

COUR D'APPEL

DE

VERSAILLES

Code nac : 30E

12e chambre

ARRET N°

CONTRADICTOIRE

DU 30 AVRIL 2020

N° RG 18/08723 - N° Portalis DBV3-V-B7C-S3OW

AFFAIRE :

[M] [P] ès qualité d'administrateur judiciaire de la SARL K.H.G, désigné par Jugement du Tribunal de commerce de
VERSAILLES en date du 21 janvier 2016

...

C/

SCI [Localité 4] - PARC DES VERGERS

SELARL MARS prise en la personne de Me [W] [H], ès-qualités de mand.jud. de la société KHG,

Décision déferée à la cour : Jugement rendu(e) le 25 Octobre 2018 par le Tribunal de Grande Instance de VERSAILLES

N° Chambre :

N° Section :

N° RG : 14/08343

Expéditions exécutoires

Expéditions

Copies

délivrées le :

à :

Me Anne - sophie PIQUOT JOLY

Me Martine DUPUIS

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE TRENTE AVRIL DEUX MILLE VINGT,

La cour d'appel de Versailles, a rendu l'arrêt suivant dans l'affaire entre :

Maître [M] [P] ès qualité d'administrateur judiciaire de la SARL K.H.G, désigné par Jugement du Tribunal de commerce de VERSAILLES en date du 21 janvier 2016

de nationalité Française

[Adresse 1]

[Adresse 1]

Représentant : Me Anne - sophie PIQUOT JOLY de l'ASSOCIATION ASSOCIATION ROUX PIQUOT-JOLY, Postulant, avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire : 564 - Représentant : Me Rémy CONSEIL de la SELARL BARBIER ASSOCIES, Plaidant, avocat au barreau de PARIS, vestiaire : C0987

SARL K.H.G placée sous sauvegarde par Jugement du Tribunal de commerce de VERSAILLES en date du 21 janvier 2016

N° SIRET : 531 75 6 5 34

[Adresse 5]

[Adresse 5]

Représentant : Me Anne - sophie PIQUOT JOLY de l'ASSOCIATION ASSOCIATION ROUX PIQUOT-JOLY, Postulant, avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire : 564 - Représentant : Me Rémy CONSEIL de la SELARL BARBIER ASSOCIES, Plaidant, avocat au barreau de PARIS, vestiaire : C0987

APPELANTS

SCI [Localité 4] - PARC DES VERGERS

N° SIRET : 434 77 1 1 27

[Adresse 2]

[Adresse 2]

Représentant : Me Martine DUPUIS de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES, Postulant, avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire : 625 - N° du dossier 1961131

Représentant : Me Dominique COHEN TRUMER de la SELASU SELAS COHEN-TRUMER, Plaidant, avocat au barreau de PARIS, vestiaire : A0009 -

INTIMEE

SELARL MARS prise en la personne de Me [W] [H], ès-qualités de mand.jud. de la société KHG, désigné en cette qualité suivant jugement du Tribunal de Commerce de Versailles du 21 Janvier 2016, (assigné en appel provoqué le 25.06.2019 à étude), (conclusions signifiées le 11.12.2019 par procès verbal de difficultés)

[Adresse 3]

[Adresse 1]

PARTIE INTERVENANTE

Composition de la cour :

En application des dispositions de l'article 805 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue à l'audience publique du 25 Février 2020 les avocats des parties ne s'y étant pas opposés, devant Madame Florence SOULMAGNON, Conseiller chargé du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Madame Thérèse ANDRIEU, Président,

Madame Florence SOULMAGNON, Conseiller,

Mme Véronique MULLER, Conseiller,

Greffier, lors des débats : Monsieur Alexandre GAVACHE,

EXPOSE DU LITIGE

Aux termes d'un acte sous seing privé en date du 10 mai 2011, la société Le Parc Des Vergers, aux droits de laquelle est venue la SCI [Localité 4] Parc des Vergers, a consenti un bail commercial à la société KHG portant sur un local n°12, d'une surface d'environ 145 m², situé en rez-de-chaussée et mezzanine d'un ensemble immobilier dépendant du centre commercial Les Vergers de la Plaine à [Localité 4] (78240), pour une durée de 9 ans moyennant le versement d'un loyer annuel de base de 40 000 euros HT et HC, ramené à un montant de 25 000 euros HT HC la première année, de 30 000 euros HT HC la deuxième année et de 35 000 euros HT HC la troisième année, et une franchise de 4 mois de loyers à compter de la prise d'effet du bail.

La SCI [Localité 4] Parc des Vergers a délivré à la société KHG deux commandements visant la clause résolutoire :

- le premier le 25 septembre 2013 pour le paiement de la somme de 27.441,81 euros au titre de son arriéré de loyers, charges et accessoires outre les intérêts de retard d'un montant de 752,73 euros soit la somme totale de 28 194,54 euros TTC,
- le second le 1er septembre 2014 pour le paiement de la somme de 52.917,70 euros au titre de ses arriérés locatifs échus depuis la date du dernier commandement de payer.

Ces deux commandements de payer sont restés infructueux.

Le 29 septembre 2014, la société KHG a fait assigner la société [Localité 4] Parc des Vergers devant le tribunal de grande instance de Versailles, notamment aux fins de voir prononcer la nullité de ces commandements.

Par ailleurs, saisi par la bailleresse, le juge des référés du tribunal de grande instance de Versailles a, par ordonnance du 5 mars 2015, débouté la société KHG de sa demande en nullité du premier commandement, prononcé son incompétence au titre du second commandement en raison de la saisine préalable du juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Versailles, et a débouté la SCI [Localité 4] Parc des Vergers de ses demandes se heurtant à des contestations sérieuses.

Par jugement du 21 janvier 2016, le tribunal de commerce de Versailles a prononcé l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard de la société KHG, désignant Maître [H] en qualité de mandataire judiciaire et Maître [P] en qualité d'administrateur judiciaire.

Par jugement du 1er juin 2017, le tribunal de commerce de Versailles a arrêté le plan de sauvegarde de la société KHG, d'une durée de 12 mois, nommant la selarl AJ Associés, prise en la personne de Maître [M] [P] en qualité de commissaire

à l'exécution du plan et maintenant la selarl Mars prise en la personne de Maître [H] comme mandataire judiciaire.

Par jugement en date du 25 octobre 2018, le tribunal de grande instance de Versailles a :

' Déclaré non écrites les clauses d'indexation du loyer stipulées au bail du 10 mai 2011,

' Dit que la SCI [Localité 4] ne peut facturer à la société KHG l'indexation du loyer, ni les postes de charges relatifs à la sécurité, la surveillance, les frais administratifs, ou les taxes sur les ordures ménagères, taxe sur les parkings, et la taxe sur les locaux commerciaux, non prévues au bail,

' Fixé la créance de la SCI [Localité 4], antérieure au jugement d'ouverture de la sauvegarde, au passif de la société KHG, à titre privilégié à la somme de 70.086,12 euros TTC,

' Rejeté la demande de résiliation judiciaire du bail du 10 mai 2011,

' Condamné la société KHG à payer à la SCI [Localité 4] la somme de 30.133,89 euros TTC, au titre de sa dette locative postérieure au jugement d'ouverture de la sauvegarde du 21 janvier 2016 et arrêtée au 15 mai 2018,

' Dit que cette somme sera augmentée des intérêts de retard calculés sur la base d'un taux d'intérêt annuel égal au taux légal en vigueur au jour de l'exigibilité du loyer majoré de 5 points,

' Condamné la société KHG à payer à la SCI [Localité 4] la somme de 2.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

' Débouté les parties du surplus de leurs demandes,

' ordonné l'exécution provisoire.

