

Le juge n'a pas à apprécier la gravité d'une distorsion

Suite de la page 6

Attendu que, pour limiter la condamnation à paiement de la Sci, l'arrêt retient qu'il existe une distorsion relative à l'indexation réalisée le 1^{er} janvier 2000, mais que ses effets sont minimes et que, le juge ayant le pouvoir d'en apprécier la gravité, la sanction prévue par l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier ne doit pas être appliquée ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs

Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 1^{er} décembre 2016 entre les parties, par la cour d'appel de Limoges ; remet, en conséquence, la cause et les parties

dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ;

Condamne la société civile immobilière du centre commercial de Boisseuil aux dépens ;

Vu l'article 700 du Code de procédure civile, rejette la demande de la société civile

immobilière centre commercial de Boisseuil et la condamne à payer à la société Go sport France la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

JURISPRUDENCE

Droit de préemption Pinel : quelle purge !

PAS D'HONORAIRES POUR LA GRAND LIBRAIRIE D'ARRAS

Un arrêt rendu par la Cour de cassation (Cass. Civ. 3^e 28 juin 2018, n° 17-14605), remet dans les clous le principe du droit de préemption inscrit dans la loi Pinel. Non : le propriétaire ne pouvait pas céder les murs de son magasin de la rue Gambetta d'Arras à son locataire, La Grand Librairie, ... en lui comptant des honoraires de commercialisation de Kehl, le conseil immobilier qui les avaient d'abord proposés à l'investisseur Greginvest Belgium !

Par M^e Olivier Jacquin, avocat à la Cour (Jacquin-Maruani Avocats)

L'article L.145-46-1 du Code de commerce, instituant un droit de préférence au locataire d'un local commercial ou artisanal est d'ordre public. C'est en tout cas, la position désormais claire de la Cour de Cassation dans un arrêt de rejet, publié rendu le 28 juin 2018 (RG n° 17-14605).

I. Rappel des faits

Une société est propriétaire d'un local commercial dans lequel le preneur exploite un fonds de commerce de librairie-papeterie au titre d'un bail commercial. Le bailleur souhaitant mettre en vente ce local, confie à un agent immobilier un «mandat de recherche non exclusif» le 7 mai 2015 afin de vendre le bien. Une société tiers fait connaître son intention de se porter acquéreur par courrier en date du 12 mai 2015.

Afin de purger le droit de préférence visé à l'article L. 145-46-1 du Code de commerce, le bailleur, par l'intermédiaire de l'agent immobilier notifie au locataire par courrier recommandé en date du 20 mai 2015, son intention de vendre l'immeuble et lui en propose l'acquisition sous certaines conditions et moyennant notamment le paiement :

- du prix net vendeur
- des honoraires d'agence ttc
- des frais et formalité d'enregistrement de l'acte.

Par courrier en date du 19 juin 2015, le locataire indique accepter l'offre aux conditions ci-avant rappelées, à l'exception toutefois des honoraires d'agence.

On constate donc que les conditions de l'offre et de l'acceptation ne sont pas identiques.

Le bailleur assigne le preneur, l'intermédiaire immobilier, et le tiers acquéreur évincé, afin que ce dernier soit autorisé à acquérir le local litigieux.

La décision de la cour d'appel de Douai¹ objet du pourvoi rejeté par l'arrêt étudié est dépourvue d'ambiguïté : «L'article L. 145-46-1 du Code de commerce ne fait pas mention de l'existence d'un droit de préemption mais d'une offre de vente au profit du locataire qui bénéficie d'un droit de préférence sur tout autre acquéreur ce qui exclut l'existence de frais de recherche d'un acheteur.»

En conséquence la cour d'appel ordonne la vente au profit du locataire pour un montant

comprenant le prix net vendeur ainsi que les frais et formalités d'enregistrement de l'acte en sus, «sans qu'il y ait lieu d'y ajouter une commission ou des honoraires d'agence».

L'arrêt rendu par la Cour de cassation apporte deux précisions importantes sur le régime d'application de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce :

- la Cour de cassation précise que les dispositions résultant de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce sont d'ordre public.

