

Copies exécutoires RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

délivrées aux parties le :AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 3

ARRÊT DU 19 DÉCEMBRE 2018

(n° , 14 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 17/07428 - N° Portalis 35L7-V-B7B-B3CLV

Décision déferée à la Cour : Jugement du 02 Mars 2017 -Tribunal de Grande Instance de Paris - RG n° 16/01441

APPELANTE

SCI CARAVELLE représentée par son gérant y domicilié

immatriculée au RCS de PARIS sous le numéro 449 830 926

[Adresse 1]

[Adresse 2]

Représentée par Me Charles-hubert OLIVIER de la SCP LAGOURGUE & OLIVIER, avocat au barreau de PARIS, toque : L0029, avocat postulant

Assistée de Me Caroline WOIRIN de la SCP ROUCH ET ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : P0335, avocat plaissant

INTIMÉES

SARL CAP AUD agissant poursuites et diligences de son représentant légal domicilié ès qualités audit siège

immatriculée au RCS de PARIS sous le numéro 797 909 322

[Adresse 3]

[Localité 1]

SELARL [N] [I] prise en la personne de Maître [H] [N] ès qualités de liquidateur judiciaire de la société CAP AUD

immatriculée au RCS de PARIS sous le numéro [N]

[Adresse 4]

[Localité 1]

Représentée par Me Denis THEILLAC de la SELAS Cabinet THEILLAC-CAVARROC, avocat au barreau de PARIS, toque : A0550 substitué par Me Violette WAXIN de la SELAS Cabinet THEILLAC-CAVARROC, avocat au barreau de PARIS, toque : A0550

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 09 Octobre 2018, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Agnès THAUNAT, présidente de chambre

Madame Sandrine GIL, conseillère

Madame Françoise BARUTEL-NAULLEAU, conseillère

qui en ont délibéré,

un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues par l'article 785 du code de procédure civile.

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

ARRÊT :

- contradictoire

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

- signé par Madame Agnès THAUNAT, présidente de chambre et par Madame Marie-Gabrielle de La REYNERIE, greffière présente lors du prononcé.

FAITS ET PROCÉDURE :

Par acte sous seing privé du 20 mars 1993, la SCI [Adresse 5] aux droits de laquelle se trouve la SCI CARAVELLE, a donné a bail à M. [A] aux droits duquel se trouve la SARL CAP AUD suivant cession de fonds de commerce en date du 7 octobre 2013, des locaux commerciaux dépendant d'un immeuble situé [Adresse 6], pour une durée de 9 ans à compter du 1er avril 1998.

Par acte d'huissier de justice du 30 mars 2007, la SCI CARAVELLE a notifié à M. [A] un congé pour le 30 septembre 2007 avec offre de renouvellement, moyennant un loyer annuel, en principal, de 86.000 euros, hors taxes et hors charges.

Par jugement du 20 décembre 2012, le juge des loyers commerciaux a fixé le loyer du bail renouvelé à la somme annuelle de 59 970 euros.

Par acte d'huissier de justice du 5 août 2014, la SCI CARAVELLE a signifié à la SARL CAP AUD un commandement de payer la somme de 19.589,13 euros, en principal, au titre des loyers et charges impayés au 23 juillet 2014, ledit commandement visant la clause résolutoire stipulée au bail.

Par ordonnance réputée contradictoire du 29 janvier 2015, le juge des référés près le tribunal de grande instance de Paris, saisi par la SCI CARAVELLE, a, notamment :

- constaté l'acquisition de la clause résolutoire insérée au bail du 6 septembre 2014,
- ordonné l'expulsion de la SARL CAP AUD des locaux litigieux, fixé l'indemnité d'occupation due par la locataire à une somme égale au montant du loyer contractuel,
- condamné la SARL CAP AUD à payer à la SCI CARAVELLE la somme de 26.523,06 euros au titre du solde des loyers, charges, accessoires et indemnités d'occupation arriérés, 4e trimestre 2014 inclus, avec intérêts au taux légal à compter du 5 août 2014 sur 19.589,13 euros et à compter de l'assignation sur le surplus,
- condamné la SARL CAP AUD à payer à la SCI CARAVELLE la somme de 800 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi que les dépens, en ce compris le coût du commandement de payer.