Le 24 décembre 2018, la société KHG et Me [M] [P] ès qualités d'administrateur judiciaire et commissaire à l'exécution du plan ont interjeté appel du jugement à l'encontre de la SCI [Localité 4] Parc des Vergers .

PRÉTENTIONS DES PARTIES

Par dernières conclusions notifiées le 18 février 2020, la société KHG et Me [M] [P] ès qualités d'administrateur judiciaire et commissaire à l'exécution du plan demandent à la cour de :

- Dire et juger la société KHG et Me [P] [M] recevables en leur appel,

- Confirmer le jugement en ce qu'il a :
 - Déclaré non écrites les clauses d'indexation du loyer stipulées au bail du 10 mai 2011,
 - Dit que la SCI [Localité 4] Parc des Vergers ne peut facturer à la société KHG l'indexation du loyer, ni les postes de charges relatifs à la sécurité, la surveillance, les frais administratifs, la taxe sur les ordures ménagères, la taxe sur les parkings, et la taxe sur les locaux commerciaux, non prévues au bail,
 - Fixé la créance de la SCI [Localité 4] Parc des Vergers, antérieure au jugement d'ouverture de la sauvegarde, au passif de la société KHG, à titre privilégié à la somme de 70.086,12 euros TTC,
 - Rejeté la demande de résiliation judiciaire du bail du 10 mai 2011,
 - Débouté la SCI [Localité 4] du surplus de ses demandes.
 - Infirmier le jugement en ce qu'il a :
 - Condamné la société KHG à payer à la SCI [Localité 4] Parc des Vergers la somme de 30.133,89 euros TTC, au titre de sa dette locative postérieure au jugement d'ouverture
- de la sauvegarde du 21 janvier 2016 et arrêtée au 15 mai 2018,
- Dit que cette somme sera augmentée des intérêts de retard calculés sur la base d'un taux d'intérêt annuel égal au taux légal en vigueur au jour de l'exigibilité du loyer majoré de
- 5 points,
- Débouté la société KHG du surplus de ses demandes,
 - Condamné la société KHG à payer à la SCI [Localité 4] Parc des Vergers la somme de 2.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
 - Condamné la société KHG aux dépens de l'instance en ce compris les frais d'assignation en intervention forcée de la SELARL MARS és qualité de mandataire judiciaire.

Statuant à nouveau sur ces points :

Sur la procédure de sauvegarde :

- Recevoir Maître [P] [M], administrateur de la société KHG, pour la période du 21 janvier 2016 jusqu'au 1er juin 2017 et

commissaire à l'exécution du plan depuis,

- Dire et juger que l'ouverture de la procédure de sauvegarde interrompt ou interdit les poursuites à l'encontre de la société KHG tendant à la faire condamner au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution du bail,
- Dire et juger que l'instance doit tendre uniquement à la fixation de la créance de la SCI [Localité 4] Parc des Vergers à l'encontre de la société KHG,

Sur l'impôt foncier :

- Dire et juger que le nouvel invariant datant de 2017 ne peut être appliqué rétroactivement et qu'il n'y a pas lieu de recalculer les taxes foncières de 2013 à 2016,
- Subsidiairement, dire et juger que les rappels de taxe foncière, après déduction de la taxe sur les ordures ménagères pour les années 2013 au 21 janvier 2016, doivent être déclarés au passif de la société KHG dans le cadre de la procédure de sauvegarde pour un montant maximum de 4.884,48 euros et ne peuvent pas être pris en compte dans le décompte post-sauvegarde, ramenant le passif à 74.588,48 euros,
- Dire et juger que l'invariant 133 0903732T comportant deux lots (11 et 20) ne peut être celui de KHG et que, par conséquent, les taxes foncières 2017, 2018 et 2019 ne sont pas dues,
- Infiniment subsidiairement, dire et juger que faute de pouvoir justifier nominativement les taxes foncières de l'ensemble des locataires, la taxe foncière doit être recalculée selon le bail avec un montant ne pouvant dépasser la répartition au prorata du SHON, après justification nominative de la répartition au vu des métrages de chaque locataire,
- Dire et juger que les taxes foncières 2017, 2018 et 2019 ont été calculées avec un mauvais invariant et que par conséquent elles ne sont pas dues,
- Subsidiairement, dire et juger que la taxe foncière doit être calculée au prorata du SHON et qu'elle s'élève à 2.745,22 euros pour l'année 2017, 2.685,56 euros pour l'année 2018 et 2.605,96 euros pour l'année 2019
- ,
- En conséquence, condamner la SCI [Localité 4] Parc des Vergers à rembourser à la société KHG 8.036,75 euros de trop versés de taxe foncière induite,

- Infiniment subsidiairement dire que la société KHG est à jour de ces paiements de taxe foncière au 15 février 2020,

Sur les charges, y ajoutant :

- Dire et juger que l'ensemble des charges du poste « Etat et Collectivités » comprenant entre autres l'ensemble des taxes Parking, Ordures Ménagères et Taxes Foncières de la bailleuse ne sont pas dues et condamner la société SCI [Localité 4] Parc de Vergers à rembourser ce poste en intégralité à la société KHG, en justifier et émettre les avoirs correspondants,

- Dire et juger que l'ensemble des charges du poste « Sécurité Incendie » ne sont pas dues et condamner la société SCI [Localité 4] Parc de Vergers à rembourser ce poste en intégralité à la société KHG, en justifier et émettre les avoirs correspondants"

- Dire et juger que les charges « Frais administratifs » ne sont pas dues et condamner la société SCI [Localité 4] Parc de Vergers à rembourser ce poste à la société KHG, en justifier et émettre les avoirs correspondants.

- Dire et juger que les charges « Dimanches » doivent être calculées au prorata des surfaces et des dimanches ouverts et, à défaut, condamner la société SCI [Localité 4] Parc de Vergers à rembourser ce poste à la société KHG, en justifier et émettre les avoirs correspondants,

- Condamner la SCI [Localité 4] à remettre tous les ans à la société KHG le budget des charges réalisé poste par poste approuvé à l'AG de l'ASL au titre des régularisations.

Sur la créance post-sauvegarde à compter du 21 janvier 2016 :

- Dire et juger que la société KHG est à jour de ses règlements, compte arrêté au 15 février 2020 incluant le loyer du 1^{er} trimestre 2020,

- Condamner la SCI [Localité 4] Parc des Vergers à rembourser à la société KHG un trop versé de 8.490,05 euros ou, à titre subsidiaire, la somme de 453,30 euros, compte arrêté au 15 février 2020,

En tout état de cause':

- Débouter la SCI [Localité 4] de toutes ses demandes, fins et conclusions.

