



par Jean-Pierre Dumur

Chartered Surveyor (MRICS), président de Schneider International

THÉÂTRE SAINT-GEORGES... RIDEAU ? PAS TOUT À FAIT, ENCORE UN PETIT EFFORT !

À propos de Civ. 3^e, 30 mai 2024, n° 22-16.447,
arrêt n° 275 FS-B + R

*Loyer binaire
et compétence
juridictionnelle:
la Cour de cassation fait
un nouveau pas en avant !*

En septembre 2018, nous écrivions: « Après avoir constitué une sorte de serpent de mer pendant dix ans, la fixation du prix du bail renouvelé dans le cas d'un loyer "binaire" est devenue une sorte de chemin de croix depuis quinze ans » (V. notre Point de vue in AJDI 2019. 1). Nous avons tort, car en l'espèce il s'agit plutôt d'une *commedia dell'arte* dont la première a été donnée il y a plus de trente ans dans un charmant petit théâtre parisien et... qui se poursuit toujours!

Dans un arrêt du 10 mars 1993 devenu mythique sous la dénomination *Théâtre Saint-Georges*, la Cour de cassation avait jugé que le loyer de renouvellement d'un bail comportant un loyer « binaire », c'est-à-dire un loyer composé d'une partie fixe et d'une partie variable déterminée en fonction du chiffre d'affaires du preneur, n'était régi que par la convention des parties (Civ. 3^e, 10 mars 1993, n° 91-13.418, D. 1994. 47, obs. L. Rozès; AJDI 1993. 710, obs. B. Boussageon; RDI 1993. 276, obs. G. Brière de l'Isle et J. Derruppé; *ibid.* 1994. 511, obs. G. Brière de l'Isle et J. Derruppé; RTD com. 1993. 638, obs. M. Pédamon).

Le 7 mai 2002, on était passé de la rive droite à la rive gauche de la Seine, mais la Cour de cassation était restée droite dans ses bottes et avait confirmé *ne varietur* cette jurisprudence dans un arrêt *Méridien Montparnasse*: « En l'absence d'accord des parties sur le montant du loyer renouvelé d'un bail à loyer variable, la clause du loyer du bail initial doit être reconduite dans ses deux éléments, sans que le juge ait le pouvoir de la modifier » (Civ. 3^e, 7 mai 2002, n° 00-18.153, D. 2002. 1906, obs. Y. Rouquet; AJDI 2002. 523, obs. J.-P. Blatter).

Les bailleurs se sont alors employés à modifier leurs stipulations contractuelles relatives aux loyers « binaires » en se référant, en cas de désaccord des parties sur le prix du bail renouvelé, à la notion de « valeur locative » sans toutefois préciser sur quelles bases et par quelle juridiction cette valeur locative serait déterminée dans cette hypothèse.

Fin du premier acte... mais ce n'est qu'un début

Onze ans plus tard est intervenue une reprise inattendue de la pièce, par un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 9 janvier 2013: « Lorsqu'une clause du bail stipulant un loyer binaire prévoit uniquement que le loyer de base ne pourra en

aucun cas être inférieur à la valeur locative sans faire référence aux textes du statut des baux commerciaux, le juge des loyers n'a que le pouvoir de constater l'accord des parties. En cas de désaccord, il ne dispose d'aucun pouvoir pour fixer en leur lieu et place le prix du bail renouvelé » (Bordeaux, 9 janv. 2013, n° 10/06831, RTD com. 2015. 235, obs. J. Monéger).

Cet arrêt a évidemment fait l'objet d'un pourvoi en cassation qui, contre toute attente, a été rejeté par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 9 septembre 2014: « Attendu, d'une part, qu'ayant constaté que le loyer était binaire et comprenait une partie déterminée, le loyer de base et une partie variable en fonction du chiffre d'affaires du preneur, et retenu par une interprétation souveraine des clauses du bail que le loyer de base correspondait à l'évaluation faite par les parties de la valeur locative sans qu'il soit fait référence, pour son indexation et son évaluation en cas de renouvellement, aux textes du statut des baux commerciaux en matière de fixation du loyer, la cour d'appel a pu en déduire que faute d'accord entre les parties sur le loyer de renouvellement, elle était incompétente pour fixer ce loyer en leur lieu et place » (Civ. 3^e, 9 sept. 2014, n° 13-14.448, RTD com. 2015. 235, obs. J. Monéger!).