L'ordonnance de référé a été signifiée à personne à la SARL CAP AUD le 4 mars 2015. Cette société a été expulsée des locaux litigieux le 11 juin 2015.

Par jugement du 8 septembre 2015, le juge de l'exécution, saisi par la SCI CARAVELLE, a, notamment, déclaré abandonnés les biens laissés dans les lieux précédemment occupés par la SARL CAP AUD, à l'exception des papiers et documents de nature personnelle, et dit qu'ils pourraient être transportés à la décharge publique.

Par arrêt du 19 novembre 2015, la cour d'appel de Paris, statuant sur l'appel interjeté par

la SARL CAP AUD à l'encontre de l'ordonnance du 29 janvier 2015, a :

- constaté que la SARL CAP AUD avait renoncé à se prévaloir de l'irrecevabilité de l'action du bailleur,
- confirmé l'ordonnance du 29 janvier 2015, sauf en ce qu'elle avait fixé la date d'acquisition de la clause résolutoire au 6 septembre 2014,
- constaté que la clause résolutoire du bail était acquise à la date du 5 octobre 2014,
- débouté la SARL CAP AUD de ses demandes,
- condamné la SARL CAP AUD à payer à la SCI CARAVELLE la somme de 2.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, outre les dépens.

La SARL CAP AUD a formé un pourvoi en cassation. Par arrêt en date du 27 avril 2017, la Cour de cassation a cassé l'arrêt du 19 novembre 2015 aux motifs que :

'que pour accueillir la demande (en acquisition de la clause résolutoire, en paiement d'une provision et en expulsion), l'arrêt retient, la mesure d'expulsion ordonnée par le premier juge ayant été exécutée le 11 juin 2015, la société CAP AUD ne pouvait plus obtenir de délais de paiement rétroactifs, ainsi que la suspension des effets de la clause résolutoire du bail et que seule une demande de réintégration aurait été de nature à lui permettre possession des lieux pour poursuivre son activité ; qu'en statuant ainsi, alors que le titulaire d'un bail commercial peut demander des délais de paiement et la suspension des effets de la clause résolutoire tant que la résiliation du bail n'est pas constatée par une décision passée en force de chose jugée, la cour d'appel a violé le texte susvisé'.

Autorisée par ordonnance du 11 janvier 2016, la SARL CAP AUD a fait assigner à jour fixe devant le tribunal de grande instance de Paris, par acte d'huissier de justice en date du 13 janvier 2016, la SCI CARAVELLE aux fins principalement de voir dire que la clause de 'révision' stipulée au bail doit être réputée non-écrite, voir condamner la bailleresse à lui rembourser diverses sommes, voir constater que le commandement a été délivré de mauvaise foi, voir annulé ledit commandement et subsidiairement, voir accordés à titre rétroactifs des délais suspendant ladite clause et constatant qu'elle n'a pas joué, voir la bailleresse déclarée responsable des conséquences dommageables de l'exécution du titre exécutoire provisoire, privé d'effet et voir institué une mesure d'expertise aux fins d'évaluer son préjudice.

Par jugement en date du 2 mars 2017, le tribunal de grande instance de Paris a :

- Rejeté la fin de non-recevoir tirée du non-respect du principe de cohérence par la SARL CAP AUD et soulevée par la SCI CARAVELLE,
- Rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action de la SARL CAP AUD en contestation des clauses du bail,

- Déclaré la SARL CAP AUD recevable en ses demandes,

- Dit et jugé que la clause de révision stipulée aux termes de l'article XIV du contrat de bail commercial en date du 20 mars 1998 liant la SCI CARAVELLE à la SARL CAP AUD est réputée non-écrite,

- Déclaré nul et de nul effet le commandement de payer du 5 août 2014 visant la clause résolutoire stipulée au bail en date du 20 mars 1998 liant la SCI CARAVELLE à la SARL CAP AUD,

- Constaté que l'acquisition de la clause résolutoire insérée au bail liant la SCI CARAVELLE à la SARL CAP AUD a été constatée et l'expulsion des locaux situés [Adresse 6] prononcée, sur le fondement d'un commandement ensuite déclaré nul et de nul effet,

- Débouté la SARL CAP AUD de sa demande de réintégration dans les locaux commerciaux situés [Adresse 6] ,

Avant-dire droit, sur le montant du préjudice subi par la SARL CAP AUD du fait de son expulsion des locaux situés [Adresse 6] sur le fondement d'un commandement de payer visant la clause résolutoire ensuite déclaré nul et de nul effet,

- Ordonné une mesure d'expertise,

- Commis pour y procéder :

M. [E] [G] (...)

avec mission, (...)