- le bailleur doit «préalablement notifier au preneur une offre de vente qui ne peut inclure des honoraires de négociation».

II. Note

1. Sur le caractère d'ordre public de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce

Jusqu'à présent, le caractère d'ordre public de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce n'était pas certain puisque lors de l'entrée en vigueur de la loi Pinel, l'article L. 145-15 du Code de commerce, qui détermine les règles d'ordre public du statut ne vise pas expressément l'article L. 145-46-1 du Code de commerce.

Certains auteurs l'avaient toutefois pressenti puisqu'à la lecture des discussions parlementaires instaurant le droit de préférence en matière de bail commercial, que le législateur a voulu «calquer» sur le droit de préemption en matière de bail d'habitation issu de l'article 15-II de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, applicable au congé pour vendre, et de l'article 10 de la loi de la loi n° 75-1351 du 31 décembre 1975 applicable à la première vente consécutive à la division d'un immeuble en lots applicable à la première vente consécutive à la division d'un immeuble en lots.

D'ailleurs, pour reprendre l'exposé des motifs à la loi Pinel, ce nouvel article (L. 145-46-1 du Code de commerce) «organise à l'instar des baux d'habitation, un droit de préférence pour le locataire en cas de vente du local commercial qu'il occupe.»

On comprend ainsi que le droit de préemption du locataire d'un bien à usage d'habitation ou à usage commercial ou artisanal doit constituer un droit protecteur pour le locataire.

C'est donc logiquement que la Cour de cassation précise que l'alinéa 1^{er} de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce, est une «disposi-

tion d'ordre public» : «Mais attendu qu'ayant retenu à bon droit qu'en application de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce, disposition d'ordre public, [...]»

On pouvait s'en douter puisque le défaut de notification au preneur de la vente par le bailleur dans les conditions de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce étant sanctionné par la nullité de la vente. On regrettera toutefois que la Cour de cassation ne précise pas plus clairement si seul l'alinéa 1^{er} ou l'article dans son entier est «une disposition d'ordre public». Mais on peut supposer que l'ensemble du texte est d'ordre public.

2. Sur le droit à commission de l'intermédiaire immobilier

Aux termes de l'arrêt étudié, le demandeur au pourvoi soutenait que le preneur, en exerçant son droit de préemption avait pour objet de «lui permettre de se substituer dans toutes les obligations de l'acquéreur évincé, et notamment dans son obligation de s'acquitter du montant de la commission due à l'agent immobilier». La position du demandeur au pourvoi est conforme à un certain courant jurisprudentiel ayant admis le régime de la subrogation.

A cet égard, deux arrêts de la Cour de cassation du 13 février 1980 et du 19 juillet 1982² ont considéré que l'exercice du droit de préemption devait être interprété comme une substitution du titulaire du droit de préemption à l'acquéreur évincé. En conséquence, le bénéficiaire du droit de préemption doit, en sa qualité de substituant, reprendre à sa charge les conditions de la vente projetée et donc supporter les honoraires dus à l'agent immobilier.

Cette position a été réaffirmée par un arrêt plus récent et publié de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation en date du 26 septembre 2007³ qui énonce : «... l'organisme qui exerce son droit de préemption est tenu de prendre à sa charge la rémunération des intermédiaires immobiliers incombant à l'acquéreur auquel il est substitué, ce droit étant conditionné par l'indication du montant et de la partie qui en a la charge dans l'engagement des parties et dans la déclaration d'intention d'aliéner (Dia).»

Il résulte de ce qui précède que l'intermédiaire immobilier aurait pu prétendre à sa

commission dans la mesure où l'acquéreur préférentiel subrogé dans les droits de l'acquéreur initial et est tenu par conséquent, des mêmes obligations que ce dernier. En effet le régime juridique de la subrogation implique par nature une transmission des obligations du subrogé au subrogeant.

