

COUR D'APPEL DE NÎMES

4^{ème} CHAMBRE COMMERCIALE

ARRÊT DU 28 JUIN 2018

APPELANTE :

ARRÊT N°

SA MERCIALYS

R.G : 17/02441

**prise en la personne de son représentant légal domicilié ès qualités
audit siège,**

148 rue de l'Université
75007 PARIS

MR/PS

Représentée par Me Béatrice COHEN de la SELAS COHEN-TRUMER,
Plaidant, avocat au barreau de PARIS

Représentée par Me Romain LEONARD, Postulant, avocat au barreau
de NIMES

TRIBUNAL DE
GRANDE INSTANCE
DE NIMES

07 juin 2017
RG:16/00003

INTIMÉE :

SARL NIMOISE DE PHOTO

sous l'enseigne commerciale "COTE PHOTO",

SARL au capital de 200.100 €,

immatriculée au RCS de NIMES sous le N° B 444 582 365,

**prise en la personne de son représentant légal en exercice, domicilié
ès qualités audit siège.**

Allée du Mas de Vignolles - CC CASINO
30900 NIMES

SA MERCIALYS

C/

Représentée par Me Stéphane GOUIN de la SCP LOBIER &
ASSOCIES, Plaidant/Postulant, avocat au barreau de NIMES

SARL NIMOISE DE
PHOTO

ORDONNANCE DE CLÔTURE rendue le 05 Avril 2018

COMPOSITION DE LA COUR LORS DES DÉBATS :

Mme Marianne ROCHETTE, Conseiller, a entendu les plaidoiries en
application de l'article 786 du code de procédure civile, sans opposition
des avocats, et en a rendu compte à la Cour lors de son délibéré.

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ :

Mme Christine CODOL, Président de Chambre
Mme Marianne ROCHETTE, Conseiller
Monsieur Jean-Noël GAGNAUX, Conseiller

GREFFIER :

Madame Patricia SIOURILAS, Greffier, lors des débats et du prononcé de la décision

DÉBATS :

à l'audience publique du 12 Avril 2018, où l'affaire a été mise en délibéré au 31 Mai 2018, prorogé au 28 juin 2018
Les parties ont été avisées que l'arrêt sera prononcé par sa mise à disposition au greffe de la cour d'appel ;

ARRÊT :

Arrêt contradictoire, prononcé et signé par Mme Christine CODOL, Président de Chambre, publiquement, le 28 juin 2018, par mise à disposition au greffe de la Cour

EXPOSÉ

Vu l'appel interjeté le 20 juin 2017 par la s.a Mercialys à l'encontre du jugement prononcé le 7 juin 2017 par le tribunal de Grande instance de Nîmes dans l'instance n° 16/0003

Vu les dernières conclusions déposées le 23 octobre 2017 par l'appelante et le bordereau de pièces qui y est annexé.

Vu les dernières conclusions déposées le 28 novembre 2017 par la s.a.r.l Nimoise de Photo, intimée, et le bordereau de pièces qui y est annexé.

Vu l'ordonnance de clôture de la procédure à effet différé au 5 avril 2018 en date du 3 avril 2018.

* * *

Par acte sous-seing privé du 17 et 22 octobre 2002, la société Casino Guichard Perrachon a donné à bail à Mme Couttet un local à usage commercial dépendant du centre commercial Géant Cap Costières à Nîmes situé 400, avenue du Docteur Claude Baillet, portant le n° 65, d'une surface d'environ 50 m² sol dont 20 m² environ de surface de vente, destiné à l'exploitation de : « *toutes activités liées à la photographie, au développement, à la reproduction ainsi que traitement de l'image par tous les procédés numériques, informatiques ou autres.* ». Sa durée a été fixée à 10 ans commençant à courir le 27 novembre 2002 et venant à échéance contractuelle le 26 novembre 2012. Un droit d'entrée de 30 000 euros a été convenu.

Le loyer a initialement été fixé à 15 250 € HT et hors charges outre un loyer variable additionnel de 6 % HT du chiffre d'affaires annuelles HT. Il a évolué en fonction de la clause d'indexation contractuelle et s'établissait en 2012 à la somme de 21 336,96 euros HT et hors charges.

La s.a Mercialys et la s.a.r.l Nimoise de Photo se trouvent aujourd'hui respectivement aux droits de la société Casino Guichard Perrachon et de Mme Couttet.