- Condamner la SCI [Localité 4] Parc des Vergers pour non-respect des procédures de redressement et mise en danger de la SARL KHG à des dommages et intérêts s'élevant à 15.000 euros,

- Condamner la SCI [Localité 4] Parc des Vergers au paiement d'une somme de 10.000 euros sur le fondement de l'article 70 du code de procédure civile,
- La condamner aux entiers dépens et autoriser Maître Corinne Roux, du Barreau de Versailles, à les recouvrer directement, conformément à l'article 699 du code de procédure civile .

Par dernières conclusions notifiées le 28 janvier 2020, la société civile immobilière [Localité 4] Parc des Vergers (la SCI [Localité 4]) prie la cour de :

- La dire et juger recevable en ses demandes et en son appel incident,
- Débouter la société KHG de toutes ses demandes, fins et conclusions,
- Confirmer le jugement en ce qu'il a :
- Dit que la somme objet de la condamnation à paiement sera augmentée des intérêts de retard calculés sur la base d'un taux d'intérêt annuel gal au taux légal en vigueur au jour de l'exigibilité du loyer majoré de 5 points,
- Condamné la société KHG à payer à la SCI [Localité 4]-Parc des Vergers la somme de 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- Condamné la société KHG aux dépens de l'instance en ce compris les frais d'assignation en intervention forcée de la SARL MARS ès qualité de mandataire judiciaire,

Infirmier le jugement en ce qu'il a :

- Déclaré non écrites les clauses d'indexation du loyer stipulées au bail du 10 mai 2011,
- Dit que la SCI [Localité 4]-Parc des Vergers ne peut facturer à la société KHG l'indexation du loyer, ni les postes de charges relatifs à la sécurité, la surveillance, les frais administratifs, ou les taxes sur les ordures ménagères, taxes sur les parkings, et la taxe sur les locaux commerciaux, non prévues au bail ,
- Fixé la créance de la SCI [Localité 4], antérieure au jugement d'ouverture de la sauvegarde, au passif de la société KHG, à titre privilégié à la somme de 70 086,12 euros TTC, mais ce uniquement au regard du quantum,
- Rejeté la demande de résiliation judiciaire du bail du 10 mai 2011,
- Condamné la société KHG à payer à la SCI [Localité 4] la somme de 30 133,89 euros TTC, au titre de sa dette locative postérieure au jugement d'ouverture de la sauvegarde du 21 janvier 2016 et arrêtée au 15 mai 2018, mais ce uniquement au regard du quantum,

Statuant à nouveau sur ces points,

- Lui donner acte de ce qu'elle se réserve le droit de solliciter le paiement par la société KHG de l'indexation sur les loyers, non facturée à la société KHG;
- Prononcer la résiliation du bail de la société KHG et ordonner en conséquence son expulsion ainsi que celle de tous occupants de son chef, au besoin avec le concours de la force publique et l'aide d'un serrurier, du local à usage commercial qu'elle exploite à [Localité 4] ([Localité 4]), au Centre Commercial « les Vergers de la Plaine» ;
- Dire que la SCI [Localité 4] Parc des Vergers pourra procéder à l'enlèvement et au déménagement des objets mobiliers garnissant les lieux, soit dans l'immeuble, soit chez un garde-meubles au choix de la demanderesse, aux frais, risques et périls de la société KHG,
- Fixer la créance privilégiée de la SCI [Localité 4] Parc des Vergers antérieure au jugement de sauvegarde de la société KHG à la somme de 79 534,92 euros TTC, subsidiairement, à la somme de 73 433,18 euros TTC;
- Condamner la société KHG à lui payer la somme en principal de 54 609,84 euros TTC au titre des arriérés de loyers, charges et accessoires, mais hors indexation des loyers, de la société KHG postérieurs au jugement de sauvegarde et arrêtés au 24 janvier 2020, subsidiairement, la condamner à payer la somme en principal de 47 759,39 euros TTC au titre de ses arriérés de loyers et charges postérieurs au jugement de sauvegarde ;
- Condamner la société KHG à lui payer sur la somme susvisée, un intérêt de retard calculé sur la base d'un taux d'intérêt annuel égal au taux légal en vigueur au jour de l'exigibilité du loyer majoré de 5 points ;
- Condamner la société KHG à lui payer prorata temporis à compter de la date de résiliation du bail, une indemnité d'occupation égale, par jour de retard, à deux pour cent (2%) du montant du loyer trimestriel toutes taxes comprises,
- Dire que le dépôt de garantie restera acquis à la SCI [Localité 4] Parc des Vergers,
- Condamner la société KHG à lui payer une somme de 10 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure d'appel ;
- Condamner la société KHG en tous les dépens, de la procédure de première instance et de la procédure d'appel en ce compris les frais de signification de la décision à intervenir.

Le 25 juin 2019, la SCI [Localité 4]- Parc des Vergers a fait assigner devant la cour en appel provoqué la selarl Mars prise en la personne de Maître [H] ès qualités de mandataire judiciaire de la société KHG, désigné suivant jugement susvisé du 21 janvier 2016, lui signifiant la déclaration d'appel de la société KHG du 24 décembre 2018 et ses premières conclusions du 21 juin 2019, par dépôt de l'acte en l'étude de l'huissier, la personne présente refusant de prendre l'acte aux motifs que le dossier de sauvegarde était clôturé depuis le 6 juillet 2017.

Le 29 janvier 2020, la SCI [Localité 4]- Parc des Vergers a fait signifier ses dernières conclusions à Maître [H] en qualité de mandataire judiciaire de la société KHG. Le mandataire a refusé de prendre l'acte en indiquant que sa mission était terminée selon jugement de clôture du 1er juin 2017.

Maître [H] ès qualités n'a pas constitué avocat. L'arrêt sera rendu par défaut.

Pour un exposé complet des faits et de la procédure, la cour renvoie expressément au jugement déféré et aux conclusions des parties conformément à l'article 455 du code de procédure civile.

L'ordonnance de clôture a été prononcée le 20 février 2020.

MOTIFS DE LA DECISION

La cour rappelle, à titre liminaire, qu'elle n'est pas tenue de statuer sur les demandes de "dire et juger" qui ne sont, en l'espèce, pas des prétentions mais des moyens.

Sur la clause d'indexation :

La SCI [Localité 4] critique le jugement entrepris, expliquant qu'il n'est pas interdit aux parties de prévoir dans le cadre d'un bail commercial la fixation en cours de bail du loyer à son montant initial si certaines conditions sont réunies, que la clause d'indexation est licite puisqu'elle prévoit bien une indexation annuelle et une période de variation de l'indice également annuelle, qu'en tout état de cause, une partie de la clause d'indexation est licite, et reste applicable en raison de la divisibilité de la clause.

La société KHG sollicite au contraire la confirmation du jugement en ce qu'il a déclaré non écrite la clause d'indexation, faisant valoir d'une part le défaut de réciprocité de la clause, d'autre part la distorsion entre la période de variation indiciaire et la durée entre deux indexations, et soutenant qu'en tout état de cause la clause d'indexation forme un tout, et ne peut dès lors qu'être réputée non écrite dans son intégralité.

