S.A.R.L. LE BILBOQUET

C/

[I] [T]

[E] [M] épouse [T]

Expédition et copie exécutoire délivrées aux avocats le

COUR D'APPEL DE DIJON

2ème chambre civile

ARRÊT DU 07 SEPTEMBRE 2023

N° RG 23/00177 - N° Portalis DBVF-V-B7H-GDY5

MINUTE N°

Décision déférée à la Cour : ordonnance de référé rendue le 11 janvier 2023,

par le Président du tribunal judiciaire de Dijon - RG : 22/00527

APPELANTE :

S.A.R.L. LE BILBOQUET dont le siège social est sis :

[Adresse 4]

[Localité 6]

représentée par Me Cécile RENEVEY - LAISSUS, membre de la SCP ANDRE - RENEVEY, avocat au barreau de DIJON, vestiaire : 2

assistée de Me Pierre-Henry BILLARD, avocat au barreau de DIJON, vestiaire : 36

INTIMÉS :

Monsieur [I] [T]

né le 16 Février 1944 à [Localité 6] (21)

Madame [E] [M] épouse [T]

née le 13 Mars 1946 à [Localité 6] (21)

tous deux domiciliés :

[Adresse 3]

[Localité 1]

représentés par Me Karine SARCE, avocat au barreau de DIJON, vestiaire : 103

assistée de la SCP COURTAUD - PICCERELLE - ZANOTTI - GUIGON BIGAZZI, avocats au barreau de CANNES

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 25 mai 2023 en audience publique devant la cour composée de :

Viviane CAULLIREAU-FOREL, Président de chambre, Président,

Sophie DUMURGIER, Conseiller,

Sophie BAILLY, Conseiller,

Après rapport fait à l'audience par l'un des magistrats de la composition, la cour, comme ci-dessus composée a délibéré.

GREFFIER LORS DES DÉBATS : Maud DETANG, Greffier

DÉBATS : l'affaire a été mise en délibéré au 07 Septembre 2023,

ARRÊT : rendu contradictoirement,

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 Viviane CAULLIREAU-FOREL, Président de chambre, et par Maud DETANG, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES

Par acte sous seing privé du 27 août 1990, les époux [I] [T] / [E] [M] ont consenti aux époux [F], un bail commercial portant sur des locaux destinés à l'exploitation d'un bar et d'une brasserie, et accessoirement à des locaux d'habitation, situés dans un immeuble en copropriété sis à [Adresse 7] et [Adresse 5].

Le fonds de commerce, comprenant le droit au bail a été vendu à la SARL Le Bilboquet le 10 avril 1997.

Par acte du 25 février 1999, les époux [T] ont fait délivrer à la SARL Le Bilboquet un congé avec offre de renouvellement.

Par acte authentique du 13 septembre 1999, le bail commercial a été renouvelé à effet du 27 août 1999.

M. [N] [S], gérant de la SARL Le Bilboquet est décédé le 18 juillet 2021.

Par acte de partage du 4 mars 2022, les parts sociales de la SARL Le Bilboquet ont été attribuées à sa fille, Mme [B] [S].

Reprochant d'une part à leur locataire d'avoir entrepris sans leur autorisation des travaux importants dans la partie habitation des lieux loués, les époux [T] l'ont fait assigner au fond devant le tribunal judiciaire de Dijon par acte du 20

juillet 2022 afin que soit prononcée la résiliation du bail pour manquement grave à une des clauses du bail.

Reprochant d'autre part à leur locataire de ne pas exploiter le fonds de commerce, les époux [T] lui ont fait délivrer par acte du 10 octobre 2022, une sommation d'avoir à respecter son obligation d'exploitation dans un délai d'un mois, cette sommation visant et reproduisant la clause résolutoire insérée dans le bail et l'article L. 145-41 du code de commerce.