Toutefois, la Cour de cassation, dans l'arrêt étudié, en a décidé autrement en considérant que : «Mais attendu qu'ayant retenu à bon droit qu'en application de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce, disposition d'ordre public, le bailleur qui envisage de vendre son local commercial doit préalablement notifier au preneur une offre de vente qui ne peut inclure des honoraires de négociation et ayant relevé que le preneur avait fait connaître au bailleur son acceptation d'acquiescer au seul prix de vente, la cour d'appel en a exactement déduit que la vente était parfaite.»

L'arrêt de la cour d'appel de Douai du 12 janvier 2017⁴ ayant donné lieu à la décision commentée, énonce que l'article L. 145-46-1 du Code de commerce ne fait pas mention d'un droit de préférence mais d'une offre de vente au locataire qui bénéficie d'un droit de préférence sur tout autre acquéreur ce qui «exclut l'existence de frais de recherche d'un acheteur».

C'est également le sens des arrêts publiés du 14 juin 1988 (i) et du 17 décembre 2008 (ii) rendus par la Cour de cassation qui considère qu'à défaut d'avoir accompli une réelle prestation de recherche et de présentation de l'acquéreur, ces derniers (les agents immobiliers) n'ont pas droit à leurs honoraires.

(i) Aux termes du premier arrêt, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation a considéré que l'agent immobilier «investi d'un mandat de vente d'un appartement objet d'un bail d'habitation, ne pouvait avoir droit au paiement d'une commission de la part du locataire titulaire d'un droit de préemption, ayant accepté l'offre de vente, au motif que l'agent n'avait pas rempli la condition nécessaire de présentation d'un acquéreur»⁵.

(ii) Dans le second arrêt, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation précise que l'offre de vente énonçait que le prix était «payable

Suite page 10

Pas d'honoraires pour La Grand Librairie d'Arras

Suite de la page 8

au comptant le jour de la signature de l'acte authentique de vente, en ce compris les honoraires de négociation» et «impliquait nécessairement que l'acquéreur supportait la commission due à l'intermédiaire et que la clause figurant dans le mandat qui liait la vendeuse à l'intermédiaire ne concernait pas les locataires»⁶.

Si ces arrêts ont été rendus à propos d'une offre de vente au locataire en application du droit de préemption que lui accorde l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975 en matière de bail d'habitation, la solution qui s'en dégage serait vraisemblablement la même s'il s'agissait d'un congé pour vendre⁷.

Le principe à retenir est que le locataire qui bénéficie d'un droit de préemption n'a pas à payer les honoraires de négociation inclus

dans le prix de vente et stipulés au profit du mandataire du vendeur, tiers extérieur au contrat.⁸

Ce courant jurisprudentiel considère que l'octroi d'une telle commission n'est pas justifié dans ce cas, à défaut de prestations de recherche et de présentation nécessaires de l'acquéreur final, au regard des dispositions de la loi Hoguet du 2 janvier 1970.

Il résulte de ce qui précède que la substitution de l'acquéreur initial par l'acquéreur préférentiel viderait le contrat de mandat de sa substance dès lors que l'intermédiaire immobilier n'a pas eu à réaliser un travail de recherche pour solliciter l'acquéreur préférentiel, qui tient cette qualité de dispositions législatives et non de stipulations conventionnelles.

Si ces décisions concernent le droit de préemption légal dont bénéficient les locataires de lo-

caux à usage d'habitation (et non des locaux à usage commercial), la doctrine considère que, sur la question du droit de préemption, le statut des baux commerciaux est assimilable aux autres statuts locatifs, qui connaissent un droit de préemption⁹, et cela est d'autant plus vrai depuis l'arrêt étudié.

Les bailleurs doivent ainsi porter une attention particulière sur les modalités de mise en vente de leur bien à usage commercial ou artisanal. Ils doivent désormais impérativement purger dans un premier temps, le droit de préférence de leur locataire, avant de donner mandat à un commercialisateur.

Notes :

1. CA Douai, 2^e Ch. Sect. 1, 12 janvier 2017 (RG n° 15/07384).

2. Cass. civ. 3^e, 19 juillet 1982, Bull. civ. 1982, III, n° 180, pourvoi n° 81-11080.

3. Cass. civ. 3^e, 26 sept. 2007, Bull. civ. 2007, III, n° 158, pourvoi n° 06-17337.

4. CA Douai, 2^e Ch., sect.1, 12 janvier 2017, n° 15/07384.

5. Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1988, n° 86-17557 : Juris-Data n° 1988-001675.