Les rédacteurs ont donc repris leurs plumes pour stipuler qu'en cas de désaccord des parties sur le prix du bail renouvelé, le loyer de base serait fixé à la valeur locative et que, dans cette hypothèse, les parties attribuaient compétence au juge de loyers commerciaux pour en fixer le montant.

Fin du deuxième acte... mais la pièce se poursuit !

Moins de deux ans plus tard, dans un arrêt du 19 février 2015, la cour d'appel d'Aix-en-Provence « rebattait les cartes » : « Si l'existence d'une clause de loyer binaire fait échapper la fixation du loyer renouvelé aux dispositions du statut, c'est en raison de l'incompatibilité existant entre la clause recettes et les règles statutaires relatives à la fixation du loyer, puisque le loyer d'un tel bail n'est pas fixé selon les seuls critères définis à l'article L. 145-33 du code de commerce (critères que le juge des loyers commerciaux a l'obligation d'appliquer dans le cadre du statut des baux commerciaux) mais peut prendre en considération des éléments étrangers à cette énumération, tels qu'un pourcentage sur le chiffre d'affaires réalisé par le preneur... Si les parties peuvent librement stipuler s'agissant du loyer initial et peuvent, le cas échéant, d'un commun accord fixer par avance les conditions de fixation du loyer du bail renouvelé, elles ne peuvent stipuler que sur les droits dont elles ont la disposition, ce qui ne peut concerner ni l'ordre public judiciaire, ni la mise en œuvre de dispositions législatives impératives... Dans le cadre du débat judiciaire qui s'ouvre à raison du désaccord des parties, les dispositions de l'article L. 145-33 s'imposent au juge des loyers commerciaux, qui ne saurait fixer par application d'autres critères que ceux que la loi lui prescrit le loyer du bail renouvelé, qui ne peut en aucun cas excéder la valeur locative » (Aix-en-Provence, 19 févr. 2015, n° 13/11349, AJDI 2015. 514, obs. P. Chatellard; *ibid.* 2016. 403, étude F. Planckel; RTD com. 2015. 235, obs. J. Monéger).

La Cour de cassation a censuré cette décision et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Lyon, dans un arrêt de principe du 3 novembre 2016: « La stipulation selon laquelle le loyer d'un bail commercial est composé d'un loyer minimum et d'un loyer calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le minimum garanti à la valeur locative. Le juge statue alors selon les critères de l'article L. 145-33 précité, notamment au regard de l'obligation contractuelle du preneur de verser, en sus du minimum garanti, une part variable, en appréciant l'abattement qui en découle » (Civ. 3^e, 3 nov. 2016, n° 15-16.826 et n° 15-16.827, D. 2016. 2280; *ibid.* 2017. 1572, obs. M.-P. Dumont-Lefrand; AJDI 2017. 36, obs. F. Planckel; *ibid.* 817, étude B.-H. Dumortier; RTD civ. 2017. 204, obs. P. Théry).

Fin du troisième acte... mais ce n'est qu'un entracte !

Moins d'un an plus tard, dans un arrêt du 19 septembre 2017, la cour d'appel de Versailles remettait tout en cause, en s'alignant sur l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence pourtant cassé par la Cour de cassation: « Lorsque le bail prévoit un loyer binaire composé d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires et d'un loyer minimum garanti et stipule en outre: "Les parties déclarent soumettre volontairement la procédure et les modalités de fixation de cette valeur locative aux dispositions des articles 23 à 23-9 et 29 à 31 du décret du 30 septembre 1953 et attribuer compétence au juge des loyers du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble", cette clause tente ainsi de réintroduire la procédure et les modalités de fixation du loyer telles que prévues au statut des baux commerciaux pour une partie seulement du loyer. Une telle clause est illicite et doit en conséquence être déclarée nulle et de nul effet » (Versailles, 19 sept. 2017, n° 16/03805, AJDI 2017. 777; *ibid.* 817, étude B.-H. Dumortier).

Cet arrêt a évidemment été cassé par un nouvel arrêt de principe de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 29 novembre 2018: « La stipulation selon laquelle le loyer d'un bail commercial est calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur, sans pouvoir être inférieur à un minimum équivalent à la valeur locative des lieux loués, n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers commerciaux pour évaluer, lors du renouvellement, la valeur locative déterminant le minimum garanti » (Civ. 3^e, 29 nov. 2018, n° 17-27.798, D. 2018.