Le bail conclu le 10 mai 2011 indique être consenti aux conditions générales du bail prévues au titre I et aux conditions particulières mentionnées au titre II.

L'article 8-5-1 des conditions générales intitulé «' clause d'actualisation'» indique que «' le loyer fixé ci-dessus sera réajusté pour la première fois à la date de prise d'effet du bail'».

L'article 8-5-2 intitulé «clause d'indexation du loyer» mentionne que':

« Le loyer variera automatiquement, de plein droit et sans formalité, proportionnellement aux variations de l'indice trimestriel des loyers commerciaux publié trimestriellement par l'INSEE et créé par la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008 (article 47) et 7 objet du décret n° 2008-1139 du 4 novembre 2008 relatif à l'indice national trimestriel des loyers commerciaux.

Le réajustement du loyer se fera en vertu de la présente clause tous les ans, au premier janvier, et pour la première fois, le premier janvier qui suit la prise d'effet du bail.

L'indice de base retenu pour la première indexation comme correspondant à la fixation du loyer initial sera le dernier indice connu lors de la prise d'effet du bail et l'indice de calcul sera le dernier indice connu au jour de l'indexation.

Pour les années suivantes, sera prise en considération la variation de l'indice entre l'indice trimestriel retenu pour l'indexation annuelle précédente (indice du xième trimestre de l'année N) et l'indice du même trimestre de l'année suivante (même indice trimestriel de l'année N+1).

L'indexation pourra jouer à la hausse comme à la baisse mais ne devra pas avoir pour effet de ramener le loyer en dessous du loyer de base.

La clause d'indexation annuelle du loyer constitue une clause essentielle et déterminante sans laquelle le bailleur n'aurait pas contracté»

L'article 10 des conditions particulières du bail intitulé «' clauses de révision du loyer» indique:

« 8-5-1 clause d'actualisation sur l'indice INSEE du coût de la construction.

Par dérogation aux dispositions de l'article 8-5-1 des conditions générales du bail, le loyer ne sera pas actualisé entre la date de la signature des présentes et la date de prise d'effet du bail.

8-5-2:Clause d'indexation : au 1er janvier sur l'indice trimestriel des loyers commerciaux publié trimestriellement par l'INSEE et créé par la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008 et objet du décret n° 2008-1139 du 4 novembre 2008 relatif à l'indice national trimestriel des loyers commerciaux.

Indice de base pour la première indexation comme correspondant à la fixation du loyer initial :dernier indice connu au jour de la prise d'effet du bail.

Indice de calcul : dernier indice connu au jour de l'indexation.

Pour les années suivantes, sera prise en considération la variation de l'indice entre l'indice trimestriel retenu pour l'indexation annuelle précédente (indice du xième trimestre de l'année N) et l'indice du même trimestre de l'année suivante (même indice trimestriel de l'année N).

Il est précisé pour l'indexation que l'indice des loyers commerciaux sera le dernier indice connu au jour de la prise d'effet du bail.

L'indexation pourra jouer à la hausse comme à la baisse mais ne devra pas avoir pour effet de ramener le loyer en dessous du loyer de base.

Le loyer indexé ne pourra en aucun cas être inférieur au loyer de base prévu au présent bail.»

* sur le caractère licite de la clause :

L'article L112-1 alinéa 2 du code monétaire et financier dispose qu'«est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision».

En l'espèce, les termes mêmes de la clause d'indexation reproduites ci-dessus montrent qu'en ce qui concerne la première indexation il existe une distorsion entre l'intervalle de variation annuelle de l'indice prise en compte pour le calcul et l'intervalle entre la date de la prise d'effet du bail et la première indexation annuelle au 1er janvier de l'année suivante. En effet, la date de prise d'effet du bail, prévue par l'article 8.2 comme étant la date de la livraison des locaux, a été reportée au 15 février 2012 alors que la première indexation a eu lieu moins d'un an après soit le 1er janvier 2013. Cette distorsion introduite dans la clause d'indexation est prohibée par l'article susvisé.

En outre, le bail prévoit expressément dans ses conditions générales et dans ses conditions particulières un loyer plancher puisque si la clause d'indexation peut effectivement jouer à la hausse comme à la baisse, le loyer indexé ne peut être inférieur au loyer de base prévu dans le bail.

Or, l'indication d'un loyer plancher fait échec au caractère automatique de l'indexation exigé par l'article L.112-1 précité, en ce qu'il induit un risque de décrochage de la variation du loyer par rapport à la variation de l'indice.

En effet, si l'application de l'indice aboutit à la fixation d'un loyer inférieur au loyer plancher sur une année donnée, l'indexation ne sera pas mise en 'uvre sur cette période (année N), de sorte que la période de variation de l'indice sera ensuite supérieure à la durée s'écoulant entre deux indexations (variation de l'année N-1 à l'année N+1).

La clause, en ce qu'elle prévoit un loyer plancher, est donc contraire aux dispositions de l'article L. 112-1 du code monétaire et financier.

La SCI [Localité 4] soutient que seule la partie illégale de la clause d'indexation doit être réputée non écrite tandis que la société KHG fait valoir son indivisibilité.

Il a été vu que l'instauration d'un loyer plancher est susceptible de créer une distorsion entre la variation annuelle de l'indice et la durée pas nécessairement annuelle de l'indexation qui peut se répercuter sur plusieurs années.

S'il est exact, comme l'allègue la SCI [Localité 4], que seules certaines dispositions de la clause peuvent être réputées non écrites, il convient cependant de s'attacher à la commune intention des parties quand elles ont conclu le bail.

Or en l'espèce, les parties, après avoir énoncé les modalités de la clause d'indexation, ont expressément indiqué dans le bail que «la clause d'indexation annuelle du loyer constitue une clause essentielle et déterminante sans laquelle le bailleur n'aurait pas contracté».

En indiquant expressément dans le bail que la clause d'indexation constitue une stipulation essentielle et déterminante de sa volonté de contracter, sans laquelle le bail n'aurait pas été conclu, la bailleresse a entendu faire de l'ensemble des dispositions de cette clause un élément essentiel de sa volonté de contracter, sans qu'il soit possible de distinguer entre les diverses parties de cette clause.

Il s'ensuit que les composantes de la clause d'indexation, y compris celles portant sur le loyer plancher et la distorsion relevée en ce qui concerne la première indexation, forment un tout, qui ont déterminé les parties et en particulier la bailleresse à contracter le présent bail

Dès lors la SCI [Localité 4], bailleresse, est malvenue maintenant de solliciter que seules les dispositions illicites comme contraires à l'article L112-1 susvisé soient réputées non écrites, alors que les termes mêmes du bail montrent que la bailleresse n'aurait pas stipulé la clause d'indexation sans l'existence de telles restrictions, et que la clause d'indexation ainsi rédigée est dans sa globalité une condition essentielle et déterminante de son engagement, selon les propres termes du bail.