6. Cass. 3^e civ., 17 déc. 2008, n° 07-15943 : Juris-Data n° 2008-046286.

7. L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15.

8. «Le nouveau droit de préemption du locataire commercial» F. Planckeele, *Ajdi* 2014, p. 595.

9. Loyers et copr. Mars 2009, comm. n° 55, B. Vial-Pedroletti.

@

Lire l'arrêt rendu par
la Cour de cassation le 28 juin 2018 sur
largo.delenseigne.com

JURISPRUDENCE

De la lecture juridique à la lecture économique des contrats VERS UNE FIN PROCHAINE DE L'IMMUNITÉ DES BAILLEURS EN CENTRE COMMERCIAL

Le locataire a beau-être responsable de son exploitation comme n'importe quel autre commerçant, le centre commercial, entité économique revendiquée par son propriétaire lui-même, n'est pas un bailleur comme un autre. Il le construit, le gère, l'anime, élabore des contrats de bail à son entière discrétion qui enferment le preneur dans un système, en principe, destiné au bien de tous. Jusque-là, les juges considéraient les affaires opposant l'un et l'autre avec un œil très Code civil : le contrat, rien que le contrat. Les temps changent, estime M^e Hittinger-Roux, qui commente un arrêt et un jugement récents de la cour d'appel de Versailles et du tribunal de grande instance de Paris. Deux décisions dans lesquelles les magistrats font une analyse plus économique que juridique de la situation des détaillants.

Par M^e Gilles Hittinger-Roux, avocat-associé (H.B. & Associés)

Deux décisions viennent d'être rendues, retenant la responsabilité d'un bailleur dans un centre commercial. Il ne faut pas se réjouir trop vite ; ces décisions n'ont pas été rendues par la Cour de cassation mais l'une par la cour d'appel de Versailles du 26 avril 2018, l'autre par le tribunal de grande instance de Paris, 18^e chambre-2^e section du 31 mai 2018. Cependant, la motivation est frappée de bon sens et répond à l'intérêt économique de la situation, ce qui justifie les présentes lignes.

Pour autant, les revues juridiques l'ont passée sous silence alors que ces deux décisions doivent connaître un réel avenir. En effet, depuis de très nombreuses années, les jurisprudences ne paraissent pas refléter la situation tant du bailleur que celle du locataire au sein d'un centre commercial.

Selon les tribunaux, il est considéré que le bailleur n'est pas l'associé du preneur ; de ce fait, aucune responsabilité ne peut être engagée à son encontre.

Selon le même raisonnement, le bailleur de centre commercial ne peut avoir plus d'obligations qu'un bailleur de centre-ville ; aussi, à défaut d'une clause du contrat prévoyant une disposition particulière, sa responsabilité ne peut être engagée. Toujours selon le même principe, les contractants, bailleurs/locataires, ont fait un pari et si le succès n'est pas au rendez-vous, ce ne peut être la faute du bailleur, ce dernier ne pouvant garantir quoi que ce soit.

Enfin, d'une manière générale, le bailleur inséré dans le bail, en préambule, que le locataire avait apprécié lui-même la commercialité de la zone ; qu'en tout état de cause le preneur renonçait à tout recours contre le bailleur, ce dernier étant exempt de toute responsabilité.

Le preneur, quant à lui, évoquait quatre arguments pour contrer l'absence de responsabilité du bailleur.

Le premier consistait à se prévaloir des plaquettes de commercialisation et, plus généralement, des fausses promesses du bailleur au regard des flux de clientèle. Le second relevait de l'insuffisance des animations au profit du centre et de la clientèle ou de son caractère totalement inadapté. Le troisième pouvait être considéré comme une synthèse des deux premiers qui se caractérisait par une appréciation de l'attitude du bailleur, à savoir un comportement de mauvaise foi, de déloyauté, du dol ou même de l'erreur.