Puis par acte du 21 octobre 2022, les époux [T] ont fait citer la SARL Le Bilboquet devant le juge des référés du tribunal judiciaire de Dijon afin essentiellement que soit constatée la résiliation de plein droit du bail et qu'il en soit tiré toutes conséquences quant à la libération des lieux et au paiement d'une indemnité d'occupation.

La SARL Le Bilboquet a invoqué l'exception de litispendance et conclu au dessaisissement du juge des référés au profit du tribunal judiciaire saisi au fond. Elle a également fait valoir que seul le juge de la mise en état du tribunal judiciaire était compétent pour se prononcer sur des mesures provisoires.

A titre subsidiaire, elle a demandé au juge des référés de débouter les époux [T] de leurs demandes se prévalant d'un constat du 9 novembre 2022, justifiant à son sens de ce qu'elle exploitait le fonds de commerce.

Par ordonnance du 11 janvier 2023, le juge des référés du tribunal judiciaire de Dijon :

- a dit n'y avoir lieu à litispendance,

- s'est déclaré compétent pour connaître de la demande des époux [T],

- a constaté la résiliation de plein droit du bail ayant lié les parties,

- a ordonné en conséquence l'expulsion de la SARL Le Bilboquet et celle de tout occupant de son chef des locaux qu'elle occupe [Adresse 7] et [Adresse 5], cadastrée BV [Cadastre 2], lot n°3 dans le délai d'un mois suivant la signification de l'ordonnance, ce sous astreinte provisoire de 100 euros par jour de retard,

- a condamné la SARL Le Bilboquet à payer aux époux [T], à compter du 1er novembre 2022, une indemnité mensuelle d'occupation de 2 640 euros outre les charges, frais et taxes liés à l'occupation du bien, jusqu'à la libération effective des lieux,

- a condamné la SARL Le Bilboquet à payer aux époux [T] la somme de 1 200 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

- a condamné la SARL Le Bilboquet aux dépens comprenant le coût du commandement délivré le 10 octobre 2022 et celui du procès-verbal de constat des 16, 19 et 21 septembre 2022.

La SARL Le Bilboquet a relevé appel de cette ordonnance par déclaration du 8 février 2023.

Au terme de ses conclusions 2 notifiées le 14 avril 2023, la SARL Le Bilboquet demande à la cour, au visa des articles 100 et 789 du code de procédure civile, de :

- la déclarer recevable et bien fondée en son appel,

- y faisant droit, réformer la décision entreprise en toutes ses dispositions,

- la recevoir en son exception de litispendance,

- en conséquence, se dessaisir au profit du tribunal judiciaire de Dijon déjà saisi depuis le 12 septembre 2022 (RG 22/01702),

- subsidiairement, débouter les époux [T] de leur demande comme étant irrecevable à raison de la compétence exclusive du juge de la mise en état pour se prononcer sur les mesures provisoires, et en ce qu'elle se heurte à une contestation sérieuse sur l'acquisition des effets de la clause résolutoire insérée dans le bail régularisé entre les parties, motif pris de la caducité du commandement,

En toutes hypothèses,

- débouter les époux [T] de leur demande de résiliation de bail, et de toutes autres demandes plus amples ou contraires, comme étant mal fondées,

- les condamner aux entiers dépens et à lui verser la somme de 3 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Au termes de leurs conclusions notifiées le 28 mars 2023, les époux [T] demandent à la cour, au visa des articles L. 145-1 et L. 145-41 du code de commerce, de

- confirmer en toutes ses dispositions l'ordonnance dont appel, sauf à ajouter concernant le prononcé de l'expulsion qu'elle pourra se faire avec l'assistance de la force publique et d'un serrurier si besoin est,

- condamner la SARL Le Bilboquet aux dépens et au paiement d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

MOTIFS DE LA DECISION

Sur la litispendance

Aux termes de l'article 100 du code de procédure civile, si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande.

Ainsi que l'a parfaitement exposé le juge des référés dans l'ordonnance dont appel, le présent litige n'est pas le même que celui dont le tribunal judiciaire de Dijon est saisi depuis le 20 juillet 2022.