En outre, il s'avère que les stipulations illégales, portant à la fois sur la fixation d'un loyer plancher et sur la distorsion relevée dans la première indexation, laquelle a nécessairement un impact sur les indexations ultérieures, ne sont pas susceptibles d'être isolées sans que la cohérence même du reste de la clause ne soit atteinte, et alors même que ces stipulations dans leur indivisibilité sont essentielles à l'expression de la volonté des parties de soumettre le loyer à une indexation.

C'est dès lors à bon droit que le premier juge a déclaré non écrites pour le tout les clauses d'indexation du loyer stipulées dans le bail du 10 mai 2011. Le jugement sera confirmé sur ce point.

* sur les conséquences de l'illicéité de la clause d'indexation contenue dans le bail':

La clause d'indexation contenue dans le bail étant déclarée illicite et dès lors réputée non écrite, la société KHG est fondée à solliciter la restitution des sommes versées en exécution de l'indexation basée sur cette clause réputée non écrite dans le cadre d'une action en répétition de l'indu. La société locataire peut dès lors réclamer les sommes trop versées dans la limite de la prescription quinquennale.

Contrairement à ce qu'allègue la SCI [Localité 4], le fait que la société KHG ait payé les loyers appelés n'établit pas que la société locataire a valablement renoncé à contester la validité de la clause d'indexation à défaut de tout acte volontaire et dépourvu d'équivoque de renonciation de sa part.

Il s'ensuit que c'est à juste titre que le premier juge a fait droit à la demande en répétition de la société KHG à hauteur de la somme de 780,64 euros au titre du trop perçu à la suite de l'indexation irrégulière de 2013 et 2014 et à celle de 331,80 euros au titre de l'indexation irrégulière de 2018.

Sur la détermination des charges imputables à la société KHG :

La société KHG sollicite la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a retenu que la SCI [Localité 4] ne pouvait pas lui facturer les postes relatifs à la sécurité, à la surveillance, les frais administratifs, les taxes sur les ordures ménagères, taxe sur les parkings, et sur celle sur les locaux commerciaux non prévues au bail.

La SCI [Localité 4] critique le jugement entrepris sur l'imputation des charges, expliquant que la société KHG ne les avait pas contestées avant cette procédure, qu'en tant que bailleresse elle doit percevoir un loyer net de toutes charges et qu'elle a justifié des charges dont elle demande le paiement.

Il convient de reprendre successivement les diverses charges contestées par la SCI [Localité 4]'.

En l'espèce, les charges imputables à la société locataire sont définies dans les articles 7-9, 7-12 et 8-3 en ces termes concernant les charges communes.

Le bail indique à l'article 7-9 intitulé «' ASSOCIATION SYNDICALE LIBRE':

Le BAILLEUR déclare que sera créée une Association Syndicale Libre destinée à assurer notamment la gestion, le nettoyage et l'entretien de tous les espaces à usage commun tels que parkings, parvis, espaces verts, voiries, espaces verticaux (escalators, ascenseurs), réseaux communs dans le périmètre correspondant à l'ensemble des parties communes utilisées par tous les exploitants situés dans le périmètre réalisé par le BAILLEUR. L'Association Syndicale Libre aura également, sur le même périmètre, la mission d'assurer le nettoyage et l'entretien des équipements d'éclairage extérieur, d'éclairage de la signalétique, dans le même périmètre.

Le BAILLEUR a remis le projet de statuts de l'association au PRENEUR qui le reconnaît. Une copie des statuts est demeurée ci-annexée ainsi qu'un projet de budget prévisionnel (ANNEXE 18 et 19).

La répartition des charges s'effectuera conformément au tableau de répartition des charges ci-après annexé (ANNEXE 22) ».

L'article 7-12 du bail intitulé « CONTRIBUTIONS IMPÔTS CHARGE, ET DIVERS'» mentionne

« 7-12-1 Impôts:

Le PRENEUR devra acquitter exactement ses contributions personnelles, taxe locative, contribution économique territoriale et généralement tous impôts, contributions et taxes auxquels il est assujetti professionnellement, et dont le BAILLEUR pouvait être responsable sur le fondement des dispositions fiscales en vigueur. Il devra justifier de leur acquit, notamment en fin de jouissance et avant tout enlèvement d'objets mobiliers, matériel et marchandises.

Le PRENEUR remboursera au BAILLEUR sur justificatif pendant toute la durée du bail et de ses éventuels renouvellements, en sus du loyer ci-dessous stipulé, les impôts, contributions, taxes et redevances de toute nature auxquels le terrain et les constructions qui seront édifiées peuvent et pourront être assujettis, et notamment la totalité des taxes foncières relativement au bien loué.

L'impôt foncier fera l'objet d'une facturation séparée, augmenté de la TVA. Il sera réparti entre les PRENEURS au prorata de la SHON, pour le cas où le centre des impôts, n'adresserait pas une facturation séparée par local ou bâtiment.

Le locataire souscrira directement avec les services publics tous contrats pour la fourniture de ses fluides, de manière à ce qu'aucune somme ne soit réclamée au propriétaire.

7-12-2 : Charges communes':

Le loyer devant constituer pour le BAILLEUR un revenu net de toutes charges, le PRENEUR aura à régler au BAILLEUR ou

à la personne physique ou morale qu'il aura désignée, sa quote-part des charges afférentes à l'usage collectif de l'ensemble immobilier, dans les conditions ci-après.

Il est ici précisé que le PRENEUR acquittera les charges suivantes :

****les dépenses des parties communes gérées dans le cadre de l'association syndicale libre (ASL) et notamment sans que cette liste soit limitative :**

*l'éclairage extérieur des parties à usage commun et l'éclairage des bâtiments, enseignes et parkings,

*l'entretien des parkings et des voiries,

*l'entretien des espaces verts,

*l'entretien des robinets d'incendie armés,

*l'entretien des façades

*l'enlèvement des ordures,

*les frais d'abonnement et de consommation d'électricité, d'eau et de tous fluides concernant les parties communes,

*tous les travaux réalisés par l'ASL pour l'entretien, la réfection ou le remplacement des parties communes et réseaux communs sans aucune exception ni réserve,

****les primes de l'assurance des parties communes souscrites par le BAILLEUR ou l'ASL,**

****les honoraires de gestion locative et immobilière, dans la limite de 4% hors taxe du loyer hors taxe du local présentement loué.**

A chaque début d'exercice, le BAILLEUR ou son représentant présentera un budget prévisionnel de ces dépenses aux PRENEURS pour leur information. Des provisions périodiques payables en même temps que le loyer seront appelées sur la base de ce budget.

Annuellement, il sera procédé, par le BAILLEUR ou son représentant, à un arrêté de compte que le PRENEUR s'oblige à régulariser de suite s'il est débiteur. Les charges seront réparties conformément au tableau de répartition des charges ci-après annexé (ANNEXE 22).

Pour le premier exercice, les provisions périodiques seront basées sur un budget de trente euros hors taxes par mètre carré de SHON par an hors honoraires (30,00 €H.T./m2 SHON/an).»

L'article 8-3 « MONTANT DES CHARGES'» précise que':

«Outre ce loyer, le PRENEUR remboursera au BAILLEUR le montant des impôts et autres charges et notamment l'impôt foncier, telles que définies à l'article 7- 12° de manière à ce que le loyer touché par le BAILLEUR soit un loyer net.'»

