18 janvier 2011
Cour de cassation
Pourvoi nº 09-17.007

Troisième chambre civile

ECLI:FR:CCASS:2011:C300091

Texte de la **décision**

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

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu qu'ayant souverainement retenu que l'affaire figurait au rôle depuis deux ans, et que le congé avait été donné pour le 29 mars 2005, la communication d'une offre de réinstallation formulée par le bailleur lui-même une semaine avant la date prévue pour l'audience des plaidoiries ne pouvant être considérée comme une cause grave, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef ;

Sur le deuxième moyen, ci-après annexé :

Attendu qu'ayant souverainement retenu, par motifs propres et adoptés, que l'agrément de l'administration des douanes pour le transfert du débit de tabac restait incertain et que rien ne permettait de retenir que la SNC 48 Prado allait transférer son commerce dans un autre local, la cour d'appel a pu en déduire que l'estimation de l'indemnité d'éviction devait être fondée sur l'hypothèse de la perte du fonds de commerce dans sa totalité ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, ci-après annexé :

Attendu qu'ayant retenu que le rapport d'expertise faisait état d'une pratique courante consistant dans l'application d'un abattement compris entre 10 et 50 % de la valeur locative, pour tenir compte de la précarité de l'occupation, qu'un abattement d'un taux de 30 % était justifié par le fait que la société 48 Prado subissant l'éviction, n'était titulaire que d'un droit au maintien dans les lieux, destiné à prendre fin à plus ou moins longue échéance, en fonction d'évènements qu'elle ne maîtrisait pas, la cour d'appel, qui a constaté qu'un usage était applicable au cas d'espèce, et ne s'est pas

prononcée par voie d'affirmation générale, a légalement justifié sa décision de ce chef ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Azur Promotel aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Azur Promotel à payer à la société 48 Prado la somme de 2 500 euros ; rejette la demande de la société Azur Promotel ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé à l'audience publique du dix-huit janvier deux mille onze, par Mme Bellamy, conformément à l'article 452 du code de procédure civile.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gadiou et Chevallier, avocat aux Conseils pour la société Azur Promotel.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR débouté la Société AZUR PROMOTEL de sa demande de révocation de l'ordonnance de clôture, de l'AVOIR condamnée à payer à la Société 48 PRADO une indemnité d'éviction d'un montant de 536.210 € et d'AVOIR limité à la somme de 11.466 € par an le montant de l'indemnité d'occupation devant être versé par la Société 48 PRADO à compter du 29 septembre 2005 et jusqu'à son départ effectif ;

AUX MOTIFS QUE la Cour d'appel a rejeté une demande présentée par la Société AZUR PROMOTEL et qui tendait à la révocation de l'ordonnance en date du 18 mars 2009, qui a clos la mise en état, et ce, afin de pouvoir communiquer une lettre qu'elle-même a adressée à son adversaire, le 18 mars 2009 également, et qui comporte une offre de réinstallation dans des locaux proches de ceux faisant l'objet du litige ; qu'en effet, alors que l'affaire figure au rôle de la Cour depuis deux ans et que le congé avait été donné pour le 29 mars 2005, la communication d'une offre de réinstallation formulée par le bailleur luimême une semaine avant la date prévue pour l'audition des plaidoiries ne peut être considérée comme une cause grave au sens de l'article 784 du code de procédure civile ;