* rechercher, en tenant compte de la nature des activités professionnelles autorisées par le bail, de la situation et de l'état des locaux, tous éléments permettant de déterminer le montant de la valeur du fonds de commerce à la date du 11 juin 2015 : valeur marchande déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, des frais et droits de mutation afférents

à la cession de fonds d'importance identique, de la réparation du trouble commercial,

(...)

- Fixé à la somme de 4.000 euros la provision à valoir sur la rémunération de l'expert, somme qui devra être consignés par la SCI CARAVELLE ou, à défaut la SARL CAPAUD à la régie du tribunal de grande instance de Paris (escalier D 2eme étage) jusqu'au 5 mai 2017 inclus,

- Dit que, faute de consignation de la provision dans ce délai, la désignation des experts

sera caduque et privée de tout effet,

(...)

- Débouté la SARL CAP AUD de sa demande en dommages-intérêts en réparation de son préjudice moral,

- Débouté la SCI CARAVELLE de sa demande en fixation d'une indemnité mensuelle d'occupation,

- Débouté la SCI CARAVELLE de sa demande en paiement de la somme de 79.609,92 euros au titre des indemnités d'occupation échues entre le 11 juin 2015 et le 11 février 2016,

- Débouté la SCI CARAVELLE de sa demande en dommages-intérêts pour procédure abusive,

- Ordonné l'exécution provisoire de la présente décision,

- Réservé les dépens et les demandes formées sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Par déclaration en date du 5 avril 2017, la SCI CARAVELLE a interjeté appel de ce jugement, désignant comme intimée la société CAP AUD.

Par déclaration en date du 28 avril 2017, la SCI CARAVELLE a interjeté appel de ce jugement, désignant comme intimée la SELARL [N] [I], prise en la personne de Me [H] [N], ès qualités de liquidateur judiciaire de la société CAP AUD, fonctions auxquelles, elle a été désignée par un jugement en date du 23 mars 2017 du tribunal de commerce de Paris.

Ces deux procédures ont été jointes par le magistrat chargé de la mise en état, par ordonnance en date du 3 mai 2017.

Dans ses dernières conclusions notifiées par le RPVA le 3 novembre 2017, la SCI CARAVELLE demande à la cour :

Vu les dispositions des articles L.145-41 et L 145-60 du Code de Commerce,

Vu les dispositions des articles 32-1 et 122 du Code de Procédure Civile,

Vu le bail commercial du 20 mars 1998,

Vu le commandement de payer visant la clause résolutoire du 5 août 2014,

Vu l'expulsion intervenue le 11 juin 2015,

Vu les pièces versées aux débats,

- Dire et juger la SCI CARAVELLE recevable et bien fondée en son appel Y faisant droit,

- Infirmer la décision déferée en toutes ses dispositions sauf en ce qu'elle a débouté la SARL CAP AUD de ses demandes, notamment au titre de la réintégration, de nullité des actes subséquents au commandement de payer, de remboursement, ou encore de dommages et intérêts,

En conséquence

In limine litis,

- Constater l'absence de respect par la Société CAP AUD et de Maître [N] ès -qualité du principe de cohérence concernant les demandes formulées en opposition à commandement,

- Constater la prescription de l'action de la Société CAP AUD, et désormais de Maître [N] ès qualités, en contestation des clauses du bail,

En conséquence,

- Dire et juger la Société CAP AUD et Maître [N] ès qualités irrecevables en leurs demandes formulées en nullité du commandement de payer du 5 août 2014 et de ses actes subséquents,

En tout état de cause,

- Constater que la Société CAP AUD ne remplit pas les conditions d'octroi de délais posées
par les articles 1244-1 et suivants du Code Civil,

En conséquence,

- Débouter la Société CAP AUD et Maître [N] ès qualités de toutes leurs demandes, fins et conclusions plus amples ou
contraires,

- Dire et juger en tant que de besoin la clause résolutoire insérée au bail acquise à la date du 5 octobre 2014,

En conséquence,

- Prononcer en tant que de besoin la résolution de plein droit du bail,

En conséquence,

- Ordonner en tant que de besoin l'expulsion immédiate et sans délai de la Société CAP AUD et de Maître [N] ès qualités
ainsi que celle de tout occupant de son chef des lieux loués sis : [Adresse 6], et ce avec l'assistance de la force publique et
d'un serrurier s'il y a lieu.