Par exploit d'huissier du 18 septembre 2012, la locataire a fait signifier à la bailleuse une demande de renouvellement de bail pour une durée de 10 ans à compter de l'expiration du bail précédent, aux mêmes charges et conditions du bail initial.

Par exploit d'huissier du 17 décembre 2012, la s.a Mercialys a signifié sa réponse d'acceptation du renouvellement du bail à compter du 1^{er} janvier 2013, pour une durée de 10 ans, aux clauses et conditions du bail échu mais moyennant fixation du loyer de base de renouvellement à la somme de 34 500 € HT et hors charges par an.

Par courrier recommandé du 11 septembre 2014 et acte d'huissier de justice du 16 septembre 2014, la s.a Mercialys a notifié son mémoire préalable à la s.a.r.l Nimoise de Photo pour la fixation du loyer de base de renouvellement à la somme de 44 128 € HT et hors charges au 27 novembre 2012.

Aucun accord n'a été trouvé et par exploit du 1er mars 2016, la bailleuse a fait assigner la s.a.r.l Nimoise de Photo devant le juge des loyers commerciaux du tribunal de Grande instance de Nîmes qui, par jugement du 3 mai 2017, a :

- fixé le loyer pendant la procédure au montant du loyer actuel,
- dit n'y avoir lieu à consignation,
- ordonné à la s.a Mercialys de communiquer à l'expert qui lui-même les communiquera à la s.a.r.l Nimoise de Photo les baux des cellules avec leurs avenants ainsi qu'un tableau récapitulatif des loyers, notamment ceux appelés au 28 novembre 2012, ceux versés actuellement accompagnés de tous documents justificatifs,
- ordonné une expertise et commis à cet effet et M.Cavaye (...) avec mission de:

- convoquer les parties et leurs conseils respectifs dans le respect des textes en vigueur en précisant la date, l'heure et le lieu des opérations d'expertise,

- se rendre sur les lieux, se faire remettre tous documents utiles à la poursuite de sa mission, entendre tous sachants

- décrire les lieux loués, leur état d'entretien en distinguant en ce qui concerne le bâti et les aménagements réalisés par le locataire,

- appliquer notamment la méthode d'évaluation des surfaces pondérées préconisée par la charte de l'expertise en évaluation immobilière faisant suite aux travaux du comité pour la pondération des surfaces commerciales,

- préciser les surfaces pondérées,
 - donner tous éléments permettant d'établir si les critères imposés par l'article L. 145-33 du code de commerce sont réunis,
 - dire pour chaque critère, s'il est susceptible d'être pris en compte ou non et, dans l'affirmative, expliquer les raisons au moyen d'arguments objectifs, joints au rapport,
- dit que l'expert missionné devra fournir des éléments de comparaison dans le centre commercial Cap Costières mais aussi dans les galeries marchandes des centres commerciaux construits à proximité dudit centre commercial,
- dit que l'expert devra donner tous éléments permettant d'apprécier une éventuelle décote, les abattements éventuels sur lesquels il donnera tous éléments
- dit que l'expert au vu de ces éléments proposera une estimation de la valeur locative des biens loués,
- apurer tous les dires entre les parties
- dit que l'expert devra vérifier que les parties ont été à même de débattre des constatations au vu desquelles il entend donner son avis,
- dit que l'expert devra s'assurer que les documents de toute nature au vu desquels il entend donner son avis ont été régulièrement communiqués aux parties,
- dit que l'expert devra procéder selon la méthode du pré-rapport afin de provoquer les dires écrits des parties dans tel délai de rigueur et y répondre avec précision,
- fixé le délai pour adresser les dires à 4 semaines, délai impératif,
- dit que les dires ne peuvent concerner que les appréciations de faits et techniques mais que l'expert ne peut être saisi de questions de nature purement juridique
- dit que l'expert devra procéder personnellement à ces opérations ; il pourra néanmoins recueillir l'avis d'un autre technicien en cas de besoin mais uniquement dans une spécialité distincte de la sienne,
- dit que l'expert désigné devra dans le délai de 6 mois à compter de la consignation, sauf dérogation dûment autorisée par le magistrat chargé du contrôle des expertises, déposer son rapport détaillé et motivé et qu'il en délivrera copie à chacune des parties en cause,
- dit que l'expert devra, sur la page de garde de son rapport, indiquer la juridiction qui l'a commis avec le n° du rôle de l'affaire,
- dit que si l'expert se heurte à des difficultés qui font obstacle à l'accomplissement de sa mission et que si une extension de celle-ci s'avère nécessaire, il devra en référer au juge chargé du contrôle en l'espèce, le juge des loyers commerciaux du tribunal de Grande instance de Nîmes,
- fixé à titre provisionnel, l'avance sur les honoraires de l'expert à la somme de 1200 € qui sera consigné auprès de Mme le régisseur d'avances et de recettes du tribunal de grande instance de Nîmes par le demandeur dans le délai d'un mois à compter de la présente décision,
- dit que l'expert pourra solliciter une consignation supplémentaire au plus proche du montant prévisible de ses honoraires, si besoin est, dans les meilleurs délais,