ALORS QUE l'ordonnance de clôture peut être révoquée s'il se révèle une cause grave depuis qu'elle a été rendue ; que par des conclusions d'appel signifiées le 24 mars 2009, la Société AZUR PROMOTEL a demandé la révocation de l'ordonnance de clôture intervenue le 18 mars 2009 aux fins de communication d'un courrier du même jour dans lequel elle a proposé à la Société 48 PRADO de prendre à bail des locaux commerciaux identiques à ceux loués jusqu'alors et situés dans la même avenue ; qu'en relevant, pour refuser de révoquer l'ordonnance de clôture, que l'affaire figurant au rôle depuis deux ans et le congé ayant été donné le 29 mars 2005, la communication d'une offre de réinstallation formulée par le bailleur une semaine avant les plaidoiries ne peut constituer une cause grave de révocation, la Cour d'appel, qui n'a pas constaté que la Société AZUR PROMOTEL aurait pu faire cette offre de location plus tôt, a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 784 du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR condamné la Société AZUR PROMOTEL à payer à la Société 48 PRADO une indemnité d'éviction d'un montant de 536.210 € ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE le Tribunal a tiré fort logiquement la conséquence que la possibilité d'une réinstallation de la Société 48 PRADO dans le voisinage du bâtiment dont elle se trouve évincée devait être prouvée par la bailleresse pour que ce critère puisse être retenu dans l'évaluation du préjudice ; qu'à ce propos l'avis de l'expert était le suivant «Du fait de la bonne commercialité du secteur et de la présence d'un nombre assez conséquent de locaux commerciaux en rez-de-chaussée des immeubles de la zone, le transfert du fonds de commerce nous semblerait, sous réserve de la position du Tribunal souverain, matériellement réalisable. Toutefois, compte tenu de l'incertitude relative au maintien de l'autorisation administrative de débit de tabac, nous ventilerons les indemnités en fonction des résultats des deux activités exploitées. Nos proposerons donc ... les deux hypothèses que sont, d'une part, le transfert total du fonds et, d'autre part, le transfert de la branche snack-bar, avec disparition du tabac », d'où les deux estimations qu'elle propose en examinant l'éventualité d'un transfert total ou partiel, mais sans retenir l'hypothèse d'une disparition totale des deux activités ; que le Tribunal en a décidé différemment en estimant la valeur de la branche brasserie bar à 210.880 € et celle de la branche tabac à 253.315 €, soit au total arrondi 464.200 € ; qu'il existe donc en l'espèce deux branches d'activité distinctes qui devaient être évaluées séparément ainsi que l'a fait le Tribunal ; que d'autre part, l'évaluation du préjudice causé par le défaut de renouvellement du bail ne peut se faire selon l'hypothèse retenue par l'expert de la poursuite de l'une des deux activités seulement, tandis que l'autre serait abandonnée, s'il n'est pas démontré que la société preneuse se serait engagée dans cette voie ; qu'enfin, contrairement aux allégations de l'appelante, l'agrément de l'administration des Douanes pour le transfert du débit de tabac reste incertain ; qu'en effet, la Société 48 PRADO a interrogé cette administration, par courrier du 12 février 2007, sur la position qu'elle adopterait «quant à un transfert dans un autre lieu d'exploitation » dans le même secteur ; que la réponse qu'elle a reçue ne lui donne aucune certitude d'avis favorable des services techniques, ni du syndicat des débitants de tabac qui doivent être consultés, et reste en fait subordonné à toute une série de paramètres que le dossier ne révèle pas, à commencer par l'adresse exacte de ce transfert ; que c'est donc à juste titre que le Tribunal a fondé son estimation sur l'hypothèse de la perte du fonds de commerce dans sa totalité ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'indemnité d'éviction comporte deux composantes, l'indemnité principale et les indemnités accessoires ; que la valeur de ce préjudice est différente en cas de disparition du fonds de commerce et en cas de transfert de ce fonds ; qu'en cas de disparition du fonds, l'indemnité doit correspondre à la valeur du fonds de commerce sans être inférieure à la valeur du droit au bail et qu'en cas de simple transfert du fonds, l'indemnité principale correspond seulement à la valeur du droit au bail ; que l'expert indique dans son rapport que du fait de la bonne commercialité du secteur en présence d'un nombre assez conséquent de locaux commerciaux en rez-de-chaussée des immeubles de la zone, le transfert du fonds de commerce lui semblerait matériellement réalisable, que toutefois il existe une incertitude relative au maintien de l'autorisation administrative de débit de tabac ; qu'il incombe au bailleur d'apporter la preuve de la possibilité d'un transfert des activités à proximité immédiate et sans perte de clientèle ; qu'en l'espèce, l'expert évoque un contexte favorable pour une réinstallation dans le même quartier tout en soulignant les difficultés inhérentes au transfert de la licence tabac mais que le bailleur ne produit aucun élément démontrant la possibilité concrète de cette réinstallation en ne justifiant d'aucune proposition ferme à prix normal à une distance proche du fonds dont l'éviction est poursuivie ; que rien dans le dossier ne permettant de retenir que la Société 48 PRADO va transférer son commerce dans un autre local, l'indemnité d'éviction doit donc correspondre au préjudice subi du fait de la perte de clientèle ; que cette indemnité de remplacement doit prendre en compte la valeur marchande du fonds ; que s'agissant de l'indemnité principale, les parties ne contestent pas la méthode d'évaluation utilisée par l'expert, que la valeur du fonds de commerce est déterminée, d'une part, sur la base du chiffre d'affaire moyen des quatre derniers exercices par la méthode dite des barèmes professionnels et, d'autre part, sur la base des résultats obtenus par application d'un taux de rentabilité à la marge brute d'autofinancement, l'expert faisant une moyenne des deux chiffres ainsi obtenus ; qu'il convient toutefois de prendre en compte les documents transmis par la Société 48 PRADO mentionnant l'évolution du chiffre d'affaire des années 2005 et 2006 et de retenir un chiffre d'affaire moyen sur quatre années (2003, 2004, 2005 et 2006) de 287.231, 25 €, application du coefficient de TVA de 1, 196 = 343.528, 57 € ;