Le fait que les bailleurs poursuivent la résiliation du bail les liant à la SARL Le Bilboquet ne suffit pas à caractériser la litispendance entre les deux litiges, qui n'ont ni le même objet (constat / prononcé de la résiliation) ni le même fondement factuel.

En toute hypothèse, les juridictions saisies ne sont à ce jour plus de même degré.

Sur la compétence exclusive du juge de la mise en état pour se prononcer sur les mesures provisoires

L'appelante invoque les dispositions de l'article 789, 4° du code de procédure civile selon lesquelles le juge de la mise en état est le seul compétent à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour se prononcer sur les mesures provisoires, même conservatoires, une fois le tribunal saisi au fond, parmi lesquelles notamment, le versement d'une provision, lorsque l'obligation du créancier n'est pas sérieusement contestable.

Il convient de rappeler que les demandes présentées au juge des référés le sont dans le cadre d'une instance autonome de celle pendante devant le tribunal judiciaire.

Par ailleurs, la demande tendant à la condamnation de la SARL Le Bilboquet au paiement, à titre provisionnel, d'une indemnité d'occupation ne constitue pas une mesure provisoire au sens de l'article 789, 4° du code de procédure civile, dès lors qu'elle n'est qu'une conséquence de la résiliation du bail dont la constatation est discutée.

Aucune exception de compétence ne peut donc être utilement soulevée.

Sur la résiliation du bail et ses conséquences

Selon les articles 834 et 835 du code de procédure civile, le juge des référés peut :

dans tous les cas d'urgence, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend

même en cas de contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite,

dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

L'article L. 145-41 du code de commerce dispose que Toute clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux. Le commandement doit, à peine de nullité, mentionner ce délai. / Les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La clause résolutoire ne joue pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge.

Le bail liant les parties contient la clause résolutoire suivante : « A défaut de paiement d'un seul terme de loyer à son échéance ou d'exécution d'une seule des conditions du présent bail -qui sont toutes de rigueur-, et un mois après un simple commandement ou une sommation d'exécution fait à personne ou à domicile élu, contenant mention de la présente clause et mentionnant ce délai, restés sans effet, le présent bail sera résilié de plein droit, si bon semble au bailleur, et l'expulsion du preneur et de tous occupants de son chef pourra avoir lieu en vertu d'une simple ordonnance de référé, exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel, sans préjudice de tous dépens et dommages-intérêts et du droit du bailleur d'exercer toute action qu'il pourra juger utiles, et sans que l'effet de la présente clause puisse être annulé par des offres réelles passé le délai susindiqué. »

Aux termes du bail, la SARL Le Bilboquet s'est engagée à assurer l'exploitation du fonds de commerce, celui-ci devant « être constamment ouvert et achalandé, sauf fermetures d'usage ».

En l'espèce, les époux [T] justifient par la production d'un constat réalisé les vendredi 16, lundi 19 et mercredi 21 septembre 2022, à des heures différentes de la journée -17h30, 9h25, 10h50 et 15h30 - que le fonds de commerce de la SARL Le Bilboquet n'était manifestement pas exploité à ces dates.

L'appelante prétend qu'elle continue à exploiter le fonds.

Elle soutient qu'à défaut, elle ne serait pas en mesure de régler les loyers dont il est constant qu'ils sont tous payés. Ce fait signifie seulement qu'elle dispose de fonds lui permettant de respecter son obligation de paiement des loyers, étant relevé que le bail porte à titre accessoire sur un logement occupé par le frère de la gérante de l'appelante : cf pièce 4 des intimés.

