

COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE

11e Chambre B

ARRÊT MIXTE

EXPERTISE

DU 15 JANVIER 2015

N° 2015/37

Rôle N° 14/03626

SARL CAFE DE LA BUFFA

C/

SCI GAMBUF

Grosse délivrée

le :

à :

SELARL BOULAN

Décision déferée à la Cour :

Jugement du Tribunal de Grande Instance de NICE en date du 16 Février 2010 enregistré au répertoire général sous le n° 04/05595.

Arrêt de la Cour de Cassation du 17 Septembre 2013

APPELANTE

SARL CAFE DE LA BUFFA prise en la personne de son représentant légal en exercice

demeurant [Adresse 1]

représentée par la SELARL BOULAN CHERFILS IMPERATORE, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

INTIMEE

SCI GAMBUF prise en la personne de son représentant légal en exercice

demeurant [Adresse 3]

non comparante

\*\_\*\_\*\_\*\_\*

#### COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 09 Décembre 2014 en audience publique. Conformément à l'article 785 du Code de Procédure Civile, Catherine COLENO, Présidente de Chambre a fait un rapport oral de l'affaire à l'audience avant les plaidoiries.

La Cour était composée de :

Mme Catherine COLENO, Présidente de Chambre

Mme Anne CAMUGLI, Conseiller

M. Jean-Jacques BAUDINO, Conseiller

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Mme Anaïs ROMINGER.

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 15 Janvier 2015

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 15 Janvier 2015,

Signé par Mme Catherine COLENO, Présidente de Chambre et Mme Anaïs ROMINGER, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

\*\*\*

La SCI GAMBUF venant aux droits de Mme [F] bailleur par l'effet d'une cession en date du 13 décembre 2006, et la SARL Café de la BUFFA locataire sont en l'état d'un bail commercial datant du 16 juillet 1963 portant sur des locaux commerciaux situés [Adresse 2] à [Localité 1] à usage exclusif de Café Brasserie Restaurant exploités sous l'enseigne café de la Buffa.

Un commandement de payer notifiant la clause résolutoire a été signifié à la S.A.R.L. Café de la BUFFA le 20 juillet 2004 par Madame [F] bailleuse de l'époque.

Par jugement du 16 février 2010 assorti de l'exécution provisoire le Tribunal de Grande Instance de Nice saisi d'une opposition à ce commandement a écarté le jeu de la clause résolutoire faute de s'appliquer aux indexation et aux charges impayés qui étaient réclamés, prononcé la résiliation judiciaire du bail, ordonné l'expulsion de la SARL Café de la BUFFA et l'a condamné à payer à la SCI GAMBUFF la somme de 80.743,49 euros avec intérêts au taux légal à compter de l'assignation et capitalisation des intérêts pour les loyers indemnités et charges, outre 3,000 euros à titre de dommages-intérêts et 1,500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêt du 17 juin 2011 la cour d'appel a confirmé la décision qui avait écarté le bénéfice de la clause résolutoire et réouvert les débats en invitant la SCI GAMBUF à produire les devis et factures des travaux de ravalement de façade, travaux d'évacuation des odeurs et fumées en façade, et le détail des charges s'y rapportant réclamées à la SARL Café de la BUFFA ainsi que leur répartition et à établir un décompte récapitulatif des seuls loyers charges et taxes diverses dont elle demande le paiement et a renvoyé l'affaire à une audience ultérieure.

Par arrêt du 3 février 2012 la cour d'appel après avoir constaté que la SCI GAMBUFF n'avait pas satisfait à la demande faite par le précédent arrêt a rejeté comme insuffisamment justifiées les demandes en paiement de la SCI GAMBUF à hauteur de 115.063,16 euros, a condamné la SCI GAMBUF à indemniser la SARL Café de la BUFFA du préjudice résultant de l'expulsion qu'elle avait subi au titre de l'exécution provisoire, et consistant dans la perte de son fonds de commerce et a désigné M.[W] en qualité d'expert afin d'évaluer la valeur du fonds de commerce,

Par arrêt du 17 septembre 2013 la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt du 17 juin 2011 et cassé l'arrêt du 3 février 2012 mais seulement en ce qu'il déboute le bailleur de ses demandes en paiement et en résiliation du bail.