Plus fréquemment, il était fait état, au regard de l'absence de commercialité, du non-respect de l'obligation de délivrance. Le fondement juridique était l'article 1719 du Code de commerce. D'une manière générale, quelques décisions retenant la notion d'environnement commercial dont devait bénéficier le locataire dans la mesure où il avait fait choix d'entrer dans un centre commercial.

Les deux décisions précitées s'inscrivent dans la notion d'une obligation de délivrance favorable à l'exercice du commerce. Il convient d'analyser les motifs qui ont présidé à cette évolution.

1. Le juge face au bail institutionnel

Jusqu'à présent, les magistrats avaient une vision très marquée par l'esprit du Code civil de 1804 : le contrat et rien que le contrat. Il fallait donc respecter le principe de l'autonomie de la volonté par laquelle se trouve la justification de la force obligatoire de la convention.

De façon sous-jacente, se retrouvaient les deux principes de la liberté et l'égalité des individus

avec pour conséquence immédiate l'existence d'engagements sans contrainte et des obligations réciproques mûrement réfléchies. Ainsi, les engagements s'imposaient non seulement au contractant, mais aussi au juge, lequel ne pouvait pas intervenir dans le périmètre des obligations ; à défaut, il porterait atteinte à la force obligatoire du contrat.

Dès lors, sur le fondement du contrat et des principes arrêtés par le Code civil, il était impossible de transgresser ces dispositions par une interprétation personnelle du juge. Il suffisait donc au bailleur d'insérer de multiples obligations à l'égard du preneur ; en conséquence, sa responsabilité ne pouvait être engagée et le juge ne pouvait intervenir.

A ce stade, deux remarques doivent être mises en exergue.

Le code de 1804 vient de connaître une évolution par l'ordonnance du 10 février 2016 devenue loi du 20 avril 2018 quand bien même les principes sont maintenus. En effet, selon une formule du professeur émérite Philippe Malaurie «toute codification entraîne une rigidification du droit, presque une glaciation, figeant la règle de droit qui, de par sa nature, est pourtant évolutive». Il est certain que les centres commerciaux des années 70 menés par des pionniers tels que Jean-Louis Solal ne peuvent être comparés aux centres nouvellement réallisés et les obligations qui en découlent sont toutes autres.

La seconde remarque porte sur l'attitude des juges, et plus généralement sur la jurisprudence. Elle est dans l'ensemble conservatrice en dépit des nombreuses innovations. Souvent, les réformes législatives sont freinées par une interprétation étroite des textes.

Il en est pour preuve que tout à fait récemment la Cour de cassation a réduit considérablement la portée de la loi Pinel en considérant que le lissage de 10 % en cas de déplafonnement ne serait pas d'ordre public.

Il faut véritablement s'interroger dans de telles hypothèses sur l'intérêt d'une nouvelle législation. Il serait possible de conclure que la loi s'applique si les parties le veulent bien ou plutôt si le bailleur le veut bien. A la décharge des magistrats, il ne leur est pas demandé de résoudre les problèmes économiques ou moraux de notre société ; en conséquence, il convient de revenir au rôle du premier du juge : trancher un litige et non pas légiférer.

L'intérêt donc de ces deux décisions réside dans le fait que la cour d'appel, comme le tribunal, ont entendu remplir parfaitement leur mission, à savoir analyser tant la situation juridique qu'économique des parties. Ils ne se sont pas limités à «coller» les principes de la convention qui ne peuvent plus être retenus en cette période.

2. La demande d'exonération du bailleur

Afin d'éviter toute conséquence financière, le bailleur entend s'exonérer de toute responsabilité. La position est pour le moins surprenante. Ce dernier a «fabriqué» le centre commercial et il est en permanence le chef d'orchestre. Il détermine les parties communes des parties privées. Il fixe l'amplitude horaire. Il définit la politique commerciale par ses actions publicitaires gérées par le fonds de marketing.

Le bail est devenu une prison pour le locataire : l'activité est strictement définie, une clause d'enseigne, même irrégulière, reste

Suite page 12