- dit qu'à défaut de consignation dans le délai imparti, la désignation de l'expert sera caduque, sauf décision contraire du juge en cas de motif légitime,
- dit que chaque partie est autorisée à procéder à la consignation de la somme mise à la charge de l'autre en cas de carence ou de refus,
- dit qu'en cas d'empêchement, retard au refus de l'expert désigné, il sera pourvu à son remplacement par ordonnance rendue sur simple requête ou même d'office,
- réservé les demandes fondées sur les dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et les dépens,
- ordonné l'exécution provisoire.

La s.a Mercialys a relevé appel de ce jugement pour voir:

- infirmer le jugement du 7 juin 2017 en ce qu'il a donné pour mission à l'expert judiciaire désigné de fournir des éléments de comparaison situés dans les galeries marchandes des centres commerciaux construits à proximité du centre Cap Costières
- Statuant à nouveau,
- donner pour mission à l'expert judiciaire de donner son avis sur la valeur locative telle qu'elle résulte à la date du 1er janvier 2013 des éléments visés par les articles L. 145-33, R. 145-2 à R. 145-8 du code de commerce qui devront être recherchés dans le centre commercial Géant Cap Costières à Nîmes qui constitue une unité autonome de marché,
- constater l'accord des parties pour que le renouvellement intervienne pour une durée de 10 ans à compter du 1er janvier 2013, aux clauses et conditions du bail échu, en ce compris la clause de loyer variable,
- débouter la s.a.r.l Nimoise de Photo de ses demandes et confirmer le jugement du 7 juin 2017 pour le surplus,
- condamner la s.a.r.l Nimoise de Photo au paiement de la somme de 5000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

La s.a.r.l Nimoise de Photo conclut pour voir :

- dire et juger que l'expert missionné, devra fournir notamment des éléments de comparaison dans le centre commercial Cap Costières mais aussi dans les galeries marchandes des centres commerciaux construits à proximité,
- en conséquence débouter la s.a Mercialys de son appel, de toutes demandes, fins et conclusions,
- confirmer en toutes ses dispositions le jugement du juge des loyers commerciaux du tribunal de Grande instance de Nîmes du 7 juin 2017,
- condamner la s.a Mercialys à lui payer et à lui porter la somme de 4500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

Pour un plus ample exposé il convient de se référer à la décision déferée et aux conclusions visées supra.

DISCUSSION

L'appelante fait valoir en premier lieu que la surface du local s'établit à 63,04 m².

La s.a.r.l Nimoise de Photo indique que la surface réelle à prendre en considération est de 50,55 m² dont à peine 20 m² constitue la surface de vente.

Le contrat de bail mentionne une surface totale de 50 m² au sol environ dans 20 m² de surface de vente.

Sur cette question, le premier juge a donné mission à l'expert d'appliquer notamment la méthode d'évaluation des surfaces pondérées préconisées par la charte de l'expertise en évaluation immobilière faisant suite aux travaux du comité pour la pondération des surfaces commerciales et de préciser ensuite les surfaces pondérées.

Ce chef de mission n'est pas discuté et sera donc confirmé

Il convient ensuite de constater que les parties s'accordent pour fixer au 1^{er} janvier 2013, la date du renouvellement du bail, la s.a.r.l Nimoise de Photo ne discutant pas ensuite qu'il doive s'effectuer aux clauses et conditions du bail échu en ce compris la clause de loyer variable.