- Ordonner en tant que de besoin le transport et la séquestration des meubles et objets mobiliers garnissant les lieux
précédemment loués, dans tel garde meuble de son choix ou dans tel autre lieu au choix du bailleur, et ce en garantie de
toute somme qui pourrait être due.

- Fixer en tant que de besoin la créance de la SCI CARAVELLE au passif de la Société CAPAUD à la somme de 26.523,06 €
au titre du solde des loyers, charges et accessoires et indemnité d'occupation arriérés 4^{ème} trimestre 2014 inclus, avec
intérêts au taux légal à compter du 5 août 2014 sur 19.589,13 € et à compter de l'assignation pour le surplus, ainsi qu'au
paiement des indemnités d'occupation postérieures.

- Fixer en tant que de besoin l'indemnité d'occupation mensuelle due par la Société CAP AUD au montant du loyer
conventionnel (loyers et accessoires), soit la somme de 6.153,36 €,

- Fixer en tant que de besoin la créance de la SCI CARAVELLE au passif de la Société CAP AUD au titre de ladite indemnité d'occupation mensuelle et ce jusqu'à libération effective des lieux occupés

- Fixer la créance de la SCI CARAVELLE au passif de la Société CAP AUD à la somme de 79.609,92 € au titre des indemnités d'occupation échues entre le 11 juin 2015 et le 11 février 2016, avec intérêts au taux légal à compter des présentes,

- Fixer la créance de la SCI CARAVELLE au passif de la Société CAP AUD à la somme de 20.000 € à titre de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 32-1 du Code de Procédure Civile,

- Fixer la créance de la SCI CARAVELLE au passif de la Société CAP AUD à la somme de 5.000 € sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile, outre les entiers dépens conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de Procédure Civile.

Dans leurs dernières conclusions notifiées par le RPVA le 4 septembre 2017, la société CAP AUD et la SELARL [N] [I], représentée par Me [H] [N], ès qualités de liquidateur judiciaire de la société CAP AUD, demandent à la cour de :

Vu le commandement délivré le 5 août 2014 ;

Vu l'article 488 du Code de procédure civile ;

Vu l'article L. 145-38 du Code de commerce ;

Vu l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution ;

Vu les articles 1235, 1376 et 1377 [anciens] du Code civil ;

Vu les articles L. 145-41 du Code de commerce et 1244-1 du Code civil ;

DÉCLARER la société SCI CARAVELLE irrecevable et mal fondée en son appel ;

RECEVOIR la société CAP AUD, et la SELARL [N] [I] représentée par Maître [H] [N] ès qualités de liquidateur judiciaire de la société CAP AUD, en leur appel incident et,

Y FAISANT DROIT :

CONSTATER que le commandement de payer du 5 août 2014 doit, également, être déclaré nul et de nul effet à raison des « frais de procédure » et « solde de charges 2013 » qui y sont indûment visés ;

RÉFORMER le jugement entrepris en ce qu'il n'a pas prononcé la nullité des actes subséquents au commandement de payer du 5 août 2014 déclaré nul et de nul effet ;

Ce faisant, DIRE et JUGER que sont nuls et de nul effet tous actes subséquents au commandement de payer du 5 août 2014.

RÉFORMER le jugement entrepris en ce qu'il n'a pas condamné la SCI CARAVELLE à rembourser à la société CAP AUD aujourd'hui représentée par son Liquidateur, les sommes indûment payées par ses soins, visées dans le commandement litigieux et/ou dans les actes subséquents ;

Ce faisant, CONDAMNER la SCI CARAVELLE à rembourser à la société CAP AUD représentée par son Liquidateur judiciaire la somme globale de 25.109,45 euros TVA en sus indûment réglée à la bailleuse à raison de trop-versés de loyer illicitement révisé, de trop-versés de provisions sur charges et de CRL, et encore de frais d'actes, intérêts légaux, et condamnation à article 700 du CPC.