2359; *ibid.* 2019. 1511, obs. M.-P. Dumont; AJDI 2019. 532, obs. J.-P. Blatter).

Fin novembre 2018, on pouvait donc considérer légitimement que la question était définitivement réglée et qu'en l'absence d'accord des parties sur le montant du loyer renouvelé d'un bail à loyer binaire:

■ dans l'hypothèse où le bail ne faisait aucune référence aux dispositions du statut des baux commerciaux en matière de fixation du loyer, la clause du loyer du bail initial devrait être reconduite dans ses deux éléments, sans que le juge ait le pouvoir de la modifier;

■ *a contrario*, dans l'hypothèse où le bail stipulait expressément qu'en cas de désaccord sur le prix du bail renouvelé le loyer de base serait fixé à la valeur locative conformément aux dispositions du statut des baux commerciaux, le juge de loyers commerciaux aurait alors compétence pour en fixer le montant.

Fin du quatrième acte... mais ce n'est pas fini !

C'est sur ce même fondement que, dans un arrêt du 24 février 2022, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a déclaré irrecevable une demande en fixation judiciaire du loyer renouvelé, en rappelant que la fixation d'un loyer binaire échappe aux dispositions du statut des baux commerciaux et ne peut être régie que par la convention des parties sauf dans l'hypothèse où, en cas de désaccord entre elles, une stipulation expresse du bail attribue compétence au juge pour fixer le loyer de renouvellement conformément aux dispositions de l'article L. 145-33 du code de commerce.

Il s'agit d'une reprise, quasiment mot pour mot, des arrêts de la Cour de cassation de novembre 2016 et novembre 2018.

Et pourtant... par un nouvel arrêt de principe du 30 mai 2024, la Cour de cassation a censuré cette décision (Civ. 3^e, 30 mai 2024, n^o 22-16.477, AJDI 2024. 614, obs. J.-P. Blatter), sur trois fondements.

■ L'article R. 145-23 du code de commerce étant applicable à toute demande en fixation du prix d'un bail renouvelé sans exclusion pour les baux stipulant un loyer comprenant une part variable, le moyen par lequel une partie à un bail commercial s'oppose à une demande en fixation du prix du bail renouvelé à la valeur locative au motif que les parties sont convenues d'un loyer comprenant une part variable, sans prévoir de recours au juge des loyers commerciaux pour fixer la part fixe ou le minimum garanti à la valeur locative, s'analyse en une défense au fond et non en une fin de non-recevoir.

■ Il résulte de la combinaison des articles 1134, alinéa 1^{er}, du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n^o 2016-131 du 10 février 2016, et L. 145-33 à L.145-36 du code de commerce que si les parties à un bail commercial qui stipulent une clause de loyer variable manifestent, en principe, une volonté d'exclure une fixation judiciaire du prix du bail renouvelé à la valeur locative, il en va autrement lorsqu'elles ont exprimé une volonté commune contraire. Dès lors, même en l'absence d'une clause expresse de recours au juge des loyers commerciaux, il appartient à celui-ci, lorsqu'il est saisi d'un tel moyen de défense au fond, de rechercher cette volonté commune contraire, soit dans le contrat, soit dans des éléments extrinsèques.

■ Le fait que toute contestation sur le prix d'un bail renouvelé ne se résolve pas par une fixation judiciaire à la valeur locative et puisse aboutir au maintien du loyer antérieur, ne méconnaît pas le droit d'accès au tribunal consacré par l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais procède de l'autonomie de la volonté des parties.

En d'autres termes, le juge ne doit plus désormais se contenter de fonder sa décision sur les stipulations contractuelles expresse figurant au bail, mais il doit quelque part « sonder les reins et les cœurs » pour rechercher si, dans leur for intérieur, les parties n'avaient pas l'intention non avouée de voir fixer judiciairement le prix du bail renouvelé à la valeur locative par le juge des loyers commerciaux.

Fin du cinquième acte ? Non... à notre avis intermède !