La s.a Mercialys soutient ensuite que l'expert doit limiter sa recherche de valeurs locatives de référence dans le centre commercial Cap Costières qui constitue une unité autonome de marché. En effet, le rappel dans le bail de l'article L. 145-33 du code de commerce précisant que la valeur est déterminée d'après les prix notamment pratiqués dans le voisinage et la jurisprudence constante en matière de locaux situés dans un centre commercial impliquent de ne prendre en compte que ces valeurs là. Critiquant l'interprétation adverse des conséquences à tirer du rappel dans le contrat de cette disposition législative mais également la motivation du premier juge qui a étendu cette recherche aux centres commerciaux situés à proximité qui sont en réalité des retails-parks, elle explique que chaque centre commercial se développe de manière totalement indépendante, qu'ils suivent des politiques commerciales différentes induisant des synergies propres grâce au choix des enseignes, de la présence ou non d'un hypermarché, de la localisation. Ainsi, le chiffre d'affaires au mètre carré ne peut être semblable d'un centre à l'autre et les différents locaux situés dans tel ou tel centre commercial ne peuvent être équivalents au sens de l'article R. 145-7 d'autant que ceux situés à Nîmes sont tous différents les uns des autres et comportent des spécificités propres excluant toute comparaison.

La s.a.r.l Nimoise de Photo répond que la volonté des parties avait été de se soumettre aux modalités légales de fixation de la valeur locative et d'exclure en conséquence toute notion d'unité autonome de marché qui empêche l'appréciation des prix pratiqués dans le voisinage. Le loyer du bail renouvelé doit correspondre à la seule valeur locative qui à défaut d'accord, doit être déterminée notamment, par référence aux prix couramment pratiqués dans ce voisinage ce qui implique de recourir à des éléments de comparaison se trouvant dans le centre commercial Cap Costières mais également dans ceux construits à proximité. Elle soutient subsidiairement le défaut de pertinence de la notion d'unité autonome de marché devenue obsolète à partir du moment où des centres commerciaux importants et similaires sont apparus à proximité immédiate du centre commercial concerné car ils ont en effet une commercialité comparable et génèrent une concurrence extérieure, démontrée par la baisse notable de la fréquentation de Cap Costières. Enfin la s.a Mercialys est bailleur unique dans le centre Cap Costières et jouit ainsi d'une situation de monopole qui justifie la décision du premier juge de lui ordonner de communiquer à l'expert commis l'ensemble des baux des cellules avec leurs avenants et un tableau récapitulatif des loyers appelés au 28 novembre 2012.

L'article VI-I du contrat de bail précise « il est expressément convenu entre les parties à titre de condition essentielle et déterminante qu'à l'occasion de chacun des éventuels renouvellements successifs du présent bail, le loyer de base sera fixé à la valeur locative des lieux appréciée par application des dispositions des articles 23 à 23-5 du décret du 30 septembre 1953 ou du texte qui leur sera substitué, toutes les autres clauses et conditions du bail demeurant inchangées, en ce compris la clause de loyer variable additionnel ci-après. À défaut d'accord entre les parties, le loyer de base de renouvellement sera fixé judiciairement selon les modalités prévues à cet effet par la législation en vigueur afférente aux baux commerciaux »

La référence aux articles précités devenus L.145-33 R. 145-3 à R. 145-7 implique donc de rechercher la valeur locative au regard notamment des modalités prévues à l'article R.145-7 du code de commerce qui invite à se référer à des prix couramment pratiqués dans le voisinage par unité de surface et sur des locaux équivalents. Il s'agit donc de rechercher des locaux de référence ayant des caractéristiques aussi proches que possible de celles du local considéré

Il n'est pas discuté que le centre commercial Géant Cap Costières constitue une unité autonome de marché.

Il reste constant au visa de l'article R.145-7 qu'en présence de centres commerciaux formant une unité de marché caractérisée par une physionomie et des caractéristiques propres, les loyers pratiqués dans les commerces traditionnels se trouvant notamment dans une rue piétonne voisine ne sont jamais pris en compte car les commerces s'y trouvant sont trop différents par leur nature et ne comportent pas le pôle d'attraction essentielle du supermarché. Il ne peut davantage être tenu compte des loyers pratiqués dans des centres commerciaux similaires situés dans d'autres villes ou régions dont il n'est pas possible de retenir avec certitude des données identiques.