RÉFORMER le jugement entrepris en ce qu'il a omis de statuer sur la responsabilité de la SCI CARAVELLE à raison de l'exécution d'un titre provisoire ;

Ce faisant, DIRE et JUGER que la SCI CARAVELLE est responsable de plein droit de toutes les conséquences dommageables liées à l'exécution du commandement de payer du 5 août 2014, titre exécutoire provisoire déclaré nul et de nul effet.

RÉFORMER le jugement entrepris en ce qu'il n'a pas condamné la SCI CARAVELLE à indemniser la locataire de la perte de son fonds de commerce ;

Ce faisant :

- CONDAMNER la SCI CARAVELLE à verser à la société CAP AUD représentée par son Liquidateur judiciaire, une somme de 550.000 euros à titre d'indemnité pour perte de fonds de commerce.

Subsidiairement, confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a, avant-dire droit, ordonné une mesure d'instruction, et réservé les dépens et demandes formées sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

- CONDAMNER la SCI CARAVELLE à verser à la société CAP AUD représentée par son Liquidateur judiciaire, une somme complémentaire de 50.000 euros en réparation du préjudice moral subi par la locataire expulsée.

- DIRE et JUGER que la SCI CARAVELLE devra rembourser, à la société CAP AUD représentée par son Liquidateur judiciaire, le montant du dépôt de garantie versé entre ses mains.

SUBSIDIAIREMENT, CONSTATER que la société CAP AUD aujourd'hui représentée par son Liquidateur est débitrice de bonne foi ; Lui ACCORDER un délai rétroactif, jusqu'au 9 juin 2015, pour régler la somme éventuellement due à la société SCI CARAVELLE ; SUSPENDRE pendant ce délai la réalisation et les effets de la clause résolutoire visée au commandement dont opposition ;

CONSTATER que la société CAP AUD s'est libérée pendant le délai ainsi accordé ;

DIRE en conséquence que la clause résolutoire stipulée au bail n'a pas joué.

CONFIRMER le jugement déféré en ses autres dispositions ;

En tout état de cause :

CONDAMNER la société SCI CARAVELLE à verser à la société CAP AUD représentée par son Liquidateur judiciaire la somme de 15.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens ;

DÉBOUTER la société SCI CARAVELLE de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions plus amples et contraires aux présentes.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 7 juin 2018.

MOTIFS

Sur la fin de non recevoir tirée du non respect du principe de cohérence

La SCI CARAVELLE a principalement soutenu que la locataire en se bornant à solliciter la suspension des effets de la clause résolutoire devant la cour d'appel saisie d'un recours interjeté à l'encontre de l'ordonnance de référé, reconnaissait ainsi la validité du commandement de payer, et ne pouvait dans le cadre de la présente procédure poursuivre sa nullité ; que ces deux procédures opposent les mêmes parties, ont le même objet, soit le commandement de payer du 5 avril 2014 et ont la même fin : l'acquisition ou la suspension des effets de la clause résolutoire ; que de surcroît, la société locataire n'a pas contesté le montant des sommes objet du commandement de payer et s'est acquittée de l'intégralité de l'arriéré locatif réclamé auprès de l'huissier poursuivant, sans formuler aucune réserve lors du paiement; qu'il s'agit d'un aveu judiciaire sur lequel la société locataire ne peut revenir. Les intimées s'opposent à cette fin de non recevoir et font valoir que la théorie de l'estoppel n'est pas applicable quand, comme au cas d'espèce, les actions engagées sont de nature et de fondement distinct.

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

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

Sur la prescription biennale

La SCI CARAVELLE soulève en outre la prescription de la demande de la société locataire tendant à obtenir le prononcé de la nullité de la clause du bail relative à la révision du loyer en application de l'article L145-60 du code de commerce. Elle soutient que la loi du 18 juin 2014, ne contient aucune disposition transitoire quant à la date d'entrée en vigueur de la modification de la rédaction de l'article L145-15 du code de commerce, que dès lors, la convention demeure régie par le droit existant au moment de sa conclusion, que quand bien même la loi nouvelle s'appliquerait aux baux en cours lors de son entrée en vigueur, il n'en demeure pas moins que la prescription biennale de l'article L145-60 dudit code est toujours en vigueur, de sorte la demande de nullité du commandement et des actes subséquents devient sans objet et donc irrecevable.