Le bail ayant été conclu avant le 1^{er} septembre 2014 n'est pas soumis aux nouvelles dispositions de la loi du 18 juin 2014, dont l'article L. 145-40-2 du code de commerce impose désormais que tout contrat de location comporte un inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liées à ce bail, comportant l'indication de leur répartition entre le bailleur et le preneur.

En application des articles 1156 et 1162 ancien du code civil applicables au litige, le juge doit rechercher la commune intention des parties plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes, et dans le doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

Il est constant que les clauses et conditions du bail doivent être interprétées restrictivement en faveur du preneur qui s'oblige. Seules les charges expressément prévues dans la convention des parties sont récupérables par la bailleuse sur la société preneuse. Il ne s'agit dès lors pas tant pour la bailleuse de justifier du montant de la charge réclamée que de déterminer préalablement si la charge en question est imputable à la société locataire.

En ce qui concerne la taxe sur les locaux commerciaux: la SCI [Localité 4] se prévaut des termes de l'article 7-2 selon lesquels «Le PRENEUR remboursera au BAILLEUR['] les taxes et redevances de toute nature auxquels le terrain et les constructions qui seront édifiées peuvent et pourront être assujettis» et de l'article suivant indiquant que le loyer doit constituer un revenu net de charges pour soutenir que cette taxe, dont elle dit justifier de son montant, doit être facturée à la société KHG .

Pour autant, ces «taxes et redevances de toute nature» mentionnées dans ces articles ne sont pas définies dans le bail, et dès lors la SCI [Localité 4] ne peut utilement imputer cette taxe sur les locaux commerciaux à la société locataire, à défaut de toute mention expresse en ce sens. Le fait que la société KHG ait réglé cette somme pendant plusieurs années ne saurait valoir acquiescement non équivoque à son paiement, comme l'allègue l'intimée, ni renonciation à en demander le remboursement.

En ce qui concerne la taxe d'enlèvement des ordures ménagères, pour les mêmes raisons, elle ne peut être imputée à la société locataire puisqu'aucune stipulation contractuelle ne la prévoit expressément.

Quant à la taxe sur les parkings, elle n'est pas mentionnée dans le bail comme étant une charge dont est redevable la société locataire, et dès lors elle ne peut lui être imputée.

En ce qui concerne les postes «sécurité, surveillance, et frais administratifs», force est de constater que la SCI [Localité 4] ne justifie pas sur quelle stipulation contractuelle elle fonde sa demande à ce titre, le fait de dire que la société KHG sait très bien que les dépenses afférentes à la sécurité et à la surveillance du centre sont indispensables et lui profitent ne peut suffire en soi à mettre à sa charge les dépenses que la bailleresse met en 'uvre pour le bon fonctionnement de son centre commercial.

C'est donc à juste titre que le premier juge a retenu que le taxe sur les locaux commerciaux, la taxe d'enlèvement des ordures ménagères, celle sur les parkings et les postes relatifs à la sécurité, surveillance et frais administratifs ne sont pas des charges dont est redevable la société locataire, la société KHG. Le jugement sera confirmé sur ce point.

Sur la créance de la bailleresse :

En ce qui concerne la répartition des charges, La SCI [Localité 4] fait valoir que les charges sont réparties entre les locataires de la bailleresse selon leur quote-part, soit pour la société KHG à hauteur de 145/26650 tantièmes.

Alors que la société KHG contestait devant le premier juge cette répartition en arguant de l'annexe 22 du bail, force est de constater que la société locataire accepte devant la cour l'application de cette quote-part pour la répartition des charges (page 33 de ses conclusions).

En ce qui concerne la demande de la société KHG portant sur la régularisation des charges , il ne peut être enjoint à la SCI [Localité 4] de lui remettre tous les ans le budget des charges approuvé par l'assemblée générale de l'ASL, qui ne relève pas de son ressort.

En ce qui concerne l'impôt foncier, si la société KHG est d'accord sur le principe de son paiement ,elle n'est pas d'accord sur le mode de calcul opéré par la bailleresse.

Elle critique le montant erroné de 17 786,52 euros au titre de l'impôt foncier retenu par le premier juge dans le décompte post-sauvegarde, faisant valoir que le nouveau calcul opéré par la bailleresse ne peut en tout état de cause prendre effet qu'à compter des modifications intervenues sur le foncier c'est à dire à compter de 2017, et pas pour les années antérieures. Elle reproche à la SCI [Localité 4] une réaffectation unilatérale de sa part des surfaces, qui favorise les grandes surfaces au détriment des petites, précisant qu'elle-même a le commerce le plus petit. Elle indique qu'en tout état de cause la SCI [Localité 4] a opéré une inversion avec le commerce El Rancho, ce qui fait que les montants qui lui sont imputés au titre de l'impôt foncier 2017, 2018 et 2019 sont inexacts. A défaut elle estime que le montant de l'impôt

foncier peut être calculé au prorata de la superficie SHON, ce qui induit un trop versé de sa part.

La SCI [Localité 4] lui réplique qu'elle produit les relevés de propriété concernant le commerce de la société KHG, qu'elle prend ainsi en compte le tantième qui est fourni par l'administration sur la matrice cadastrale pour opérer les calculs des impôts fonciers pour les années 2013 à 2016 au vu du revenu cadastral de l'ensemble de l'immeuble. Elle explique que les impôts fonciers ont été appelés au vu de tantièmes inexacts et donc d'un invariant inexact ainsi que cela résulte du formulaire CERFA émanant de la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP), qu'elle a donc procédé au calcul du différentiel dont est redevable la société KHG depuis 2013, et dont elle demande le paiement.

Le bail mentionne que « l'impôt foncier fera l'objet d'une facturation séparée, augmenté de la TVA. Il sera réparti entre les PRENEURS au prorata de la SHON, pour le cas où le centre des impôts, n'adresserait pas une facturation séparée par local ou bâtiment.' »

Si le principe du paiement de l'impôt foncier par la société KHG n'est donc pas contesté, se pose la question de son calcul.

Il n'est pas discuté que pendant les années 2013 à 2016, la SCI [Localité 4] a facturé à la société KHG la taxe foncière en appliquant au montant de l'impôt figurant sur l'avis d'imposition établi par la DGFIP pour l'ensemble du centre commercial le revenu cadastral correspondant au lot de la société KHG (figurant sur le relevé de propriété) par rapport au revenu cadastral de tout l'immeuble, en opérant le calcul suivant: (avis de taxe foncière x revenu cadastral du lot de la société KHG) / revenu cadastral de l'ensemble de l'immeuble.

Pour expliquer un changement d'invariant à prendre en compte dans le calcul de la taxe foncière 2017, qui serait selon ses dires à répercuter sur les taxes des années antérieures, la SCI [Localité 4] produit un document de la DGFIP n° 6660-REV-K désignant le restaurant KHG avec comme identifiant le numéro 078 133 0903732T (numéro de plan 133 A 0062) en date du 8 juillet 2013 et une évaluation foncière des propriétés bâties en date du 20 avril 2018 mentionnant un changement d'identification au 24 juin 2017.