Cette cassation est intervenue au visa de l'article 4 du code de procédure civile pour dénaturation car la cour d'appel avait relevé notamment que la SCI GAMBUF n'avait fait aucune diligence pour saisir le conseiller de la mise en état et que plus aucune demande de ce chef n'était présentée alors que les conclusions de la SCI GAMBUF tendaient à titre principal à ce qu'il soit enjoint par arrêt avant dire droit au cabinet [X] [B] syndic de copropriété de fournir les documents dont la cour d'appel avait estimé la production nécessaire.

La SARL Café de la BUFFA a saisi la cour d'appel d' Aix en Provence cour de renvoi le 21 février 2014.

Elle a assigné la SCI GAMBUF le 29 septembre 2014 par acte déposé en étude.

#### PRETENTIONS DES PARTIES

La SARL Café de la BUFFA par conclusions déposées le 27 juin 2014 et signifiées le 29 septembre 2014 demande à la cour:

de dire que les travaux fondant les charges réclamées sont à la charge du bailleur

subsidiatement de dire que les dépenses de ravalement sont à la charge de la bailleuse

de dire qu'elle n'est redevable que des menus travaux de peinture

de constater que les devis et factures ne sont pas produits,

de confirmer la nullité du commandement

de dire qu'il n'y a pas lieu à prononcer la résiliation du bail

de débouter la SCI GAMBUF de ses demandes,

subsidiatement dans l'hypothèse où la cour estimerait qu'il y a un arriéré de charges, de lui donner acte de son intention de régler le solde dans le mois,

de condamner la SCI GAMBUF à lui payer la somme de 600.000 euros au titre de l'éviction du fonds de commerce

subsidiatement de désigner tel expert foncier pour évaluer le fonds de commerce et de condamner la SCI GAMBUF à lui payer la somme de 15.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile

Elle relève que la SCI GAMBUF n'a toujours pas produit de justificatif et ce 10 ans après le commandement litigieux.

S'agissant des charges, elle soutient que le premier juge a fait une lecture erronée de l'article 8 du bail, que la réfection des conduits d'évacuation soit 17.774,16 euros incombait au bailleur en raison et leur vétusté car le bailleur n'est pas déchargé des travaux relevant de l'article 606

s'agissant du ravalement pour un montant de 26.606,65 euros elle relève qu'il ne s'agit pas de réparations locatives et qu'il s'agit de travaux incombant au bailleur

Elle fait valoir qu'aucune faute suffisamment grave justifiant la résiliation du bail ne peut lui être reprochée, alors que l'essentiel des charges réclamées n'est ni fondé ni justifié

Elle relève qu'elle a fait l'objet d'une expulsion dans des conditions précipitées fautives, deux jours avant que le premier

président statue sur la demande de suspension de l'exécution provisoire, suspension qui a été accordée.

Elle formule une demande d'indemnisation et relève notamment que le droit au bail était évalué en 2004 à 410.000 euros.

Les dernières écritures de la SCI GAMBUF qui avaient été déposées le 13 décembre 2011 demandaient à la cour

- à titre principal de d'enjoindre par arrêt avant dire droit et sous astreinte comminatoire au cabinet [X] [B] ses pièces de fournir ses pièces,

- à titre subsidiaire de :

confirmer la validité du commandement

confirmer la résiliation judiciaire du bail commercial prononcée par la cour de grande instance de Nice le 16 février 2010

confirmer la condamnation de la SARL Café de la BUFFA à payer la somme de 80.743,49 euros avec intérêt légal et capitalisation des intérêts à compter de l'assignation

confirmer l'expulsion de la S.A.R.L. Café de la BUFFA

confirmer la condamnation de la SARL Café de la BUFFA au paiement de 3.000 euros à titre de dommages et intérêts

débouter la SARL Café de la BUFFA de ses demandes

condamner la SARL Café de la BUFFA à lui payer la somme de 115.063,16 euros y compris les sommes provenant de la confirmation, outre la somme de 10.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Elle fait valoir que par application de l'article 8 du bail le preneur a l'obligation de payer toutes les charges de copropriété ce qu'elle a d'ailleurs fait sans réserve pendant près de 40 ans, de 1963 à 2003, cet acquiescement la privant de la possibilité de contester cette obligation.

Elle affirme que les comptes qu'elle produit démontrent le défaut permanent de ponctualité de la locataire dans les paiements auquel s'ajoute un défaut d'entretien des lieux loués.

Enfin elle soutient qu'à la date de l'expulsion le fonds de commerce était dénué de toute valeur, sans matériel d'exploitation, frappé d'une interdiction administrative de pratiquer la restauration et n'était plus susceptible de poursuivre une activité effective.