Ce à quoi s'oppose la société locataire qui fait remarquer qu'elle poursuit le prononcé du caractère non-écrit de ladite clause, en application de l'article L145-15 du code de commerce, dans sa rédaction donnée par la loi du 18 juin 2014, lequel est imprescriptible. Elle soutient en outre que la présente procédure ayant été introduite après l'entrée en vigueur de cette loi, celle-ci intervenant en matière statutaire et sur une question d'ordre public est d'application immédiate ; que de surcroît, la révision triennale trouvant sa source dans la loi, elle constitue un effet légal du contrat, alors que le principe de non-rétroactivité des lois ne trouve pas à s'appliquer aux 'effets légaux' d'un contrat qui sont régis par la loi en vigueur au moment où ils se produisent.

La cour relève que la loi du 18 juin 2014, en ce qu'elle a modifié la rédaction de l'article L145-15 du code de commerce, substituant le terme 'nullité' en 'non-écrit' si elle ne s'applique pas aux procédures en cours, s'applique aux baux en cours.

En l'espèce, l'action a été introduite par la société CAP AUD par un acte d'huissier de justice en date du 13 janvier 2016, postérieurement à l'entrée en application de l'article L145-15 du code de commerce, dans sa nouvelle version.

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

En conséquence, l'action de la locataire tendant à voir déclarée non-écrite la clause du bail relative à la 'révision' étant imprescriptible, n'est pas soumise au délai de l'article L145-60 du code de commerce.

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

Sur la validité du commandement en date du 5 août 2014

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

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

Sur les causes du commandement

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

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

-1er avril 2014

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

provision sur charges : 1000 euros

total de l'échéance : 18.223,58 euros

-22 mai 2014

du 1er avril 2014 au 30 juin 2014

1/2 CRL : 215,29 euros

28 mai 2014 : votre chèque : 18.223,58 euros

-23 juin 2014

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

solde charges 709,64 euros

-1er juillet 2014

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

loyer 17.223,58 euros

1/2 CRL 215,29 euros

provisions pour charges : 1000 euros

frais de procédure 225,33 euros

solde 19.589,13 euros'

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

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

La SCI CARAVELLE, fait valoir qu'en tout état de cause quand bien même la clause litigieuse ne pourrait s'appliquer, la révision légale demeure possible, or celle-ci est intervenue par lettre du 19 septembre 2013 adressée à M. [A] à effet au 1er octobre 2013 ; puis réitérée par une lettre officielle du conseil de la SCI en date du 27 septembre 2013 ; que M. [A] s'est acquitté du nouveau loyer, qu'il en a été de même de la société CAP AUD, d'autant que le montant du loyer révisé au 1er octobre 2013 était indiqué dans l'acte de cession du fonds de commerce. L'intimée soutient que compte tenu de sa rédaction, la clause litigieuse n'est pas une clause d'échelle mobile, car elle n'a pas de caractère automatique ; que la révision dont se prévaut la société bailleuse est irrégulière car, le courrier du 19 septembre 2013 n'a pas été envoyé sous forme recommandée, que de surcroît cette révision est intervenue un an seulement après la précédente modification du loyer alors, que l'article L145-38 du code de commerce impose un délai de trois ans entre chaque révision légale.

La clause litigieuse est rédigée de la manière suivante :

'XIV révision du loyer:

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

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

Certes, le caractère non-écrit de cette clause ne peut pas priver la société bailleuse du bénéfice des dispositions de l'article L145-38 du code de commerce relatives à la révision triennale, ainsi que cette dernière le souligne. Cependant, une telle révision légale doit intervenir dans les conditions prévues par les textes.