Si on observe l'évolution de la jurisprudence sur le sujet au cours des dix dernières années, tout porte à croire que l'arrêt du 30 mai 2024 (préc.) ne constitue qu'une étape destinée à aboutir à court ou moyen terme, comme dans les pièces de Shakespeare, à un « enterrement de première classe » de la jurisprudence *Théâtre Saint-Georges*, la Cour de cassation considérant que, quel que soit le mode de fixation du loyer, le juge des loyers commerciaux est compétent en toutes circonstances pour fixer le prix du bail renouvelé à la valeur locative.

Mais si on devait en arriver là, pourrait-on considérer pour autant que le rideau est définitivement tombé ? Nous ne le pensons pas: même si la Cour de cassation considérait demain que le juge des loyers est compétent pour fixer un loyer binaire à la valeur locative, cela ne réglerait pas pour autant les aspects « techniques » de la fixation du loyer en pareil cas, compte tenu des incertitudes de la jurisprudence sur le sujet.

La fixation judiciaire concerne-t-elle le loyer dans sa globalité ou sur le seul loyer minimal garanti ?

L'arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 2016 (préc.) vise un recours au juge des loyers commerciaux pour fixer le minimum garanti à la valeur locative.

Mais l'arrêt précise que le juge statue alors selon les critères de l'article L. 145-33, « notamment au regard de l'obligation

contractuelle du preneur de verser, en sus du minimum garanti, une part variable, en appréciant l'abattement qui en découle », ce qui laisse à penser que le juge doit agir en deux temps :

- dans un premier temps, il doit fixer le loyer global à la valeur locative, au visa de l'article L. 145-33 du code de commerce;
- dans un second temps, il doit déterminer le loyer minimal garanti, en appliquant au loyer global précédemment fixé un abattement tenant compte du loyer variable que le preneur est tenu d'acquitter en sus du minimum garanti.

L'arrêt de renvoi de la cour d'appel de Lyon du 28 juin 2018 va dans le même sens : « Dès lors qu'il est saisi d'une demande de fixation du loyer du bail renouvelé, le juge doit le fixer à la valeur locative qui, à défaut d'accord des parties, doit correspondre aux critères énumérés par l'article L. 14-33 du code de commerce. Le critère prévu par le point 3° de ce texte concerne les obligations respectives des parties, ce qui inclut l'obligation pour le preneur de verser, en sus du minimum garanti, une part variable, cette obligation pouvant ainsi donner lieu à application d'un abattement [...]. » Il s'agit donc bien pour le juge de fixer d'abord le loyer du bail renouvelé (dans son ensemble) au visa des critères de l'article L. 145-33 du code de commerce et d'appliquer ensuite à ce loyer un abattement prenant en compte le point 3° de cet article, visant les obligations respectives des parties.

En revanche, l'arrêt de la Cour de cassation précité du 29 novembre 2018 va dans un tout autre sens : il ne vise pas l'hypothèse dans laquelle le loyer variable est additionnel à un loyer minimal garanti, mais celle dans laquelle le loyer est calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur, sans pouvoir être inférieur à un minimum garanti « équivalent à la valeur locative des lieux loués ». Dans cette hypothèse, la Cour de cassation semble considérer que le juge va devoir prendre en compte la valeur locative, non pour fixer le loyer global sur lequel il appliquera ensuite un abattement pour aboutir au loyer minimal garanti, mais pour déterminer directement le loyer minimal garanti sur la base de la valeur locative.

Dans quelles conditions doit-on appliquer un abattement ?

Sur ce point, la sanction des incertitudes est intervenue sans tarder, l'arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 2016 (préc.) ayant donné lieu à deux interprétations jurisprudentielles aussi originales que déroutantes.

Dans un jugement du TGI de Créteil du 27 juin 2018, les magistrats considèrent que l'abattement doit être appliqué, même dans l'hypothèse où le chiffre d'affaires du preneur n'a jamais atteint le seuil de déclenchement du loyer variable : « Dans deux arrêts de principe (Civ. 3°, 3 nov. 2016, n° 15-16.826 et n° 15-16.827), la Cour de cassation a jugé que, même pour les baux des centres commerciaux, le juge statue selon les critères de l'article L. 145-33 du code de commerce et doit prendre en compte les "obligations respectives des parties" qui justifient un abattement sur la valeur locative dès lors qu'une charge qui impose d'être compensée pèse sur le preneur. Il convient donc d'appliquer un abattement du chef de l'obligation contractuelle de payer en l'occurrence un

loyer variable additionnel. Il ne peut être soutenu que parce qu'aucun surloyer n'a été payé par le passé, la clause dont s'agit perd son caractère de charge. L'ensemble de ces éléments justifie l'application d'un abattement de 5 % sur la valeur locative telle que fixée par l'expert » (TGI Créteil, 27 juin 2018, n° 15/00009, RTD com. 2018. 616, obs. J. Monéger).