L'ordonnance de clôture le 10 novembre 2014.

## MOTIFS DE LA DECISION

La SCI GAMBUF n'a pas de nouveau conclu après l'arrêt de la cour de cassation, il sera statué par arrêt contradictoire par application de l'article 468 du code de procédure civile au vu des éléments dont la cour dispose.

Le sort du commandement notifié le 20 juillet 2004 a été tranché par l'arrêt de cette cour du 17 juin 2011 dont les dispositions sont irrévocables, le pourvoi à son encontre ayant été rejeté. Il n'y a plus lieu de statuer sur ce point.

L'arrêt du 17 juin 2011 étant irrévocable, l'injonction qu'il comporte à l'égard de la SCI GAMBUF de justifier de sa créance par la production de divers justificatifs s'impose toujours à celle-ci.

Eu égard à l'ancienneté du litige, au fait que le cabinet BORME DELAUNAY n'est pas partie en cause et que la SCI GAMBUF disposait d'autres voies pour faire produire les justificatifs relatifs aux charges de la copropriété dont elle est membre, la demande principale de l'intimé tendant à voir enjoindre à le cabinet BORME DELAUNAY de produire les justificatifs relatifs aux charge de copropriété sera rejetée.

Devant la cour de renvoi, qui statue au vu des écritures prises par la SCI GAMBUF avant l'arrêt cassé, l'intimé n'a déposé aucune pièce, aucun justificatif et aucun décompte permettant de connaître la consistance et ventilation de ses demandes dont le détail ne figure pas davantage dans ses conclusions.

S'agissant des travaux d'évacuation, sur lesquels les parties s'opposent notamment quant à la prise en considération de l'incidence de la vétusté, l'absence de tout justificatif et pièce conduit à rejeter la prétention de la SCI GAMBUF.

En ce qui concerne les charges de ravalement, celles ci ne sont pas des charges locatives par nature, et ne peuvent être mises à la charge du locataire qu'en vertu d'une clause expresse. A cet égard, c'est à juste titre que la SCI GAMBUF se prévaut de la stipulation du bail mettant à la charge du locataire toutes les charges de copropriété se rattachant aux lieux loués, confortée par l'exécution concordante qu'en ont donné les parties sur plusieurs décennies et qui confirme l'accord de la locataire pour supporter cette charge.

Il n'en demeure pas moins qu'en l'absence de tout justificatif sur le montant des dépenses réglées à ce titre la demande de la SCI GAMBUF ne peut être accueillie.

S'agissant de la révision triennale des loyers, en l'absence de production de décompte et de justificatif de la demande du bailleur cette prétention n'est pas fondée ;



S'agissant plus généralement de l'arriéré locatif réclamé par la SCI GAMBUF l'absence totale des pièces qui lui avaient été judiciairement enjoint de produire ne permet de contrôler ni le principe ni le montant des sommes réclamées et conduit la cour à constater que la créance de la SCI GAMBUF n'est pas démontrée, sa demande en paiement sera donc intégralement rejetée.

En conséquence, en l'absence de démonstration d'un arriéré locatif non réglé, la défaillance du locataire dans ses obligations contractuelles n'est pas davantage démontrée, la demande en résiliation du bail sera rejetée.

Sur la demande reconventionnelle

Il résulte des pièces que la SARL Café de la BUFFA a été expulsée au bénéfice de l'exécution provisoire, le 27 avril 2010, soit en cours d'instance d'appel, et ce alors qu'une demande de suspension de l'exécution provisoire était pendante devant le délégué du premier président saisi sur assignation du 24 mars 2010, ce magistrat ayant ordonné l'arrêt de l'exécution provisoire par ordonnance du 30 avril 2010.

L'exécution provisoire se faisant aux risques et péril du créancier, celui ci doit répondre du préjudice en découlant en cas d'infirmité de la décision, ce qui est le cas en l'espèce

Toutefois les parties sont en complet désaccord sur la valeur du fonds de commerce exploité dans les lieux et la cour ne dispose pas d'éléments nécessaires pour statuer ; il convient de désigner un expert avec la mission précisée dans le dispositif, aux frais avancés de la SARL Café de la BUFFA demanderesse à l'indemnisation.