Il appartient à la SARL Le Bilboquet de justifier de l'exploitation effective et constante du fonds de commerce sis dans les

locaux loués, a minima durant le mois qui a suivi la délivrance de la sommation du 10 octobre 2022. Or, sur l'intégralité de cette période, elle ne peut produire aucun autre justificatif que le constat établi à sa requête le 9 novembre 2022 à l'heure du service de midi. Ce constat a été parfaitement analysé par le premier juge. Il révèle seulement que le fonds est en mesure d'être exploité dès lors qu'il est doté de tout le matériel utile et en état de fonctionnement. Mais, outre qu'aucune table n'était dressée en vue de l'accueil de clients pour le déjeuner, aucune trace du moindre aliment, prêt à être servi ou cuisiné à la demande, n'a été relevée. Par ailleurs, il ressort de l'affichage de la caisse enregistreuse qu'aucun client n'a été servi entre 9h, heure d'ouverture du bar brasserie, et l'heure du constat, ce qui signe une absence totale de fréquentation de l'établissement, peu compatible avec une exploitation constante et effective.

Ainsi, la SARL Le Bilboquet échoue à démontrer qu'elle a, dans le mois qui a suivi le 10 octobre 2022, respecté l'obligation au titre de laquelle sommation lui a été délivrée à cette date, étant précisé que les bailleurs justifient par le constat qu'ils produisent en pièce 13 de leur dossier que le fonds de commerce a été à nouveau fermé entre le 25 novembre et le 9 décembre 2022, sans qu'aucune affiche n'informe la clientèle d'une date de réouverture.

En conséquence, l'urgence n'étant ni discutée, ni discutable au regard des dispositions légales et des stipulations contractuelles, la cour constate qu'aucune contestation sérieuse ne se heurte au constat de la résiliation du bail par application de la clause résolutoire qu'il contient.

Il convient donc sur ce point de confirmer l'ordonnance dont appel.

Du fait de la résiliation du bail, la SARL Le Bilboquet est devenue occupante des lieux sans droit ni titre et n'est plus tenue au paiement du loyer, ce qui justifie :

- d'une part, de lui ordonner de libérer les lieux sans qu'il soit nécessaire d'assortir cette obligation de faire d'une astreinte, dès lors qu'à défaut d'exécution spontanée, elle pourra être expulsée, au besoin, avec l'assistance d'un serrurier et de la force publique,

- d'autre part, de la condamner à titre provisionnel au paiement d'une indemnité d'occupation : la disposition de l'ordonnance dont appel ayant fixé cette indemnité à 2 640 euros par mois, outre charges et précisé qu'elle était due à compter du 1er novembre 2022 n'étant pas critiquée, la cour ne peut que la confirmer.

Sur les frais de procès

En application de l'article 696 du code de procédure civile, il convient de confirmer la disposition de l'ordonnance dont appel ayant statué sur les dépens de première instance et de mettre les dépens d'appel à la charge de la SARL Le Bilboquet.

Les conditions d'application de l'article 700 du code de procédure civile ne sont réunies qu'en faveur des époux [T].

La cour confirme l'ordonnance dont appel en ce qu'elle leur a alloué la somme de 1 200 euros au titre des frais non

compris dans les dépens, qu'ils ont exposés en première instance et condamne l'appelante à leur payer la somme de 1 500 euros à titre d'indemnité procédurale en cause d'appel.

PAR CES MOTIFS,

La cour,

Confirme l'ordonnance dont appel en toutes ses dispositions, à l'exception toutefois de celle ayant ordonné l'expulsion de la SARL Le Bilboquet,

Statuant à nouveau sur ce point et ajoutant,

Ordonne à la SARL Le Bilboquet et à tous occupants de son chef de libérer les locaux objet du bail du 13 septembre 1999 et d'en restituer les clefs aux époux [I] [T] / [E] [M], dans les meilleurs délais et au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la signification du présent arrêt,

A défaut d'exécution de cette obligation dans ce délai, ordonne l'expulsion de la SARL Le Bilboquet et de tous occupants de son chef, si besoin est, avec le concours d'un serrurier et de la force publique,

Condamne la SARL Le Bilboquet :

aux dépens d'appel,

à payer aux époux [T] la somme de 1 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel.

Le Greffier, Le Président,