvenir à la SCI BONNAC sa charte enseignes pour accord et éviter tout souci d'implantation ; que postérieurement à la signature du bail elle a rappelé dans plusieurs correspondances le caractère primordial de l'implantation d'enseignes et a suspendu le dépôt de son projet d'aménagement jusqu'à la validation de celui-ci ; que des négociations se sont engagées et soldées par un échec ; qu'il ne peut certes être ignoré que la SAS CASAPIZZA, franchiseur qui exploite un concept de restauration sous la marque LA CASA PIZZA GRILL imposant divers standards et signes distinctifs, a signé le bail pour le compte d'un futur franchisé et qu'il importait que ces standards puissent être implantés dans le local pris à bail ; que le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans celles-ci l'autre partie n'aurait pas contracté ; que néanmoins, outre que la SAS CASAPIZZA FRANCE, titulaire d'un réseau d'une trentaine de franchisés particulièrement rompue aux affaires, n'aurait pas manqué de faire inscrire au bail une clause lui apparaissant déterminante ou à défaut de ne pas signer ce bail, elle ne démontre pas si ce n'est par ses propres écrits que sa cocontractante ait usé de manoeuvres ou de réticence dolosive de nature à vicier son consentement ;

1°) ALORS QUE le principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même n'est pas applicable à la preuve d'un fait juridique ; qu'en déboutant la Société CASAPIZZA FRANCE SAS de sa demande, motif pris qu'elle ne démontrait pas, si ce n'était pas ses propres écrits, que la SCI BORDEAUX-BONNAC avait usé de manoeuvres ou de réticence dolosive de nature à vicier son consentement, bien que le principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ait été inapplicable à la preuve de réticences et manoeuvres dolosives imputables au bailleur, faits juridiques pouvant être prouvés par tous moyens, la Cour d'appel a violé l'article 1315 du Code civil ;

2°) ALORS QUE qu'en déboutant la Société CASAPIZZA FRANCE SAS de sa demande, au motif que cette dernière, titulaire d'un réseau d'une trentaine de franchisés et particulièrement rompue aux affaires, n'aurait pas manqué de faire stipuler au bail une clause relative à la faculté d'apposer une enseigne extérieure si cette faculté avait été déterminante de son consentement, la Cour d'appel, qui s'est prononcée par des motifs impuissants à exclure les manoeuvres dolosives et le vice du consentement qui en était résulté, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1116 du Code civil.

#### TROISIEME MOYEN DE CASSATION (très subsidiaire)

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la Société CASAPIZZA FRANCE SAS de sa demande tendant à voir prononcer la résolution du contrat de bail commercial du 27 mars 2008 aux torts de la SCI BORDEAUX-BONNAC et d'avoir fixé la créance de cette dernière au passif de la Société CASAPIZZA FRANCE SAS pour un montant de 149.040 euros ;

AUX MOTIFS QU'à titre subsidiaire, les intimées concluent à la résolution du bail faisant valoir qu'il existe une contradiction entre l'article 13 du bail et l'article 2,2,5 du descriptif général qui doit être interprété selon la commune intention des parties et dans le doute en sa faveur, et que le bailleur, en s'opposant à sa demande d'implanter une enseigne extérieure sans même l'étudier, a manqué à ses obligations visées à l'article 13, alors qu'il s'agissait pour le preneur d'une condition essentielle ; que d'une part, c'est en connaissance de cause que le preneur a signé le bail acceptant ainsi le descriptif ; que d'autre part, le bailleur a fait des efforts (lettre du 12/9/2008) pour obtenir de l'architecte et des diverses entités l'implantation d'enseignes extérieures et n'a fait qu'user de la faculté offerte par le contrat ; qu'il ne peut en conséquence lui être reproché de manquement au regard des termes du bail et du descriptif ; qu'en conséquence les intimées seront déboutées de leur demande de nullité et de résolution du bail en date du 27 mars 2008 ;

ALORS QU'aux termes de sa lettre du 12 septembre 2008, la SCI BORDEAUX-BONNAC se bornait à indiquer à la Société CASAPIZZA FRANCE SAS avoir accepté « de faire ses meilleurs efforts pour tenter d'obtenir pour le compte du Preneur, de

la part de l'architecte ainsi que les différentes entités concernées (Mairie, AFUL, Eiffage Immobilier en particulier) l'autorisation d'apposer une enseigne drapeau qualitative (du type de celle de la résidence [Établissement 1]) sur la façade sud, le long de la rue Bonnafe » et qu'« une autre enseigne pourra être envisagée le cas échéant sur la façade est, le long de la rue Saint Sernin sous forme de drapeau amovible faisant partie du mobilier de la terrasse du preneur », ce dont il résultait que la SCI BORDEAUX-BONNAC avait uniquement affirmé s'engager à favoriser l'autorisation sollicitée, sans pour autant qu'il en soit résulté qu'elle avait effectivement agi en ce sens ; qu'en affirmant néanmoins qu'il résultait de cette lettre que le bailleur avait effectivement fait des efforts pour obtenir de l'architecte et des diverses entités l'implantation d'enseignes extérieures, la Cour d'appel en a dénaturé les termes clairs et précis, en violation de l'article 1134 du code civil.