Dans un jugement du 12 septembre 2018, le TGI de Reims estime que l'abattement ne doit pas être appliqué, même dans l'hypothèse où le chiffre d'affaires du preneur a toujours atteint le seuil de déclenchement du loyer variable :

« En présence d'un loyer binaire, dès lors que le chiffre d'affaires réalisé par le preneur a entraîné en permanence le déclenchement de la clause recette au cours du bail échu, il n'y a pas lieu d'appliquer au renouvellement du bail l'abattement qui découle de l'application du loyer binaire. S'agissant en l'espèce de déterminer la valeur du loyer minimum garanti, une minoration de ce chef reviendrait à porter atteinte à l'équilibre économique du contrat, librement accepté par les parties » (TGI Reims, 12 sept. 2018, n° 17/00556).

Dans l'hypothèse où le juge décide d'appliquer un abattement, quel doit en être le montant ?

Sur ce point, le jugement du tribunal de grande instance de Créteil du 27 juin 2018 illustre parfaitement la notion de « doigt mouillé » : « L'ensemble de ces éléments justifie l'application d'un abattement de 5 % sur la valeur locative telle que fixée par l'expert » !

Que se passe-t-il lorsque le bail déroge conventionnellement aux critères de fixation de la valeur locative définis par l'article L. 145-33 du code de commerce ?

Dans son arrêt du 19 février 2015 (n° 13/11349, préc.), la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait jugé qu'en tout état de cause la fixation du loyer renouvelé d'un bail comportant un loyer binaire échappait à la compétence de la juridiction des loyers commerciaux, même si les parties avaient expressément stipulé le contraire et prévu une fixation judiciaire du loyer en cas de désaccord sur la valeur locative. Elle avait en effet considéré que dans un tel bail le loyer n'est pas fixé selon les seuls critères définis à l'article L. 145-33 du code de commerce, critères que le juge des loyers commerciaux a l'obligation d'appliquer dans le cadre du statut des baux commerciaux. Dans son arrêt de principe (FS-P + B + R + I) du 3 novembre 2016 (préc.), la Cour de cassation

adopte une position contraire: elle considère que cette hypothèse « n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le minimum garanti à la valeur locative », mais que dans ce cas « le juge statue alors selon les critères de l'article L. 145-33 [...] ». Il en résulte qu'en pareil cas le juge sera tenu de fixer le loyer sur la base de la valeur locative statutaire appréciée au visa de l'article L. 145-33 du code de commerce, nonobstant toutes les clauses dérogatoires que pourrait stipuler le bail à cet égard. Et dans son arrêt de renvoi du 28 juin 2018, la cour d'appel de Lyon est parfaitement en phase avec la Cour de cassation sur le sujet: « Lorsqu'il est saisi d'une demande de fixation du loyer du bail renouvelé, le juge doit le fixer à la valeur locative qui, à défaut d'accord

des parties, doit correspondre aux critères énumérés par l'article L. 145-33 du code de commerce [...] ».

Il s'agit d'une nouvelle approche, qui risque de remettre fondamentalement en cause le mode de fixation judiciaire des loyers, qu'ils soient unaires ou qu'ils soient binaires. Cette approche revient à considérer que l'article L. 145-33 du code de commerce n'étant pas (pour l'instant) d'ordre public, les parties ont la faculté d'y déroger conventionnellement pour fixer amiablement le prix du bail renouvelé, mais qu'à partir du moment où, faute d'accord entre elles, ces dernières ont recours au juge pour y procéder, celui-ci est tenu d'appliquer *stricto sensu* le statut des baux commerciaux et de respecter en conséquence les critères d'appréciation de la valeur locative, tels que définis par l'article L. 145-33 du code de commerce, nonobstant toutes les stipulations dérogatoires du bail à cet égard.

The game is not over. Il reste de beaux jours devant nous !