Pour autant, tout en versant aux débats un document datant du 8 juillet 2013 qu'elle estime devoir s'appliquer à la société KHG, la SCI [Localité 4] a appliqué à cette société pendant 4 ans, de 2013 à 2016, au vu des relevés de propriété de l'ensemble commercial, comme revenu cadastral celui du lot 12 numéro de porte 12002 et invariant 09006632T, et a appliqué au restaurant EL Rancho le revenu cadastral des lots 13 et 20 avec l'invariant 0903732T. Elle n'explique pas plus en quoi l'évaluation foncière du 20 avril 2018, qui reprend les données du document du 8 juillet 2013, a modifié les données concernant le local de la société KHG, et a provoqué un changement de référence pour le calcul de la taxe foncière.

Le bail commercial du 10 mai 2011 conclu avec la société KHG porte sur un bâtiment commercial d'une surface hors 'uvre nette de 145 m² environ constituant partie du volume 12 d'une surface de base de 565 m² (page 28 du bail). Si la SCI [Localité 4] fait remarquer que le volume 12 n'est pas le lot 12, force est de constater que le lot 12 a été divisé entre deux sociétés différentes qui ont le même gérant': la société KHG (restaurant Class'Croute objet du dossier) et la société KHK (restaurant Maître Kanter) mais dont le numéro de porte est différent et qui n'ont pas la même superficie.

C'est ainsi au vu des relevés de propriété des années 2013 à 2016 qui distinguent le lot 12 porte 12002 (lot de la société KHG) du lot 12 porte 12001 (lot de la société KHK) que la SCI [Localité 4] a établi le montant de la taxe foncière imputable à la société KHG en prenant en compte le revenu cadastral de 7521 en 2013, de 7588 en 2014, de 7656 en 2015 et de 7734 en 2016.

Les relevés de propriété produits aux débats ayant servi de base pour déterminer pour chaque lot le revenu cadastral permettant le calcul des impôts locaux et le montant de la taxe foncière due par la société KHG n'ont suscité aucune observation particulière des parties. Ces dernières n'apportent pas plus d'élément devant la cour pour mettre en cause ces relevés de propriétés qui sont établis par le Service de publicité foncière (SFP) de la DGFIP.

La SCI [Localité 4] ne produit à la cour aucune des annexes du bail, et notamment pas l'annexe 23 susceptible de déterminer les coordonnées du local de la société KHG et n'apporte dès lors aucun élément permettant de déterminer s'il y a une erreur sur son revenu cadastral et où se situent les locaux de la société KHG.

Il apparaît au surplus illogique que le restaurant El Rancho qui a une superficie nettement plus importante que la société KHG (SHOB de 411,54m² pour la première et de 149,30 m² pour la seconde) ait, si on suit l'argumentaire de la SCI [Localité 4], un revenu cadastral presque 4 fois moindre que celui de la société KHG (7734 pour le premier et 26 952 pour la seconde).

Il s'ensuit de ces éléments que la SCI [Localité 4] ne rapporte pas la preuve qui lui incombe que l'invariant 0903732T est celui de la société KHG et dès lors ne justifie pas du montant de 6 988,87 euros TTC (5 824,06 euros HT) réclamé à cette société pour l'année 2017.

Par voie de conséquence, la SCI [Localité 4] sera déboutée de sa demande tendant à voir recalculer la taxe d'impôt foncier due par la société KHG pour les années 2013 à 2016 avec l'invariant 0903732T qui n'est pas justifiée et dès lors sa demande en paiement de la somme de 17 786,52 euros TTC (14 822,10 euros HT), qui n'est pas fondée, sera rejetée.

Au regard de ces éléments, il convient de faire droit à la demande de la société KHG de calculer à compter de 2017 la taxe foncière en opérant une répartition au prorata de la SHON selon les termes mêmes du bail rappelés ci-dessus, qui le prévoient à défaut de facturation séparée du local par le centre des impôts.

Par conséquent, en tenant du compte du tableau de répartition des charges de l'annexe 22, du mesurage SHOB et SHON des restaurants du centre commercial qui montre que le lot 12 est composé du restaurant de la société KHG (SHOB 149,30M²) et de celui de la société KHK (restaurant Maître Kanter SHOB 412, 97 m²), du total général SHON de 34 445 m², de la superficie d'environ 145 m² de la société KHG et du tableau figurant en pièce 110, la taxe foncière due par la société KHG est, suivant son calcul qui n'est pas contesté par la bailleresse, d'un montant de 2287,68 euros pour l'année 2017, de 2237,97 euros pour l'année 2018 et de 2171,64 euros pour l'année 2019.

La société KHG n'apportant pas d'élément pour remettre en cause le calcul des taxes foncières des années 2013 à 2016, lesquelles s'appuient sur des relevés de propriété probants, sera déboutée de toute demande de recalcul de ces taxes.

En ce qui concerne les charges dues au titre de l'ouverture du centre le dimanche, la société KHG reconnaît les devoir sans être cependant d'accord sur les montants retenus par la bailleresse.

Cette dernière dit avoir émis des avoirs à ce titre tant pour la période antérieure que postérieure au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde.

La cour relève tout d'abord que la société KHG reconnaît être redevable de charges pour l'ouverture du magasin les dimanches, qui ne sont pas expressément prévues par le bail.

Force est cependant de constater que la SCI [Localité 4] ne justifie ni des critères du calcul de ces charges ni du calcul des avoirs qu'elle a établis à ce titre.

Par conséquent, la cour n'a pas les éléments pour apprécier le quantum des charges réclamées à ce titre'. Ce n'est cependant pas à la cour de définir les critères des charges dues pour l'ouverture du magasin le dimanche mais aux parties, le contrat faisant la loi des parties.

Il convient donc d'enjoindre aux parties d'établir entre eux les critères de répartition des charges pour l'ouverture des magasins le dimanche appelées charges «Dimanche» et de calculer ensuite le montant du par la société KHG à la SCI [Localité 4]. Toute demande autre ou contraire sera rejetée.

1.sur la fixation de la créance au passif de la société KHG:

Il s'agit de la créance détenue par la SCI [Localité 4] antérieurement au jugement d'ouverture de la sauvegarde du 21 janvier 2016.

En application de l'article L622-21I du code de commerce, « I.-Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : 1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent », et de l'article L622-22 du même code « sous réserve des dispositions de l'article L. 625-3, les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance ».

En l'espèce, la SCI [Localité 4] a déclaré par courrier en date du 12 février 2016 sa créance à Maître [H] en sa qualité de mandataire de la société KHG pour la somme de 124 132,96 euros au titre des loyers, charges et accessoires arrêtés au 20 janvier 2016.

Le premier juge, au vu du mode de répartition des charges, des corrections des libellés apportées par la bailleuse ainsi que de ses appels de charges, factures avoirs et tableaux récapitulatifs, a, après compensation avec l'indexation du loyer pour l'année 2013/2014 (780,64 euros) et déduction des charges de surveillance, sécurité, frais administratifs ainsi que les taxes sur les ordures ménagères, sur les locaux commerciaux et sur les parkings, fixé la créance de la SCI [Localité 4] au passif de la société KHG à la somme de 70086,12 euros TTC.