PAR CES MOTIFS

La cour statuant contradictoirement

infirme la décision déférée en ce qu'elle a

- condamné la SARL Café de la BUFFA à payer à la SCI GAMBUF la somme de 80,743,49 euros au titre des loyers indemnité et charges,

- prononcé la résiliation judiciaire du bail

- ordonné l'expulsion de la SARL Café de la BUFFA

- condamné la SARL Café de la BUFFA à payer la somme de 3,000 euros à titre de dommages-intérêts, la somme de 1,500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et les dépens

statuant à nouveau

constate que la SCI GAMBUF n'apporte pas la preuve de sa créance,

rejette la demande en paiement de la SCI GAMBUF

dit n'y avoir lieu à résiliation du bail,

constate que la SARL Café de la BUFFA a été expulsée en cours d'instance d'appel au bénéfice de l'exécution provisoire,

condamne la SCI GAMBUF à indemniser la SARL Café de la BUFFA du préjudice en résultant

avant dire droit sur la demande en indemnisation de la SARL Café de la BUFFA

ordonne une expertise

désigne

Mme [K] [Q] née [N]

[Adresse 4] Tél. [XXXXXXXX02] Fax [XXXXXXXX01] Mob. [XXXXXXXX03] Mél. [Courriel 1]

ou à défaut

M. [C] [R]

[Adresse 5]. 04.92.04.13.14 Fax 04.92.27.15.98 Mob. 06.20.43.71.44

avec mission de se rendre sur les lieux, les visiter, les décrire entendre les parties, se faire remettre tous documents utiles, et notamment les éléments de comptabilité

rechercher l'état dans lequel se trouvaient les lieux lors de l'expulsion de la S.A.R.L. Café de la BUFFA,

décrire le fonds de commerce qui était exploité dans les lieux par la SARL Café de la BUFFA à la date de son expulsion,

donner tous éléments permettant de chiffrer la valeur de ce fonds de commerce y compris le droit au bail

de façon générale fournir à la cour tous éléments permettant à la cour d'évaluer le préjudice subi par la SARL Café de la BUFFA

Dit que l'expert :

- accomplira sa mission conformément aux dispositions de l'article 155 à 174,232,263 à 284 du code de procédure civile
- prendra en considération les observations ou réclamations des parties ou de leurs conseils, les -joindra à son avis et fera mention de la suite qu'il leur aura donnée,
- demandera communication aux parties ou aux tiers de tous documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission
- pourra recueillir tant l'avis de tout technicien dans une spécialité distincte de la sienne que l'information orale ou écrite de toutes personnes dont les nom, prénoms, demeure, profession ainsi que s'il y a lieu leur lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communautés d'intérêts avec elles seront précisés;
- fera connaître dans son rapport toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner à condition de ne faire état que d'informations légitimement recueillies et d'indiquer leurs origines et sources

Dit que lors de la première au plus tard de la deuxième réunion des parties, l'expert dressera un programme de ses investigations et établira d'une manière aussi précise que possible le montant prévisible de ses honoraires et de ses débours et qu'à issue de cette réunion, il fera connaître la somme globale qui lui paraît nécessaire pour garantir la totalité du recouvrement de ses honoraires et débours et sollicitera le cas échéant le versement d'une consignation complémentaire,

Dit que l'expert communiquera un pré-rapport aux parties et répondra aux dires que celles-ci lui auront adressés dans le délai qu'il leur aura imparti ,

Dit que si les parties ne se concilient pas, l'expert dressera rapport écrit de ses opérations qu'il déposera au greffe de la cour d'appel dans le délai de six mois à compter de la date de l'avis de consignation, sauf prorogation du délai par le conseiller chargé du contrôle dans les conditions prévues par l'article 279 du code de procédure civile,

Dit que l'expert devra adresser une copie de son rapport à chacune des parties accompagnée de la copie de sa demande d'évaluation de rémunération, qui pourra donner lieu à toute observation des conseils des parties auprès du conseiller taxateur dans les 15 jours suivants, l'expert devant préciser sur la demande de taxe, la date de l'envoi aux parties,

Dit que la SARL Café de la BUFFA devra consigner auprès du Greffe de la cour, dans le délai de deux mois à compter de la présente décision, la somme de 3.000 EUR à valoir sur les honoraires de l'expert

Dit qu'à défaut de consignation dans le délai prescrit, la poursuite de l'instance pourra être ordonnée dans les conditions que par l'article 271 du code de procédure civile

Dit que la fixation interviendra après le dépôt du rapport

Réserve toute autre demande et les dépens.

LE GREFFIERLE PRÉSIDENT