Dès lors la référence contractuelle aux articles précités ne permet pas de conclure que la volonté des parties aurait été au jour de la signature du bail de s'affranchir des modalités de comparaison déjà admises pour le renouvellement des baux portant sur des locaux situés dans une unité économique de marché, d'autant que le centre commercial en cause était alors le seul implanté dans le secteur. Et la notion d'unité économique de marché n'exclut pas la prise en compte des éléments mentionnés aux articles précités mais impose effectivement une recherche de valeurs de référence dans cette unité.

Il est exact que depuis la création en 2002 du centre commercial Géant Cap Costières, deux autres centres commerciaux se sont installés à proximité immédiate, à savoir le Carré Sud en 2006 et Family Village en 2013. Un troisième est en cours de construction.

Selon l'expertise à laquelle la société Brune a fait procéder, le Centre commercial Casino Cap Costières "*représente dans son ensemble un géant de 11 000 m² avec grand parking sur 3 côtés.*" Outre la zone hypermarché "*alimentation, habillement et équipements de la maison*" il dispose d'une zone galerie marchande qui abrite 65 locaux commerciaux (60 boutiques et 5 moyennes surfaces) accessibles par les différentes entrées et circulations en direction de la partie centrale de l'hypermarché Casino

Le local commercial en cause situé dans cette galerie sert à l'exploitation d'une activité de "*... photographie, au développement, à la reproduction ainsi que traitement de l'image par tous les procédés numériques, informatiques ou autres* ", avec pour enseigne " Côte Photo" .

Au vu des pièces annexées à ce rapport, les deux centres commerciaux situés à proximité se présentent de la manière suivante: Carré Sud comprend 42 boutiques et restaurants regroupés sur plus de 35 000 m². Family Village propose 22 enseignes grand public et restaurant sur 27 500 m².

Il s'en déduit que proportionnellement, leurs locaux commerciaux ont des surfaces commerciales plus importantes et des capacités d'accueil plus conséquentes. Et les exemples de baux produits, en cours d'exécution, confirment qu'il s'agit de surfaces plus importantes de 448 m², 1152 m², 462 m² , ou encore 1664

Carré Sud et Family Village regroupent ensuite des commerces intégrés dans des chaînes ou des fédérations regroupant des enseignes telles Casa Celio, Kiabi, Décathlon qui ont chacun une attractivité individualisée et offrent des marques et des commercialités ciblées dans l'habillement, la décoration ou les loisirs à destination de clientèles précises mais plus volatiles à l'instar de tout commerçant du centre ville.

Et ils ne bénéficient pas du caractère attractif d'un supermarché dont l'infrastructure et la politique de communication profitent aux commerces implantés dans sa galerie et qui induit à lui seul des flux de clientèle fidélisée, tant urbaine que rurale,

Ainsi ces deux centres commerciaux auxquels la société intimée souhaite étendre la recherche d'éléments de comparaison sont trop différents dans leur physionomie commerciale pour permettre la recherche d'éléments de comparaison en leur sein.

La décision de première instance sera donc infirmée sur ce chef

Par contre, la recherche des éléments de comparaison le plus exhaustif possible justifie l'injonction faite le premier juge à la s.a Mercialys de communiquer à l'expert qui lui-même les communiquera à la s.a.r.l Nimoise de Photo les baux des cellules avec leurs avenants ainsi qu'un tableau récapitulatif des loyers, notamment ceux appelés au 28 novembre 2012, ceux versés actuellement et accompagnés de tous documents justificatifs

Sur les frais de l'instance :

La s.a.r.l Nimoise de Photo , qui succombe, devra supporter les dépens de l'instance et payer à la s.a Mercialys une somme équitablement arbitrée, à 600 € en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

La Cour, statuant par arrêt par contradictoire et en dernier ressort,

Confirme le jugement déféré dans ses dispositions non contraires aux présentes et le réformant et le complétant sur les chefs suivants

Dit que l'expert missionné devra fournir des éléments de comparaison dans le centre commercial Cap Costières exclusivement

Constata l'accord des parties pour fixer la date de renouvellement au 1^{er} janvier 2013.

Dit que le bail renouvelé s'effectuera aux clauses et conditions du bail échu en ce compris la clause de loyer variable

Dit que la s.a.r.l Nimoise de Photo supportera les dépens de première instance et d'appel et payera à la s.a Mercialys une somme de 600 € par application de l'article 700 du code de procédure civile.

La minute du présent arrêt a été signée par Madame Christine CODOL Présidente et par Madame Patricia SIOURILAS, greffière présente lors de son prononcé.

LE GREFFIER

LA PRÉSIDENTE