En l'espèce, c'est à juste titre que la société locataire fait valoir que la notification d'une telle révision qui serait intervenue par lettre simple le 19 septembre 2013 est irrégulière dans la mesure où elle celle-ci ne peut intervenir que tous les trois ans à compter du jour où le nouveau prix sera applicable. En effet, le montant du loyer du bail renouvelé le 1er octobre 2007, entre la SCI CARAVELLE et M. [Y] [A] pour les locaux litigieux a été fixé par jugement du juge des loyers commerciaux du tribunal de grande instance de Paris le 20 décembre 2012 à la somme annuelle de 57.970 euros. Le courrier du 13 septembre 2013, précisait qu'à compter du 1er octobre 2013, le loyer 'passera de la somme de 16.920,13 euros à celle de 17.223,58 euros' compte tenu de la variation de l'indice de base du premier trimestre 2012 :1617 ' et de l'indice 'révisé du 1er trimestre 2013 :1646". Dans ces conditions, la révision légale n'est pas intervenue dans les conditions de l'article L145-38 du code de commerce et n'a pu produire effet, puisque elle a été effectuée par rapport au montant du loyer fixé l'année précédente.

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

équivoques.

Sur les provisions pour charges

La société locataire émet une contestation en ce qui concerne le montant des provisions pour charges appelé à compter du 1er octobre 2013 à hauteur de 1000 euros. La société bailleuse rappelle que le montant de la provision pour charges a été expressément accepté par la société locataire dans le cadre de la cession du fonds de commerce intervenue à son profit.

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

En l'espèce, le bail qui liait M. [A] à la société bailleuse, en date du 20 mars 1998 a été renouvelé à compter du 1er octobre 2007, par jugement en date du 20 décembre 2012. Le jugement mixte en date du 26 mai 2011 du tribunal de grande instance de Paris, intervenu entre M.[A] et la SCI CARAVELLE a condamné cette dernière à rembourser à M. [A] certaines charges au titre de leur augmentation injustifiée pour les années 2006, 2007 et l'a déboutée de sa demande en paiement des charges pour l'année 2008, faute de justificatifs. Le jugement consécutif au fond du 20 décembre 2012, n'a pas statué à nouveau au sujet des charges et s'est contenté d'ordonner au besoin une compensation entre les sommes dues. Il résulte du relevé de compte en date du 3 octobre 2013, établi par le cabinet [B], à l'ordre de M. [A] que la provision pour charges qui était de 800 euros lors de l'appel du 1er avril 2013 est passée à 1000 euros lors de l'appel du 1er juillet 2013.

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

'IX charges

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

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

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

Sur la contribution sur les revenus locatifs

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

Sur le solde des charges 2013

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

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

Sur les frais de procédure

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

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

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

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

La cour relève qu'en l'espèce, depuis l'entrée dans les lieux de la société CAP AUD le loyer aurait dû être appelé sur la base du loyer fixé au 1er octobre 2007 soit la somme annuelle de 57.970 euros, faute de justification des révisions

légales, or il a été appelé à hauteur de la somme principale annuelle de 68.894,32 euros, soit un différentiel non justifié de 10.924,32 euros ; par ailleurs, la provision pour charges de 1000 euros par trimestre et la régularisation des charges 2013 pour 709,64 euros ne sont pas justifiées. Entre janvier 2014 et juillet 2014, la société locataire a réglé la somme de 38.662,45 euros (18.223,58 euros x 2 + 215,29 euros + 1000 euros x 2), alors qu'elle aurait dû régler la somme de 44.123,37 euros (14.492,50 euros x 3 + 215,29 x 3) ; que dès lors, les causes du commandement ne s'élevaient qu'à la somme de 5.460,92 euros au titre des loyers et CRL demeurés impayés à la date de la délivrance.

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

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

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

Les causes du commandement étant pour partie infondées, compte tenu des efforts fournis par la société locataire pour s'en acquitter, de la situation de la débitrice et des besoins de la créancière, il convient d'accorder à la société CAP AUD des délais rétroactifs au 9 juin 2015 en application de l'article L145-41 du code de commerce, et en conséquence, de dire que la clause résolutoire n'a pu produire ses effets.

Sur la condamnation de la société bailleuse à rembourser les sommes indûment perçues

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

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

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

Sur la demande en réintégration ou en indemnisation

La société locataire présente sa demande en application de l'article L110-10 du code des procédures civiles d'exécution.