La SCI [Localité 4] conteste ce montant, sollicitant la fixation de sa créance à la somme de 79 534,92 euros TTC ou subsidiairement à la somme de 73 433,18 euros TTC.

La cour relève que la somme de 79 534,92 euros sollicitée ne peut être prise en compte car elle englobe l'indexation de 2013 et toutes les charges contestées alors qu'elles ne doivent pas, au vu des développements précédents, être imputées à la société KHG.

Force est également de constater que le montant de 73 433,13 euros TTC s'il prend en compte effectivement la déduction des sommes dues au titre de l'indexation de 2013 et des charges tant de sécurité et surveillance que des frais administratifs, n'a pas défalqué les charges dont la société KHG n'est pas redevable au titre des taxes sur les ordures ménagères, sur les locaux commerciaux et sur les parkings. Par conséquent cette somme réclamée par la SCI [Localité 4] n'est pas plus justifiée que la précédente.

La société KHG, qui produit dans ses conclusions un décompte détaillé, ne conteste pas le montant de la fixation de créance retenu par le premier juge à hauteur de la somme de 70086,12 €.

Au vu de ces éléments, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qui concerne cette fixation de créance.

2. sur le montant de la créance de la SCI [Localité 4] postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde':

La SCI [Localité 4] réclame à ce titre à titre principal la somme de 54 609,84 euros TTC et à titre subsidiaire celle de 47 759,39 euros TTC au titre des arriérés des loyers et charges.

La société KHG s'oppose à cette demande, faisant valoir que les erreurs de calcul opérées par la SCI [Localité 4] aboutissent à ce qu'elle se trouve débitrice de la bailleuse.

Le premier juge a condamné la société KHG au paiement de la somme de 30 133,89 euros, déduction faite de l'indexation d'un montant de 331,80 euros au titre de l'année 2018, et des charges de surveillance, sécurité, et frais administratifs et des taxes sur les ordures ménagères, sur les parkings et sur les loyers commerciaux, mais prenant en compte les montants de la taxe foncière déterminés par la bailleuse.

Le décompte locataire produit par la SCI [Localité 4] pour la période du 16 mai 2018 au 24 janvier 2020 (pièce 142) aboutit à un solde en sa faveur de 29 972,87 euros, outre sa demande au titre de la régularisation des taxes foncières depuis 2013.

Force est de constater que ce décompte, même si la bailleuse dit avoir enlevé les taxes indues, est peu détaillé, prend en compte les taxes foncières 2017 à 2019 calculées sur un mauvais invariant, ainsi que vu précédemment, et ne fait pas état des règlements effectués par la société KHG.

En revanche, le décompte produit par la société KHG (pièce 111) à la même date mentionne le montant des loyers des quatre trimestres 2019 et de celui du 1er trimestre 2020, son paiement des causes du jugement à hauteur de la somme 32 133,89 euros en février 2019, ainsi que le versement de trois chèques de 9979,16 euros, de 8059,39 euros et de 2606,96 euros, la régularisation des taxes foncières 2017 à 2019 au prorata SHON, et la déduction des charges «Dimanche» ce qui conduit à un solde négatif en faveur de la société KHG de 453,20 euros.

Il s'ensuit de ce décompte détaillé et dont les versements opérés par la société KHG ne sont pas contestés par la SCI [Localité 4], que la société KHG est à jour de ses loyers au 1er trimestre 2020 et que le compte de la société locataire est débiteur de la somme de 453,20 euros au 1er trimestre 2020 inclus.

La SCI [Localité 4] sera condamnée à verser cette somme de 453,20 euros due au premier trimestre 2020 à la société KHG.

Sur la résiliation du bail :

La SCI [Localité 4] soutient sa demande en résiliation judiciaire du bail en faisant valoir que la société KHG n'a pas payé les loyers des troisième et quatrième trimestres 2019.

La société KHG s'oppose à la demande, contestant toute faute grave de sa part, et expliquant que la clause d'indexation et toutes les charges qui lui étaient réclamées n'étaient pas justifiées dans leur principe, qu'il ne peut lui être reproché dans ces conditions ne n'avoir payé que la provision de 30 euros /m²/an prévue au bail. Elle ajoute être à jour de ses loyers et charges au 1^{er} trimestre 2020.

Il s'avère des éléments du dossier que la société KHG a payé pendant plusieurs mois seulement la provision sur charges de 30 euros /m²/an à défaut de la justification par la bailleuse des charges facturées, et alors qu'elle contestait différents postes de charges et la clause d'indexation qui lui étaient imputés, ce qui a conduit à la présente procédure.

Dans ces conditions, et au vu des développements précédents qui mettent en exergue que la clause d'indexation est réputée non écrite, que certains postes de charges ne sont pas dus, qu'il y a des erreurs sur le calcul de l'impôt foncier, il s'ensuit que la SCI [Localité 4] ne caractérise pas des manquements graves et répétés de la société locataire à l'exécution de ses obligations.

C'est dès lors à bon droit que le premier juge, sur le fondement de l'article 1184 ancien du code civil applicable au présent litige, a débouté la SCI [Localité 4] de sa demande en résiliation judiciaire du bail et en ses demandes subséquentes.

Sur la demande de dommages et intérêts de la société KHG :

La société KHG fait valoir la négligence de la bailleuse qui a tardé à justifier de ses charges et sa mauvaise foi dans le fait d'appeler des sommes non dues, ce qui l'a mise en difficultés financières et a nécessité la mise en 'uvre d'une procédure collective.

Pour autant, la société KHG ne caractérise pas un abus ou une volonté de nuire de la part de la bailleuse dans sa tenue de comptes, même si cette dernière est peu rigoureuse. Elle sera en conséquence déboutée de sa demande de

dommages et intérêts à son encontre.

Sur les autres demandes :

Le premier juge a exactement statué sur le sort des dépens et les dispositions de l'article 700 du code de procédure civile dont il a fait une équitable application.

En cause d'appel, il y a lieu de condamner la SCI [Localité 4] à verser à la société KHG la somme de 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Les dépens d'appel seront à la charge de la SCI [Localité 4].

PAR CES MOTIFS LA COUR

Statuant par arrêt par défaut,

Confirme le jugement rendu le 25 octobre 2018 par le tribunal de grande instance de Versailles, sauf sur le montant de la dette locative de la société KHG,

Statuant à nouveau et y ajoutant,

Condamne la SCI [Localité 4]-Parc du Verger à verser à la société KHG la somme de 453,20 euros au titre du solde débiteur de son compte locataire au premier trimestre 2020,

Enjoint aux parties d'établir d'un commun accord les critères de répartition des charges «' Dimanche'» et de calculer ensuite le montant du à ce titre par la société KHG à la SCI [Localité 4],

Condamne la SCI [Localité 4]- Parc des Vergers à payer à la société KHG la somme de 5 000 euros au titre des frais irrépétibles d'appel,

Rejette les autres demandes des parties,

Condamne la SCI [Localité 4]- Parc des Vergers aux dépens d'appel et dit que ceux-ci pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

signé par Madame Thérèse ANDRIEU, Président et par Monsieur GAVACHE, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Le greffier, Le président,