que pour la branche brasserie-bar, selon la méthode des barèmes professionnels, le chiffre d'affaire moyen, compte tenu d'une part de 56% représentée par cette branche d'activité, 192.375, 99 € TTC, application des barèmes professionnels 230.851, 18 € TTC, selon la méthode de la valeur de la rentabilité, la marge brute d'autofinancement moyenne sur quatre années est de 81.693, 75 €, application de la branche d'activité 47.748,50 €, application du coefficient multiplicateur de 5, 228.742, 50 € ; que la moyenne des deux méthodes est arrondie de 210.880 € ; que pour la branche tabac, selon la méthode des barèmes professionnels, l'expert indique que la valeur d'un établissement de ce type s'évalue sur la base de 3 à 4 années de remise nette tabac et que compte tenu de la bonne implantation du local, il retient un barème de 4 années de remise nette tabac ; qu'il y a lieu d'homologuer ce coefficient ; que la valeur du fonds au vu des remises nettes tabac pour les années 2003, 2004, 2005 et 2006 est de 255.013 € ; que selon la méthode de la valeur de la rentabilité, la marge brute d'autofinancement moyenne est de 81.693, 75 €, application de la part de la branche d'activité étant de 35.945, 25 €, l'application du coefficient multiplicateur de 5 étant de 251.616, 75 €, la moyenne des deux méthodes étant d'une valeur arrondie de 253.315 € ; que le total arrondi des deux branches est de 464.200 € ; que s'agissant des indemnités accessoires, les parties s'accordent pour retenir l'évaluation faite pas l'expert concernant les frais accessoires, soit une indemnité de remploi de 45.250 €, un trouble commercial de 18.800 € et des frais d'installation non amortis compris dans la valeur du fonds ; qu'il y a lieu de retenir au titre des frais de licenciement du personnel la somme de 7.960 € résultant de l'attestation de l'expert-comptable de la Société 48 PRADO ; qu'au total, les indemnités accessoires s'élèvent à la somme de 72.010 € ; que l'indemnité d'éviction globale s'élève donc à une indemnité principale de 464.200 € et des indemnités accessoires de 72.010 €, soit un total de 536.210 € ;

ALORS QUE le préjudice subi par le preneur à bail commercial du fait de son éviction est réduit lorsqu'une partie de son activité est transférée ; qu'en l'espèce, s'agissant de la détermination du montant de l'indemnité d'éviction à verser à la Société 48 PRADO, si la Cour d'appel a retenu que le transfert de l'activité de tabac était incertaine en raison de la nécessité d'une autorisation administrative, s'agissant de l'activité de snack-bar, elle a relevé, sans restriction, la bonne commercialité du secteur et la présence d'un nombre conséquent de locaux commerciaux en rez-de-chaussée de la zone ; qu'en se fondant dès lors, pour arrêter le montant de l'indemnité d'éviction, sur la perte en totalité du fonds de commerce de snack-bar et de tabac, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L.145-14 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité à la somme de 11.466 € par an le montant de l'indemnité d'occupation devant être versé par la Société 48 PRADO à compter du 29 septembre 2005 et jusqu'à son départ effectif ;

AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'indemnité d'occupation doit être déterminée sur la base de la valeur locative ; que les parties ne contestent pas l'évaluation de la valeur locative faite par l'expert à la somme de 16.352 € HT par an à partir de quatre locaux commerciaux de comparaison ; que l'expert a retenu un abattement de 30% pour tenir compte de la précarité de l'occupation, qu'il s'agit d'un taux moyen habituellement retenu par les Tribunaux ; que l'indemnité d'occupation sera donc fixée à la somme annuelle de 11.466 € ; que le congé avec refus de renouvellement a été délivré le 5 juillet 2004 pour le 29 mars 2005 ; que l'article L.145-9 du code de commerce dispose que le congé doit être donné suivant les usages locaux et au moins six mois à l'avance ; qu'à Marseille, les usages locaux fixent la date du congé avant Pâques pour la Saint-Michel, soit le 29 septembre ; qu'en conséquence, conformément à cet usage, le bail a pris fin le 29 septembre 2005 et l'indemnité d'occupation est due à partir de cette date ;

ET AUX MOTIFS PROPRES QUE le rapport d'expertise de Madame Y... fait état, à juste titre, d'une pratique courante consistant dans l'application d'un abattement compris entre 10 et 50% de la valeur locative pour tenir compte de la précarité de l'occupation ; qu'elle a proposé de retenir un tel abattement d'un taux de 30% contre lequel la Société AZUR PROMOTEL s'insurge en faisant valoir que le congé a été signifié le 5 juillet 2004 et que la procédure ayant duré depuis plusieurs années, la situation de sa locataire ne serait pas précaire ; que cette opinion ne peut être légitiment partagée,

la Société 48 PRADO subissant l'éviction, n'étant titulaire que d'un droit au maintien dans les lieux destiné à prendre fin à plus ou moins longue échéance, en fonction d'événements qu'elle ne maîtrise pas ; qu'il convient donc de confirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions et de condamner la Société AZUR PROMOTEL aux dépens de son appel ainsi qu'au paiement d'une indemnité de 2.000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

ALORS QU'en relevant, pour appliquer au montant de l'indemnité d'occupation un abattement élevé de 30%, que la Société 48 PRADO subit une éviction, la Cour d'appel, qui a statué par un motif d'ordre général sans caractériser un état de précarité justifiant un tel abattement, a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L.145-28 du code de commerce.

Décision **attaquée**

Cour d'appel d'aix-en-provence
13 août 2009