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

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

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

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

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

loyers du 1e au 4e trimestre 2014 :

14.492,50 euros x 4

1/2 CRL : 215,29 euros x 4

total : 58.831,16 euros

Il n'a pas été justifié des charges.

sommes versées :

(janvier 2014) : 18.223,58 euros

28 mai 2014 : 18.223,58 euros

25 mars 2015 : 1550 euros

8 avril 2015 : 7530 euros

13 avril 2015: 2800 euros

11 mai 2015 : 6598,07 euros

22 mai 2015 : 8000 euros

9 juin 2015 : 20.925,92 euros

total : 83.671,15 euros

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

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

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

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

La cour relève que ce deuxième acte ne mentionne pas la nécessité où se serait trouvé l'huissier poursuivant de procéder à nouveau à l'expulsion des locaux de la société CAP AUD, alors qu'il avait déjà procédé à cette mesure le 11 juin 2015. Il résulte du bail liant les parties, qu'avaient été donnés en location : au rez-de-chaussée un local commercial de 66 m², à l'entresol un local à usage commercial communiquant par un escalier intérieur avec le rez-de-chaussée d'une surface d'environ 59m² et au sous-sol une cave d'une surface d'environ 5 m².

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

Sur la demande de dommages-intérêts pour préjudice moral

La société locataire se plaint de la brutalité et de l'enchaînement vexatoire des conditions dans lesquelles son expulsion a été poursuivie ; le commandement de payer visant la clause résolutoire qui portait sur un trimestre de loyer ayant été délivré pendant les vacances d'été, l'ordonnance de référé, premier acte signifié à sa personne ne l'ayant été que le 4 mars 2015, suivie entre le 10 mars 2015 et le 11 juin 2015 de 9 mesures destinées à obtenir l'exécution forcée de la décision, alors même qu'elle avait au 9 juin 2015, par des versements intervenus les 25 mars 2015, 13 avril 2015, 11 mai 2015, 22 mai 2015 et 9 juin 2015, apuré l'intégralité de la dette locative, en ce compris le coût des différents actes d'huissier.

Cependant, c'est à juste titre que les premiers juges ont relevé que la société locataire n'établissait pas l'existence d'un préjudice moral de ce chef. En conséquence, il y a lieu de débouter la société locataire de ce chef de demande.

Sur la demande de dommages-intérêts pour procédure abusive

La société CAP AUD triomphant dans ses prétentions, son action ne revêt aucun caractère abusif et ne peut ouvrir droit à dommages-intérêts et la bailleresse doit être déboutée de ce chef de prétention.

Sur les demandes accessoires,

C'est à juste titre que les premiers juges ont sursis à statuer sur les demandes accessoires présentées en application de l'article 700 du code de procédure civile, et ont réservé les dépens.

En cause d'appel, il ne sera pas fait droit aux demandes présentées en application de l'article 700 du code de procédure civile.

La SCI CARAVELLE sera condamnée aux dépens de l'appel.

PAR CES MOTIFS

La cour statuant publiquement et contradictoirement,

Confirme le jugement entrepris sauf en ce qu'il a :

- déclaré nul le commandement de payer délivré le 5 août 2014 ;

l'infirme de ce chef,

statuant à nouveau,

Dit que les causes du commandement de payer délivré le 5 août 2014 sont partiellement fondées et que les conditions d'acquisition de la clause résolutoire étaient réunies,

Dit que par l'effet des délais rétroactifs accordés jusqu'au 9 juin 2015 à la société locataire pour apurer les causes du commandement, celle-ci est réputée n'avoir jamais joué ;

Dit en conséquence que l'expulsion de la société CAP AUD des locaux donnés à bail, réalisée en exécution d'un titre devenu inexistant ouvre droit en application de l'article L111-10 du code des procédures civiles d'exécution, pour la société locataire à un rétablissement de ses droits par équivalent, égal au moins à la valeur du fonds de commerce;

Condamne la SCI CARAVELLE à rembourser à la société CAP AUD le coût des actes engagés à l'occasion de l'exécution forcée de la décision d'expulsion obtenue en référé devenus sans cause,

Y ajoutant,

Dit qu'un compte sera fait entre les parties, après le dépôt du rapport d'expertise ;

Dit n'y avoir lieu à l'application de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel ;

Condamne la SCI CARAVELLE aux entiers dépens de l'appel.

LA GREFFIÈRE LA PRÉSIDENTE